



NOMOS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFC

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



NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC

Fortaleza

2015

NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC
Volume 35.2 — jul. / dez. 2015

Editora Chefe

Denise Lucena Cavalcante

Editora Sub-chefe

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Editor Assistente

Álisson José Maia Melo

Conselho Editorial

Ana Maria D'Ávila Lopes

António José Avelás Nunes

Carmen Lopez-Rendo Rodriguez

Denise Lucena Cavalcante

Elizabeth Salmón

Eros Grau

Eric Canal-Forgues

Federico Di Bernardi

Fernando Araújo

Fernando Facury Scaff

Francisco Queiroz Cavalcanti

Frédérique Coulée

Giovanni Luchetti

Giovanni Moschetti

Hugo de Brito Machado

Jefrrey Owens

João Luís Nogueira Matias

Jorge Miranda

José Luís Caballero

Juarez Freitas

Júlia Motte-Baumvol

Luís M. Alonso Gonzáles

Paulo Bonavides

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Willis Santiago Guerra Filho

Wolf Paul

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 stricto sensu 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.

André Dias Fernandes

Juiz Federal em Fortaleza. Doutorando em Direito do Estado pela USP. Mestre em Direito pela UFC. MBA em Poder Judiciário pela FGV-Direito-Rio. Professor da Faculdade 7 de Setembro e de cursos de pós-graduação.

Andréia da Silva Costa

Mestre e Doutoranda em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Coordenadora Adjunta e Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Christus – UNICHRISTUS.

Antônio Bazilio Floriani Neto

Doutorando, mestre em direito econômico pela PUCPR. Possui graduação em direito e especialização em direito previdenciário pela PUC/PR. Membro da Comissão de Direito Previdenciário da OAB-PR. Autor da obra "Seguro de Acidentes do Trabalho: voracidade fiscal, empresas e economia", publicada pela Editora LTr. Editor da Revista de Direito Empresarial (RDEMP).

Antonio Hermosa Andújar

Universidad de Sevilla

Arion Augusto Nardello Nasihgil

Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Especialista em Direito, Logística e Negócios Internacionais. Professor da Faculdade de Ensino Superior de Marechal Cândido Rondon (ISEPE Rondon). Advogado.

Daury Cesar Fabriz

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stritu Sensu em Direitos e

Garantias Fundamentais (Mestrado) da Faculdade de Direito de Vitória. Coordenador do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais. Presidente da Academia Brasileira de Direitos Humanos (ABDH). Professor e Advogado.

Denise Almeida de Andrade

Mestre e Doutoranda em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Bolsista CAPES, PROSUP/PRODAD.

Eduardo Nunes de Souza

Doutorando e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor substituto de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Assessor jurídico junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Fernando de Brito Alves

Pós-doutor em Direito Constitucional e Democracia pelo Ius Gentium Conimbrigae da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino. Mestre e Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor Adjunto da UENP (graduação, mestrado e Doutorado em Direito). Professor das Faculdades Integradas de Ourinhos (SP).

Francisco Carlos Duarte

Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-doutor pela Università degli Studi di Lecce - Itália e pela Universidad de Granada - Espanha. Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Procurador do Estado do Paraná e advogado.

Guilherme Fonseca de Oliveira

Mestrando em Ciência Jurídica pela UENP (Bolsista CAPES). Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).

Heleno Florindo da Silva

Doutorando e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Pós Graduado em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Membro do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia e Direitos Fundamentais, do Programa de Pós Graduação Strictu Sensu da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Membro Diretor da Academia Brasileira de Direitos Humanos (ABDH). Coordenador do Núcleo de Pesquisa e Professor do Curso de Direito e da Pós-Graduação em Direito da Faculdade São Geraldo (Cariacica/ES) e do Centro de Evolução Profissional (CEP). Advogado.

Jefferson Luiz França

Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Filosofia pela Universidade Estácio de Sá. Bacharel em Direito pela Faculdade Integrada de Pernambuco. Analista Jurídico do Ministério Público de Pernambuco.

Julia Motte-Baumvol

Professora da Universidade de Nice Sophia-Antipolis. Diretora da Clínica jurídica “Empresas e direitos humanos” no âmbito do Mestrado 2 Direitos humanos e direito humanitário da Universidade de Évry Val d’Essonne. Coordena atualmente um projeto de pesquisas financiado pela Missão de pesquisas Direito e Justiça do Ministério da Justiça da França sobre “A efetividade dos códigos de governança de empresas: o interesse do Direito Internacional para apreciar a oportunidade de uma reforma legislativa sobre a matéria”. Pós-doutorado na Universidade de Genebra e PhD Fellow da Organização Mundial do Comércio.

Juvêncio Vasconcelos Viana

Advogado, Procurador Geral do Estado/CE, Prof. da Faculdade de Direito UFC.

Lorena Mello e Figueiredo

Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestranda do Institute d’Études Politiques de Paris — Sciences Po Paris.

Lucas Fucci Amato

Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito na Universidade de São Paulo (USP). Visiting Researcher na Harvard Law School.

Luciano Vaz Ferreira

Doutor em Relações Internacionais (UFRGS). Professor da Graduação em Relações Internacionais da Universidade do Rio Grande (FURG).

Luis Rodríguez Ennes

Catedrático de Derecho Romano – Universidad de Vigo (España). Reales Academias de Jurisprudencia y Legislación y de la Historia.

Marcelo de Castro Cunha Filho

Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), mestrando em Direito e Inovação (UFJF), bolsista da FAPEMIG.

Márcia Carla Pereira Ribeiro

Doutora em Direito pela UFPR, em Curitiba/PR, Brasil, Estágio de Pós-doutorado pela FGVSP (2005-2006), Pós-Doutorado pela Universidade de Lisboa (2011/2012), Pesquisadora Convidada da Université de Montréal/CA (2007), Professora Associada de Direito Empresarial UFPR, Estágio de Pós-Doutorado pela FGVSP (2005-2006), Pós-Doutorado pela Universidade de Lisboa (2011/2012), Pesquisadora Convidada da Université de Montréal/CA (2007), Bolsista de Produtividade da Fundação Araucária, Procuradora do Estado.

Maria Tereza Fonseca Dias

Mestre e doutora em Direito Administrativo pela UFMG. Professora do Departamento de Direito Público da UFMG e dos cursos de graduação e pós-graduação stricto sensu da Universidade Fumec.

Marcos Vinícius Chein Feres

Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), Professor Associado da Faculdade de Direito (UFJF), Doutor em Direito Econômico e Pesquisador de Produtividade PQ 2 CNPq.

Mateus de Oliveira Fornasier

Doutor em Direito Público (UNISINOS). Professor do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI).

Regenaldo da Costa

Professor da Universidade Federal do Ceará.

Roberta Laena Costa Jucá

Mestre em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Professora do Curso de Direito da Faculdade Católica Rainha do Sertão (FCRS). Analista Judiciária do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará – TRE-CE.

Robson Antão de Medeiros

Doutor em Ciências da Saúde pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências da Saúde da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (PPG-CSA/UFRN). Mestre em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professor Associado do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Rodrigo Galia

Advogado, Doutorando em Direito (PUC/RS), Mestre em Direito (PUCRS), Professor de Direito do Trabalho II e de Estágio III (Prática Processual Trabalhista) da UNISINOS. Professor de Direito do Trabalho I e II do Curso de Direito das Faculdades Integradas São Judas Tadeu.

Sheila Stoltz

Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FaDir/FURG). Mestre em Direito pela Universitat Pompeu Fabra (UPF/Barcelona/Espanha). Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Coordenadora Geral do Núcleo de Pesquisa e Extensão em Direitos Humanos (NUPEDH/FURG). Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Educação em Direitos Humanos (PGEDH/FURG-UAB-CAPES). Pesquisadora dos Grupos de Pesquisa: Cooperação e Relações Contratuais (UNICURITIBA) e Estado, Processo e sindicalismo (PPGD/PUC-RS).

Ulisses Levy Silvério dos Reis

Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB). Especialista em Direitos Humanos e Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Professor Substituto da Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA).



SUMÁRIO

DOUTRINA NACIONAL

MELHOR É VER DO QUE JULGAR: ANÁLISE DA CONVIVÊNCIA DO REGIONALISMO COM O MULTILATERALISMO DA OMC

Alice Rocha da Silva 15

TERRORISMO, LEI DO ABATE E DIREITO À SEGURANÇA NA SOCIEDADE DE RISCO

André Dias Fernandes 43

A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE NO ÂMBITO DA VIOLENCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Andréia da Silva Costa

Denise Almeida de Andrade

Roberta Laena Costa Jucá 67

FUNÇÃO TRIBUTÁRIA E ACIDENTES LABORATIVOS: UMA ANÁLISE DOS CUSTOS TRANSACIONAIS

Antônio Bazilio Floriani Neto

Márcia Carla Pereira Ribeiro 97

A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO EM CONFLITO COM O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Arion Augusto Nardello Nasihgil

Francisco Carlos Duarte 117

NOTAS SOBRE O PAPEL DA AUTONOMIA PRIVADA NO EXERCÍCIO DE SITUAÇÕES JURÍDICAS DE NATUREZA REAL

Eduardo Nunes de Souza 139

“CRISE” DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E A FUNÇÃO POLÍTICA DO JUDICIÁRIO: É O JUDICIÁRIO A “TÁBUA DE SALVAÇÃO” DA DEMOCRACIA?

Fernando de Brito Alves

Guilherme Fonseca de Oliveira 165

O MEIO AMBIENTE NATURAL E A PROTEÇÃO INTEGRAL DAS CRIANÇAS: A EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO DEVER FUNDAMENTAL DOS PAIS PARA A PRESERVAÇÃO DAS PRESENTE E FUTURAS GERAÇÕES

Heleno Florindo da Silva

Daury Cesar Fabriz 181

KANT E A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE DIREITOS HUMANOS: CONQUISTAS E DESAFIOS À TEORIA GERAL DOS DIREITOS HUMANOS	
<i>Jefferson Luiz França</i>	201
TUTELA DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA NO <i>NCPC</i>	
<i>Juvêncio Vasconcelos Viana</i>	215
AS FORMAS DA SOCIOLOGIA DO DIREITO: UMA REDESCRIÇÃO LUHMANNIANA DO DEBATE CENTENÁRIO ENTRE KELSEN E EHRLICH	
<i>Lucas Fucci Amato</i>	227
ORDEM NORMATIVA INSTITUCIONAL A PARTIR DO PENSAMENTO DE AXEL HONNETH	
<i>Marcelo de Castro Cunha Filho</i>	
<i>Marcos Vinício Chein Feres</i>	255
QUESTÕES DE POLÍTICA E QUESTÕES DE PRINCÍPIO: O DIREITO À MORADIA E À PARTICIPAÇÃO POPULAR NA POLÍTICA DE URBANIZAÇÃO DO AGLOMERADO DA SERRA, EM BELO HORIZONTE	
<i>Maria Tereza Fonseca Dias</i>	
<i>Lorena Mello e Figueiredo</i>	273
AUTORREGULAÇÃO E DIREITO GLOBAL: OS NOVOS FENÔMENOS JURÍDICOS NÃO-ESTATAIS	
<i>Mateus de Oliveira Fornasier</i>	
<i>Luciano Vaz Ferreira</i>	295
A CONCEPÇÃO METAFÍSICA DO SER HUMANO EM ROUSSEAU E A ILEGITIMIDADE DA FORÇA COMO FUNDAMENTO DO DIREITO	
<i>Regenaldo da Costa</i>	313
A LEI 12.546/2011: PONDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DAS CONTRIBUIÇÕES (ENCARGOS) SOCIAIS E O NECESSÁRIO DIÁLOGO ENTRE AS FONTES	
<i>Sheila Stolz</i>	
<i>Rodrigo Galia</i>	327
O CONFLITO ARMADO SÍRIO À LUZ DAS ARMAS QUÍMICAS: PERSPECTIVAS PARA O CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU	
<i>Ullisses Levy Silvério dos Reis</i>	
<i>Robson Antão de Medeiros</i>	351
DOUTRINA ESTRANGEIRA	
LA TECNICA DE LA LIBERTAD. EL ORDEN REPUBLICANO EN <i>EL FEDERALISTA</i>	
<i>Antonio Hermosa Andújar</i>	373
ASPECTS ACTUELS DE LA PROTECTION DES PEUPLES AUTOCHTONES EN FRANCE	
<i>Julia Motte-Baumvol</i>	403
LA PRUEBA TESTIFICAL Y ALGUNAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN ROMA Y EN EL ANTIGUO RÉGIMEN	
<i>Luis Rodríguez Ennes</i>	417

DOCTRINA NACIONAL



MELHOR É VER DO QUE JULGAR: ANÁLISE DA CONVIVÊNCIA DO REGIONALISMO COM O MULTILATERALISMO DA OMC

*Alice Rocha da Silva**

Resumo

A análise da aplicação das condições jurídicas pelos órgãos da OMC é de suma importância, pelo fato do quadro institucional ser essencial para que a redução dos obstáculos ao comércio reflitam uma melhoria efetiva e durável do acesso aos mercados. O objetivo do presente artigo consiste na análise da convivência institucional dos ACR com o direito da OMC, a partir do trabalho do Comitê de Acordos Comerciais Regionais. Optou-se por utilizar a expressão "convivência" por ter sido abandonada a expressão "compatibilidade" pelas razões expostas no desenvolvimento da análise. A metodologia empregada para esta análise será um estudo evolutivo e comparativo entre o trabalho de avaliação de compatibilidade e utilização do Mecanismo para a transparência realizados no âmbito do Comitê de Acordos Comerciais Regionais. Verifica-se que o trabalho do Comitê a partir do Mecanismo da transparência já tem produzido resultados, mesmo que de forma provisória, cabendo ainda algumas reformas e modificações antes da entrada em vigor definitiva com a conclusão da Rodada Doha.

Palavras-chave

Acordo comercial regional. OMC. Mecanismo da transparência. compatibilidade.

BETTER SEE THAN JUDGE: ANALYSIS OF THE COEXISTENCE OF REGIONALISM AND WTO MULTILATERALISM

Abstract

Analysis of the application of the legal conditions for WTO bodies is of paramount importance, because the institutional framework is essential for the reduction of trade barriers reflect an effective and durable improvement of market access. In addition, the institutional environment is one of the determining factors of economic results. The purpose of this article is to analyze the institutional relationship of RTAs with WTO law, from the work of the Regional Trade Agreements Committee. We chose to use the term "coexistence" to have been abandoned to the "Compatibility" for the reasons given expression in the development of analysis. The methodology used

* Professora da Graduação e Pós-graduação stricto sensu 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. Email: rochaalice@yahoo.com.br

for this analysis will be an evolutionary and comparative study of the compatibility assessment work and use of the mechanism for transparency made under the Regional Trade Agreements Committee. It appears that the work of the Committee from the mechanism of transparency has already produced results, even if temporarily, even fitting some renovations and modifications before the definitive entry into force with the conclusion of the Doha Round.

Keywords

Regional trade agreement. WTO. Transparency mechanism. Compatibility.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, a aplicação dos dispositivos jurídicos no nível institucional busca, sobretudo, reforçar a transparéncia dos acordos comerciais regionais (ACR), mais do que avaliar a compatibilidade dos mesmos com o direito da Organização Mundial do Comércio (OMC). A análise da compatibilidade dos ACR é importante, mas diante das dificuldades de tal exercício, os Membros da OMC optaram por priorizar a transparéncia dos arranjos regionais. Ou seja, decidiram que melhor “é ver do que julgar”¹.

No antigo GATT², grupos de trabalho eram especialmente formados para a análise dos ACR, sendo desconstituídos no momento em que tal análise era finalizada. Isso tornava difícil a compreensão do fenômeno do regionalismo como um todo, além da ausência de ajustes sistêmicos entre os ACR e o sistema multilateral. Ao longo da Rodada Uruguai, as partes contratantes do GATT discutiram esta questão e houve um reforço do entendimento a respeito da necessidade de um maior grau de institucionalização para o processo de avaliação dos ACR. Com base neste entendimento e no artigo IV:7 do Acordo de Marrakech instituindo a OMC, o Conselho Geral estabeleceu em 1996, um comitê permanente para formar a base institucional de controle e avaliação dos ACR: o Comitê de Acordos Comerciais Regionais (CACR)³. Este Comitê está sob a autoridade do Conselho de comércio de mercadorias (CCM), mas na prática a tendência é que seja relativamente independente devido a natureza técnica de seu trabalho.⁴ Entre suas atribuições estão⁵: examinar os ACR, fornecer recomendações, elaborar procedimentos de exame e analisar consequências sistêmicas destes acordos para o sistema multilateral, assim como a relação entre eles.⁶

¹ Expressão utilizada, durante entrevista, por um diplomata da Missão do Brasil na OMC.

² Acordo geral de Tarifas e Comércio.

³ OMC. Conseil Général. Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard. WT/GC/M/10, 6 mars 1996.

⁴ BOSSCHE, Peter van den. *The law and policy of the World Trade Organization: text, cases and materials*. 2e ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 126.

⁵ OMC. Comité des accords commerciaux régionaux. Décision du 6 février 1996. WT/L/127, 07 février 1996.

⁶ Alguns autores acreditam que a instituição de um órgão responsável pela análise da compatibilidade dos ACR é em si um meio de pressão para os membros da OMC. Afinal, cria um incentivo para que formem arranjos compatíveis com o sistema multilateral, sendo os negociadores de

Um dos maiores obstáculos ao trabalho do CACR é a ausência de informações detalhadas sobre o conteúdo dos ACR. Por essa razão, foi instituído, em 2006, um “Mecanismo para a transparência dos acordos comerciais regionais”⁷, obrigando os Estados a notificarem todos os ACR dos quais fazem parte, além de fornecer dados e informações quando demandados. Com o estabelecimento deste Mecanismo algumas das atribuições do CACR perderam o sentido, mas como o Mecanismo foi estabelecido com base provisória, pelo menos até o fim da Rodada Doha, as atribuições do Comitê continuam válidas.

Sendo ainda, é necessária a análise do trabalho “tradicional” do Comitê, podendo inclusive servir para a compreensão das motivações para a criação do Mecanismo para a transparência. Comecando pela análise deste trabalho “tradicional” de avaliação da compatibilidade dos ACR desenvolvido pelo CACR, serão identificados os principais obstáculos a sua execução, assim como o fracasso na busca pela compatibilidade dos ACR. (I). Em seguida, será verificado o contexto de criação do Mecanismo para a transparência dos ACR, assim como a implementação deste mecanismo destinado a facilitar o trabalho executado pelo CACR (II).

2. PRINCIPAIS OBSTÁCULOS E FRACASSO NA AVALIAÇÃO DA COMPATIBILIDADE DOS ACR

O CACR enfrenta diversos obstáculos para a execução do trabalho de avaliação dos ACR, resultando no fracasso pela busca da compatibilidade dos mesmos com o sistema OMC. Entre outras atribuições, o CACR deve examinar os acordos regionais buscando garantir a transparência dos mesmos, assim como permitir que os membros avaliem a compatibilidade destes com as regras da Organização. Entretanto, na prática, o Comitê encontra dificuldades para a realização desta atribuição, apresentando resultantes pouco satisfatórias e que demonstram a impossibilidade de determinação da compatibilidade dos ACR com o sistema OMC.

Neste processo de avaliação, os demais membros da OMC podem solicitar informações sobre fatos, regras e dados relacionados ao acordo em questão, assim como outros esclarecimentos que julguem pertinentes. O Secretariado prepara um relatório a partir desse exame factual, contendo os principais elementos relacionados ao ACR. As partes estabelecem consultas entre si e se reúnem no CACR para debater o conteúdo do relatório. Caso aprovado, o relatório é encaminhado ao órgão que pediu a avaliação (Conselho de Bens,

tais acordos instruídos para isso. Outros criticam esta posição, argumentando que o Comitê se reuniu poucas vezes e não trouxe resultados efetivos. WTO Secretariat. *Regionalism and the World Trading System*. Geneva: WTO, 1995, p. 65.

⁷ OMC. “Mécanisme pour la transparence des accords commerciaux régionaux.” Décision du 14 décembre 2006. WT/L/671, 18 décembre 2006.

Conselho sobre Comercio de Serviços ou Comitê sobre Comercio e Desenvolvimento), estando sujeito a nova aprovação. Diversos obstáculos existem neste processo de análise da compatibilidade dos ACR (A) e como resultado, fracassos se sucederam nos exames realizados pelo CACR, colocando em dúvida a credibilidade do procedimento (B).

2.1. Obstáculos para o exame de compatibilidade dos ACR com o sistema OMC

Diversos obstáculos dificultam o procedimento de avaliação da compatibilidade dos ACR com o sistema OMC. Entre eles estão: as incertezas diante da diversidade de metodologias passíveis de utilização para a avaliação do efeito dos ACR em relação ao sistema multilateral de comércio; um conjunto de textos formados a partir de termos nem sempre precisos a serem aplicados nessa avaliação; além de questões técnicas e procedimentais. Por essa razão é considerado um dos procedimentos mais insatisfatórios de todo o GATT, sendo ainda considerado ineficiente pelo fato da avaliação do CACR terminar com o exame factual, sem uma avaliação consistente.⁸

A escolha da metodologia adequada para a avaliação dos ACR é muito delicada. Uma das escolhas metodológicas mais complicadas está relacionada com a comparação de barreiras do bloco antes e após a formação do mesmo, tendo em vista a diversidade de métodos propostos por estudos econômicos como média simples, média ponderada, ponderação pelas linhas tarifárias, pelo volume de comércio dos países, entre outras. Em relação aos termos vagos, a porcentagem do comércio intra-zona para cumprimento da condição de liberalização de “substantialmente todo o comércio” nunca foi definida, assim como o parâmetro de tempo considerado “razoável” para os acordos temporários (*interim agreements*).

Tais dificuldades remontam aos anos de início de atuação do GATT. Quando o European Free Trade Agreement (EFTA)⁹ foi analisado, questionamentos foram levantados a respeito do cumprimento do quesito de cobertura de substancialmente todo o comércio, visto que excluía o setor agrícola da liberalização comercial. Além disso, o acordo entre Grécia e CEE previa um período de implementação de 22 anos, gerando dúvidas quanto a razoabilidade de tal período. Por fim, na análise comparativa das barreiras tarifárias antes e

⁸ SAMPSON, Gary. Compatibility of regional and multilateral trading agreements: reforming the WTO process. *The American Economic Review*, v. 86, n. 02, May 1996, p. 90.

⁹ Association européenne de libre-échange (AELE) estabelecida em 3 de maio de 1960 como um bloco alternativo a Comunidade Económica Europeia (CEE). Assinada inicialmente por Austria, Denmark, Norway, Portugal, Sweden, Suisse, United Kingdom, atualmente somente Iceland, Norway, Suisse e Liechtenstein são membros do AELE.

após da formação da união aduaneira, foi questionada a metodologia de média simples adotada, visto que juntava barreiras tarifárias altas aplicadas por Itália e França, com as baixas da Alemanha e Benelux.¹⁰

2.1.1. Esclarecimentos trazidos pelo “Memorando do acordo sobre a interpretação do artigo XXIV do GATT de 1994”

Com o estabelecimento da OMC, muitos aspectos continuaram indefinidos. Contudo, quatro importantes clarificações foram trazidas pelo “Memorando do acordo sobre a interpretação do artigo XXIV do GATT de 1994” (Memorando do artigo XXIV):

- i) definição de diretrizes de cálculo do nível de barreiras antes e depois da formação da união aduaneiras para avaliação de possíveis obstáculos criados a países terceiros;
- ii) esclarecimento das obrigações referentes a compensação de terceiros países em caso de aumento ou criação de novas barreiras em decorrência da formação do arranjo preferencial;
- iii) definição de “prazo razoável” para os acordos provisórios (*interim agreement*);
- iv) competência para tratamento das questões provenientes do artigo XXIV pelo Órgão de Solução de Controvérsias.

Entre os requisitos para a formação de ACR está a proibição do aumento ou criação de barreiras, sendo importante para a avaliação deste requisito a definição das diretrizes para o cálculo destas barreiras. Diversas sugestões de métodos para o cálculo de barreiras foram apresentadas pelos Membros da OMC. O Japão propôs a fixação da TEC a partir da menor tarifa aplicada pelos membros da união aduaneira para cada linha tarifária específica. Isto impediria a criação de obstáculo a terceiros, demonstraria de forma clara a contribuição do bloco para a abertura comercial e poderia ser verificado de forma simples. Entretanto, tal sugestão não foi aceita, tendo em vista que resolve o problema das barreiras não-tarifárias e dificuldades operacionais podem surgir de sua aplicação.¹¹

Há diversos métodos para o cálculo do nível de barreiras comerciais e das suas consequências com a formação de uniões aduaneiras. Além da escolha do método adequado, deve ser definida qual tarifa deve ser considerada

¹⁰ POMFRET, Richard W. T. *The economics of regional trading arrangements*. Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 75.

¹¹ OMC. Groupe de négociation sur les règles. “Communication concernant les accords commerciaux régionaux. Document présenté par le Japon.” TN/RL/W/190, 28 octobre 2005.

para o cálculo das barreiras: as tarifas efetivamente aplicadas pelos membros da união aduaneira ou as tarifas consolidadas na OMC.

O Memorando do artigo XXIV estabelece que na avaliação do cálculo das barreiras devem ser consideradas as tarifas efetivamente aplicadas e não as consolidadas no sistema OMC¹², tornando o requisito ainda mais rigoroso, visto que tais tarifas são em geral menores que as consolidadas no sistema OMC. Cabe ao Secretariado da OMC a análise de tal condição.¹³

De acordo com o artigo XXIV:6, se houver um aumento ou criação de novas barreiras em decorrência da formação de um ACR, compensações a terceiros devem ser concedidas com base no procedimento do artigo XXVIII. O Memorando reafirma tais procedimentos e estabelece que deve ser priorizada as mesmas linhas tarifárias onde foi constatada a elevação de barreira para o oferecimento de compensações. Além disso, especifica que caso um terceiro seja beneficiado por uma redução de direito aduaneiro pela formação de uma união aduaneira, ele não tem obrigação de oferecer compensações aos membros da união.

Em relação a um prazo considerável como razoável para os acordos provisórios, o Memorando especificou que não deve ser superior a dez anos. Em casos excepcionais e devidamente justificados ao Conselho de comércio de bens, este prazo pode ser estendido. Esta definição, julgada necessária para evitar que acordos provisórios perdurassem por muitos anos, nunca foi muito utilizada. Percebeu-se que o prazo entre a notificação do acordo e sua entrada em vigor é em geral curto, havendo inclusive muitos acordos que são notificados no momento em que entram em vigor.

O Memorando especificou ainda em seu artigo 12 que os dispositivos relativos a solução de controvérsias são passíveis de utilização para contestação de questões relacionadas a aplicação do artigo XXIV. Sendo assim, a competência do ORD para o tratamento do regionalismo foi definida e confirmada na jurisprudência deste órgão.¹⁴

¹² Deve ser considerada a média ponderada estabelecida a partir das linhas tarifárias por volume e valor, discriminando-se cada país do bloco e o período anterior a formação do bloco utilizado para o levantamento das estatísticas de base para o cálculo de tais barreiras deve ser representativo.

¹³ «Le Secrétariat calculera les taux de droits moyens pondérés et les droits de douane perçus selon la méthodologie utilisée dans l'évaluation des offres tarifaires faites au cours des Négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay. A cette fin, les droits de douane et impositions à prendre en considération seront les taux de droits appliqués.» Mémorandum d'accord sur l'interprétation de l'article XXIV du GATT de 1994, paragraphe 2.

¹⁴ Rapport de l'Organe d'appel, "Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements", WT/DS34/AB/R, 22 octobre 1999, par. 60.

2.1.2. Expressões ambíguas do artigo XXIV

A estrutura confusa do artigo XXIV, assim como expressões ambíguas inseridas neste dificultam o trabalho de avaliação dos ACR. O artigo XXIV:¹⁵5 contém expressões ambíguas, como “no conjunto” e “outras regulações de comércio” que não puderam ser esclarecidos pelo Memorando. Em relação a expressão “no conjunto”, diversas interpretações podem ser feitas. Por um lado, considera-se que a união aduaneira pode criar barreiras para setores específicos, desde que compense liberalizando outros setores inseridos no acordo. Por outro, a união aduaneira pode criar novas barreiras para determinados Estados, mas considerando o impacto para a totalidade de membros do regime multilateral não haveria um resultado negativo. Esta segunda interpretação é mais ampla e leva em conta os efeitos da formação da união aduaneira no contexto global. Em ambas as interpretações há uma noção de compensação, seja em diferentes áreas, seja pelo benefício (ou não-prejuízo) de uns em detrimento do prejuízo de outros. Tais questões continuam em aberto e foram muito debatidas no exame do Tratado de Roma pelo GATT e na avaliação do alargamento europeu que incluiu Dinamarca, Irlanda e Reino Unido na década de 1970, ambos os processos inconclusos.¹⁶

Vale ressaltar que a referência a proibição de elevação de tarifas “no conjunto” é feita para uniões aduaneiras, não sendo encontrada no parágrafo relativo a zonas de livre-comércio. Alguns membros interpretam que na ausência de tal referência, nenhum aumento de tarifas, mesmo que não ultrapasse o nível consolidado, ou de barreiras não-tarifárias seria permitido. Entretanto, a rigor, os países membros de zonas de livre-comércio podem aumentar suas tarifas desde que não ultrapassem as tarifas consolidadas no sistema OMC.¹⁶

A segunda expressão ambígua é “outras regulações de comércio”. Uma das divergências a respeito da expressão diz respeito a inclusão ou não de regras de origem neste rótulo de “regulações de comércio”. Tais regras são essenciais para as zonas de livre-comércio visto que definem quais produtos devem ser beneficiados pelas preferências do regime.

A determinação da inclusão ou não de tais regras de origem na expressão “outras regulações comerciais” é de suma importância para a análise da compatibilidade do regime. Regras de origem extremamente complexas poderiam constituir o equivalente a novas barreiras a terceiros Estados, devendo entrar no cálculo de impacto da formação do bloco para estes. Por exemplo, caso exijam um alto nível de conteúdo local para que um produto seja consi-

¹⁵ WTO Secretariat. *Regionalism and the World Trading System*. Geneva: WTO, 1995, p. 15.

¹⁶ OMC. Comité des accords commerciaux régionaux. «Synopsis des “questions systémiques” relatives aux accords commerciaux régionaux». WT/REG/W/37. 2 mars 2000, p. 18.

derado originário do bloco, o comércio pode ser distorcido. Isso porque o produtor vai optar por insumo doméstico não necessariamente mais barato para conservar a vantagem preferencial para seus produtos. Além disso, os investimentos também serão distorcidos, visto que a base física de produção dos produtos será deslocada para os países membros do arranjo preferencial.¹⁷

Contudo, pode-se argumentar que o fato do GATT não definir regras substanciais a respeito do tema oferece liberdade para a definição dos requisitos a serem exigidos de produtos originários do bloco. Durante a Rodada Uruguai o tema foi debatido, mas não houve muito avanço no tratamento do mesmo, além da adoção do Acordo sobre Regras de Origem que define princípios gerais para a determinação de regras de origem preferenciais. Não foi definido se o impacto destas deve ser computado para o cálculo das restrições ao comércio resultantes da formação de um ACR a terceiros.¹⁸

Interessante ainda ressaltar que no artigo XXIV duas expressões similares são utilizadas: outras regulações ao comércio (ORC) e outras regulações restritivas ao comércio (ORRC). É previsto que num ACR as partes devem eliminar substancialmente as ORRCs ao comércio intra-zona (XXIV:8) e paralelamente não podem aumentar ou criar novas ORCs para terceiros Estados (XXIV:5). Além disso, os países que formam uma união aduaneira devem utilizar substancialmente as mesmas ORCs em relação aos demais membros do regime. Para alguns Estados membros da OMC os termos devem ser considerados equivalentes, mas divergências existem a respeito delas, reforçando o rol de dificuldades encontradas para a interpretação do artigo XXIV.

2.1.3. Elementos de ordem técnica e procedural

Elementos de ordem técnica e procedural também são apontados como fatores que dificultam o exame da compatibilidade dos ACR e a adoção de relatórios. Entre eles esta a praxe do consenso necessário para tal. Isso paralisia as decisões do Comitê e mesmo com as previsões do sistema da OMC relativas a possibilidade de decisões por maioria, nunca houve interesse efetivo dos membros para assim proceder. Sendo assim, como os membros dos ACR são ao mesmo tempo membros do CACR, o consenso praticamente inviabiliza a adoção de um relatório, principalmente se ele declarar o ACR incompatível com o sistema OMC.¹⁹ Os Membros da OMC reconhecem as desvantagens da praxe do consenso, mas não há previsão de que esta seja alterada.

¹⁷ A India se manifestou a respeito do tema em: OMC. Groupe de négociation sur les règles. «Document de travail sur les Accords commerciaux régionaux. Communication de l'Inde» TN/RL/W/114. 6 juin 2003, par. 16.

¹⁸ LaNASA III, Joseph. Rules of origin and the Uruguay's Effectiveness in harmonizing and regulating them. *The American Journal of International Law*, v. 90, n. 04, Oct. 1996, p. 625-640.

¹⁹ Conforme apontado pelo relatório Sutherland: «In practice, there are now just too many WTO members with interests in their own regional or bilateral arrangements for a critical review of

Elementos relacionados a notificação, informação e apresentação de relatórios a respeito dos ACR podem ser também obstáculos a definição de mérito dos mesmos. Afinal, diversos ACR não são notificados, e muitas vezes a notificação é feita quando este já está em vigor, esvaziando o direito das partes de pedirem informações e eventualmente proporem ajustes a um acordo que já produz seus efeitos. O Mecanismo da Transparência para os ACRs foi justamente criado para transpor tais obstáculos, apresentando resultados positivos nesse sentido.²⁰

A adoção de relatórios no CACR é também inviabilizada pelo caráter complexo e ambíguo dos interesses dos membros da OMC sobre o tema do regionalismo. Eles temem os efeitos da proliferação dos blocos regionais, mas todos (a exceção da Mongólia) participam de pelo menos um arranjo. Tal comportamento é conhecido pela literatura como a “síndrome do telhado de vidro”, onde um país tem dificuldade em questionar a prática de outro, quando ele mesmo a adota. Diante da impossibilidade em contornar tal obstáculo, os Estados tem buscado dar prioridade a transparência dos ACR, buscando ampliar o controle das ações de seus pares no âmbito regional.

Questões relacionadas a acesso de mercado figuram também na base do problema. Estados não-participantes do bloco podem não ter interesse em condenar um bloco por não cumprir com o quesito de liberalização de substancialmente todo o comércio intra-zona. Isso porque, conforme visto, quanto mais o comércio for liberalizado no interior do bloco, maior é a discriminação resultante do mesmo em relação a esses países terceiros.

Em relação ao comércio de serviços, esperava-se que os negociadores do GATS pudessem adotar outra lógica para a avaliação dos ACR neste domínio, tendo em vista as fragilidades do artigo XXIV. Mas isto não ocorreu e a análise de compatibilidade dos ACR no artigo V do GATS remete a lógica deste mesmo artigo. Uma dificuldade particular encontrada nesse domínio é a escassez de dados estatísticos, se comparados com os disponíveis para o comércio de bens e a predominância de barreiras não-tarifárias neste setor. Este é um fator que dificulta a análise da compatibilidade dos ACR em serviços em relação as condições impostas pelo artigo V do GATS.

PTA terms to take place and for consensus on their conformity to be found.” SUTHERLAND, Peter. L’avenir de l’OMC: relever les défis institutionnels du nouveau millénaire. Rapport du Conseil consultatif à M. Supachai Panitchpakdi, Directeur Général. Genève: Organisation mondiale du commerce, 2004.

²⁰ O trabalho executado pelo Mecanismo da transparência para os ACR será analisado mais a frente.

2.2 Os fracassos na busca pela compatibilidade dos ACR

Em decorrência dos diversos obstáculos para o exame de compatibilidade dos ACR com o sistema OMC, a adoção de relatórios no CACR não tem sido possível, sinalizando o fracasso da busca pela compatibilidade dos ACR. Apesar dos esforços empreendidos para a avaliação da conformidade dos ACR, em apenas um caso em todo o histórico do regime GATT/OMC foi estabelecido um mérito a este respeito: a união aduaneira entre a República Checa e a Eslováquia, aprovado pelo GATT em 1994.²¹

Apesar do sucesso desta avaliação de compatibilidade, nenhum outro ACR notificado a OMC foi avaliado de modo conclusivo. Ou seja, nenhum outro ACR foi aprovado pelo processo de avaliação, mas tampouco foi reprovado pelo mesmo. Vale ressaltar que a obrigação dos membros do sistema multilateral é de notificar os acordos dos quais participam e se submeter ao exame realizado pelo sistema. A confirmação da compatibilidade de um ACR não é uma necessidade ou “sinal verde” para a adoção do mesmo. Somente se for reprovado, ou seja, em caso de “sinal vermelho” deve se adaptar as recomendações feitas a ele.²²

Para a avaliação do fracasso na busca pela compatibilidade dos ACR, serão apresentados alguns dos elementos incluídos no procedimento de avaliação de compatibilidade do bloco europeu, do NAFTA e do Mercosul. Esta análise possibilitará uma visão global da questão, por abordar alguns dos principais ACR notificados a OMC. Um dos pontos comuns destes procedimentos é o fato de terem sido iniciados na égide do GATT 1947, onde já existiam problemas relacionados ao exame de compatibilidade dos ACR.

2.2.1. Avaliação da compatibilidade do bloco europeu

Uma das análises de compatibilidade mais complexas é a do bloco europeu. Pela relevância do bloco, a forma extremamente flexível com a qual o GATT tratou a integração europeia influenciou o modo como o artigo XXIV foi

²¹ Após a dissolução da Checoslováquia foi estabelecida uma união aduaneira entre esses dois países, criando um bloco de forte coesão e *sui generis* em relação aos demais ACR notificados a OMC. Barreiras tarifárias e não-tarifárias não existiam no comércio entre eles, mantendo as mesmas políticas aplicadas anteriormente à dissolução da Checoslováquia. Além disso, não foi necessário um período de transição, visto que se deu continuidade às práticas de outrora, mantendo o mesmo imposto de importação do antigo país, formulando apenas duas pautas tarifárias idênticas. Interessante notar que tal acordo previa a possibilidade de aplicação de medidas antidumping e salvaguardas no comércio intra-zona, o que normalmente não deveria ser possível. Mesmo assim, o acordo não deixou de ser aprovado pelos membros do GATT, levando em consideração os demais fatores tão favoráveis à aprovação da união aduaneira. Maiores informações ver GATT. Working party on the customs union between the Czech Republic and the Slovak Republic. Report. L/7501. 15 July 1994.

²² MARCEAU, Gabrielle; REIMAN, Cornelis. When and how is a regional trade agreement compatible with the WTO? *Legal Issues of Economic Integration*, v. 28, n. 03, 2001, p. 310-311.

percebido ao longo dos anos, comprometendo inclusive sua eficácia, além de facilitar outros desvios de regra.

Na análise de compatibilidade da CECA, primeiro acordo de base do Mercado europeu, percebeu-se que este não constituía nem uma zona de livre-comércio e nem uma união aduaneira (modalidades permitidas pelo art. XXIV do GATT). Este acordo cobria somente o comércio de carvão e aço, fugindo a um dos principais critérios do GATT para a formação de um ACR, qual seja o de cobrir “substantialmente todo o comércio”. Sendo assim, foi acordado um *waiver* com base no artigo XXV:5 do GATT para que pudessem ser atingidos os objetivos da CECA.²³

No caso da CEE, o tratamento foi diferente porque seus membros alegavam que o bloco era compatível com o regime e por essa razão não se cogitou a concessão de *waiver*.²⁴ O grupo constituído para o exame do Tratado CEE buscava examinar quatro pontos: tarifas, uso de restrições quantitativas, comércio de produtos agrícolas e acordos preferenciais entre seus membros e outros parceiros. Em relatório apresentado em 1957 não se chegou a conclusões definitivas a respeito dos instrumentos avaliados. Muitas divergências em relação às obrigações do art. XXIV do GATT e imprecisões em relação a elementos do acordo dificultaram o trabalho de análise do grupo que continuou avaliando o acordo no ano seguinte, mas nunca chegou a uma manifestação definitiva sobre a compatibilidade do mesmo.²⁵

Com o aprofundamento do processo de integração e o crescimento do número de membros do bloco europeu, dificuldades em cadeia vão surgindo. Afinal, a compatibilidade de novas acessões ao bloco europeu deve ser analisada²⁶, sem que haja uma conclusão em relação a compatibilidade do próprio bloco (CEE).

²³ Um Grupo de Trabalho foi constituído para esse fim e as Partes Contratantes autorizaram a concessão do *waiver* em novembro de 1952. Documentos de referência: GATT. SR 7/17. 12 novembro 1952 e GATT. L/56.18 novembro 1952.

²⁴ Em março de 1957, foi feita uma declaração as partes contratantes do GATT de garantia de conformidade do Tratado da CEE com o GATT, estabelecendo “the firm assurance (...) that as long as the Six would remain Contracting Parties to the General Agreement they would scrupulously observe their obligations under this Agreement”. PETERSMANN, Ernest-Ulrich. The EEC as a GATT Member: Legal conflicts between GATT Law and the European Community Law. In: HILF, Meinhard; JACOBS, Francis; PETERSMANN, Ernest-Ulrich. *The European Community and the GATT*. Deventer: Kluwer, 1986, p. 34.

²⁵ Em novembro de 1957, o grupo simplesmente declarou que naquele momento não seria possível o exame do Tratado de Roma com o art. XXIV, mas até hoje não houve uma definição a respeito. GATT. The Roma Treaties. Statement of Conclusions for Approval by the Contracting Parties. W.13/49. 18 november 1958. GATT. Summary Record of the Fifteenth Meeting. SR. 13/15. 19 November 1958.

²⁶ Em 1973, o GATT estabeleceu um grupo de trabalho para avaliar a compatibilidade do alargamento europeu sem, contudo, ter êxito em sua tarefa.

O exame de compatibilidade do bloco europeu com as regras do GATT/OMC não foi bem sucedido e implicações políticas podem ser identificadas como causas adicionais para tal resultado. Ao longo da história de formação e alargamento do bloco europeu, os EUA eram condescendentes com tal prática. Tal percepção mudou em 1982, quando acionaram o órgão de solução de controvérsias do GATT contra a CE, alegando violação pela concessão de preferências comerciais a determinados países por meio dos chamados Acordos Mediterrâneos.²⁷ Entretanto, considerando a importância e o tamanho do bloco para a economia mundial, seria inocente pensar que sua existência dependeria da conformidade com as regras do GATT/OMC. A importância deste bloco para a definição das políticas estrangeiras dos Estados era tão grande quanto o GATT em si.²⁸ Sendo assim, este bloco continuou a existir independente da aprovação da OMC, aumentando o número de parceiros e aprofundando seu nível de integração.

Outro caso interessante de análise de compatibilidade é o do Acordo de Cotonou, adotado em 2000 pela UE e os países da África, das Caraíbas e do Pacífico (ACP) dando prosseguimento ao tratamento preferencial outrora firmado pelas Convenções de Lomé. Para a acomodação do Acordo ao sistema normativo da OMC, foi aprovado um *waiver* na ocasião de lançamento da Rodada Doha.²⁹ O volume absoluto de trocas comerciais dentro destes acordos não é muito grande, mas a teia de relações formadas é considerável visto que são 78 países de um lado e 27 do outro.

2.2.2. Avaliação da compatibilidade do NAFTA

Focando a análise na América do Norte, o grupo de trabalho estabelecido para o exame do acordo de livre comércio entre Estados Unidos – Canadá (CUSFTA) não foi capaz de chegar a uma conclusão unânime sobre a consistência deste acordo com o disposto no artigo XXIV. Em relatório adotado em 1991, a posição do grupo de trabalho foi, de modo geral, positiva para o CUS-

²⁷ GATT. Report of the Panel. European Community – Tariff treatment on imports of citrus products from certain countries in the Mediterranean region. L/5776, 7 february 1985.

²⁸ HUDEC, Robert. *The GATT legal system and world trade diplomacy*. New York: Praeger, 1975, p. 195-196.

²⁹ Para maiores detalhes sobre o exame de compatibilidade desses acordos ver: HUBER, Jürgen. The past, present and future ACP-EU trade regime and the WTO. *European Journal of International Law*, v. 11, n. 2, 2000, p. 427-438. MATAMBALYA, Francis; WOLF, Suzana. The Cotonou Agreement and the Challenge of making the new EU-ACP Trade Regime WTO compatible. *Journal of World Trade*, v. 35, n. 1, 2001, p. 123-144.

FTA, mas temas como regras de origem, agricultura e a previsão de que o CUS-FTA prevalecia em relação ao GATT implicaram em dúvidas a respeito da compatibilidade do mesmo.³⁰

A análise de compatibilidade do NAFTA, que substituiu o CUSFTA, foi cercada de incertezas ainda maiores pela inclusão do setor de serviços na OMC e com isso novas regras, também ambíguas, vieram controlar a formação de ACR neste setor. O NAFTA foi notificado em 1994, ainda sob a égide do GATT, e em 1995 foi também estabelecido um grupo de trabalho para avaliar a compatibilidade do acordo com base no artigo V do GATS. Entre os blocos regionais notificados a OMC, o NAFTA é o que mais se aproxima das condições definidas no artigo XXIV do GATT e artigo V do GATS. A liberalização comercial no interior do bloco é substantiva (99% do comércio regional em volume) e parece não ter criado novas barreiras a países terceiros. Com base nisso, os membros do CACR empreenderam esforços para a aprovação do acordo sem terem tido êxito. Entre os questionamentos que impediram a adoção de um relatório favorável à conformidade do NAFTA estavam as regras de origem excessivamente complexas e restritivas, o tratamento dado a produtos agrícolas e medidas de salvaguarda previstas pelo bloco.³¹

2.2.3. Avaliação da compatibilidade do Mercosul

Em relação ao Mercosul, criado em 1991, teve a análise efetiva de sua compatibilidade somente em 1995. O exame de compatibilidade deste bloco foi ímpar no sentido de que pela primeira vez foram usados dois dispositivos para a análise de um ACR, o artigo XXIV do GATT e a Cláusula de Habilitação. Isso porque em função das disparidades de grau de desenvolvimento de seus membros, houve dificuldade em enquadrar o bloco no recém inaugurado arranjo institucional da OMC. A solução foi o estabelecimento de um mandato de avaliação da compatibilidade do acordo a luz dos dois dispositivos distintos, ao Comitê sobre Comércio e Desenvolvimento (CCD), que normalmente se ocupava das avaliações pela Cláusula de Habilitação. O CCD deveria remeter seus resultados para o Conselho Geral da OMC com cópia para o Conselho do comércio de bens (CCM), responsável pelas avaliações a partir do artigo XXIV.³²

³⁰ ABBOTT, Frederick. Law and policy of regional integration: the NAFTA and western hemispheric integration in the World Trade Organization system. London: Martinus Nijhoff, 1995, p. 40.

³¹ Para maiores detalhes ver minuta de relatório contendo todos os documentos relevantes na avaliação do NAFTA: OMC. Comité des accords commerciaux régionaux. Projet de rapport sur l'examen de l'Accord de libre-échange nord-américain. WT/REG4/W/1. 20 Septembre 2000.

³² OMC. Groupe de travail de l'Accord relative au Marché Commun du Sud (MERCOSUR) WT/COMTD/5/Rev.1. 25 octobre 1995.

A avaliação do Mercosul passou por quatro rodadas, sendo a ultima em maio de 2006. Muitas foram as dificuldades encontradas para a análise do bloco. Entre elas estavam a quantidade de regras e a falta de implementação destas, associadas à manutenção de dois regimes (açucareiro e automotivo) apartados das regras de liberalização do bloco. Isso gerou questionamentos entre os membros da OMC, além de problemas técnicos ligados a nomenclaturas e dados estatísticos.³³

Uma avaliação das barreiras tarifárias impostas pelo Mercosul a terceiros países foi feita em 2005, apresentando resultados positivos para o bloco. A comparação entre a média ponderada pelo volume de comércio operado pelas linhas tarifárias entre 1994, antes da formação da união aduaneira e constituição da TEC, e 2006, demonstrou que essa caiu de 12,5% para 10,4%.³⁴ Dados demonstram que o comércio exterior dos membros do Mercosul cresceu 80% nos últimos dez anos e considerando o ano anterior a entrada em vigor do Tratado de Assunção (1990), esse aumento foi de 255%. O comércio intra-zona e extra-zona se expandiu bastante também, na ordem de 381% e 90% respectivamente, entre 1995 e 2005.

A análise do processo de avaliação destes ACR demonstra o fracasso da busca pela compatibilidade dos mesmos. Não se pode negar a utilidade do trabalho do Comitê para o estabelecimento de procedimentos que busquem facilitar as notificações e exames dos acordos³⁵, além do levantamento de questões horizontais, que contribuem para a melhor compreensão do fenômeno do regionalismo de modo global³⁶. Contudo, a raridade da adoção de relatórios fragiliza a credibilidade das regras, prejudicando o monitoramento e o controle exercido pela OMC sob os ACR. Associado a isto os membros da OMC são desestimulados a formarem arranjos compatíveis e em buscar avaliações conclusivas para os mesmos.

³³ PRAZERES, Tatiana. A OMC e os blocos regionais. São Paulo: Aduaneiras, 2008, p. 234 e 235.

³⁴ OMC. Comité du commerce et du développement. Examen de l'Accord relatif au Marché Commun du Sud (MERCOSUR). WT/COMTD/1/Add.16. 16 mai 2006, p. 02.

³⁵ Ver OMC. Comité des accords commerciaux régionaux. Note sur les procédures destinées à faciliter et à améliorer le processus d'examen. WT/REG/W/9, 9 octobre 1996. OMC. Comité des accords commerciaux régionaux. Modèle de présentation type pour la communication de renseignements sur les accords commerciaux régionaux. WT/REG/W/6, 15 août 1996. OMC. Comité des accords commerciaux régionaux. Lignes directrices concernant les procédures destinées à améliorer et à faciliter le processus d'examen. WT/REG/W/15, 6 mai 1997.

³⁶ Ver OMC. Comité des accords commerciaux régionaux. Inventaire des dispositions non tarifaires des accords commerciaux régionaux. WT/REG/W/26, 5 mai 1998. OMC. Comité des accords commerciaux régionaux. Régime des règles d'origine dans les accords commerciaux régionaux. WT/REG/W/45, 5 avril 2002. OMC. Comité des accords commerciaux régionaux. Champ d'application, processus de libéralisation et dispositions transitoires des Accords commerciaux régionaux. WT/REG/W/46, 5 avril 2002.

3. O MECANISMO PARA A TRANSPARÊNCIA DOS ACR

Diante do quadro de dificuldades e falhas na análise da compatibilidade dos acordos regionais, os membros da OMC mudaram a estratégia de controle destes. Esforços para a adoção de relatórios sobre a compatibilidade dos acordos regionais foram abandonados, dando prioridade ao reforço pela transparência dos ACR.

Adotado no fim de 2006, o novo mecanismo da transparência trouxe um maior rigor no exame dos ACR, pelo reforço da transparência destes. Ele dispõe a respeito da notificação de novos acordos a OMC e requer uma apresentação faltual das notificações dos ACR a ser feita aos membros da OMC sobre a base de um relatório preparado pelo secretariado da organização. Além disso, todas as alterações que afetem a implementação de um novo acordo ou a operação de um ACR já existente, devem ser notificadas a OMC. No caso de ACR provisórios, ao fim do período de implementação deste, seus participantes devem apresentar um relatório escrito a OMC demonstrando a realização dos objetivos de liberalização previamente notificados.

O contexto de criação deste mecanismo foi o da Rodada Doha. Considerada a Rodada do desenvolvimento, Doha possui um mandato que inclui questões de reforço e valorização do princípio da transparência, tão importante para a OMC. Com base nisso, os Membros elaboraram e instituíram, de modo provisório, um mecanismo para a transparência dos ACR (A) Mesmo sendo um sistema novo e não-definitivo, o mecanismo já está sendo implementado demonstrando novos esforços para o reforço da transparência dos ACR (B).

3.1. O reforço do princípio da transparência e a criação do Mecanismo para a transparência dos ACR na Rodada Doha

A criação do mecanismo para a transparência dos ACR demonstra de modo claro a preocupação dos membros da OMC com o reforço do princípio da transparência, aplicando-o como base para o monitoramento dos arranjos regionais. Além disso, a transparência é apresentada no parágrafo 49 da Declaração de Doha como importante para as negociações e para facilitar a participação de todos.³⁷

³⁷ “Les négociations seront menées d'une manière transparente entre les participants, afin de faciliter la participation effective de tous. Elles seront menées en vue d'assurer des avantages à tous les participants et de parvenir à un équilibre global dans les résultats des négociations.”

3.1.1. A importância do princípio da transparência na OMC

Em 2004, o diretor geral da OMC compôs um grupo de especialistas de renome internacional para tratar de desafios institucionais da Organização. Como resultado deste trabalho foi estabelecido o chamado 'Sutherland Report', publicado em 2004³⁸. Neste relatório, os especialistas mencionam a importância do princípio da transparência para a OMC, como um elemento relacionado a legitimidade desta enquanto organização internacional. Além disso, o reforço do princípio da transparência na OMC está diretamente ligado a transparência do direito doméstico de seus membros.³⁹ Isso se tornou evidente para a OMC com a acessão de nações não-democráticas e *non-market economies* como China e Vietnã. Com a entrada destes países, os próprios membros da OMC solicitaram uma maior transparência para a promoção das regras de direito e boa governança nas administrações domésticas destes Estados. Isso é importante para a efetividade na aplicação das obrigações da OMC.⁴⁰

Como um diamante, o princípio da transparência possui várias faces. Por esta razão é utilizado nos diversos setores tratados pela OMC. Todavia, o objetivo na utilização deste é comum, qual seja o de clarificar o processo de elaboração e aplicação das regras no seio da OMC e de seus Membros. Como uma instituição internacional, a OMC possui importantes desafios em relação ao reforço da transparência. O primeiro está relacionado com a transparência interna dos processos de decisão e aplicação de normas tornando-os mais abertos e transparentes. Uma maior inclusão dos países em desenvolvimento nestes processos é cada vez mais importante, tendo em vista que hoje constituem a vasta maioria dos membros da Organização. Além disso, desafios relacionados a transparência externa também são consideráveis devido as críticas, principalmente construídas pelas organizações não-governamentais (ONG) e por atores privados, em relação ao caráter fechado e não-democrático que estes atribuem a estrutura da mesma.⁴¹

³⁸ Ficou conhecido como Sutherland Report em razão de seu coordenador, Peter Sutherland. CONSULTATIVE Board to the WTO Director-General. *L'avenir de l'OMC: relever les défis institutionnels du nouveau millénaire*. Rapport du Conseil consultatif à M. Supachai Panitchpakdi, Directeur Général. Genève: WTO, 2004.

³⁹ "However imprecise the GATT/WTO definition of transparency, the core of the definition goes to the heart of a country's legal infrastructure, and more precisely to the nature and enforcement of its administrative Law regime." OSTRY, Sylvia. China and the WTO: the transparency issue. *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 3(1), 1998, at. P. 2

⁴⁰ STEGER, Debra P. "Introduction to the mini-symposium on transparency in the WTO" *Journal of International Economic Law* 11 (4), october 2008, pp. 705-715, at. p. 710

⁴¹ Pouca atenção tem sido dedicada a análise da transparência interna, contrariamente a transparência externa que já foi tema de diversos estudos como: Steve Charnovitz, 'Participation of Non-Governmental Organizations in the World Trade Organization', *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 17, 1996, p. 331-357; Phillip M. Nichols, 'Participation of Non-Governmental Parties of the World Trade Organization: Extension of Standing in World Trade Organization Disputes to Non-government Parties', *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 17, 1996, p. 295-329; G. R. Shell, 'Trade Stakeholders Model and

Para enfrentar tais desafios, a OMC deve trabalhar dois aspectos principais e que estão diretamente ligados ao fenômeno do regionalismo e ao novo mecanismo para o monitoramento dos ACR. O primeiro diz respeito ao *acesso a informação* e o segundo a *participação nos procedimentos realizados na OMC*.

Em relação ao acesso a informação, a OMC disponibiliza diversos documentos em seu site oficial, ainda assim, a quantidade exorbitante de informações tem sido alvo de críticas, visto que acaba dificultando as pesquisas no site. Além disso, uma série de documentos continua guardando seu caráter de confidencialidade como o pedido completo das partes no Órgão de Apelação, assim como alguns documentos referentes aos processos nos painéis ou em negociações restritas. Todavia, tais deficiências poderiam ser resolvidas caso os Membros assim o desejassem, como foi feito com a instituição do Mecanismo para a transparência dos ACR. Neste caso específico, os Membros julgaram que as informações disponíveis no antigo sistema de notificação e controle da compatibilidade do acordo não eram suficientes ou possuíam um caráter técnico e complexo que dificultava o exame das mesmas. Com o Mecanismo para a transparência dos ACR, essas informações são trabalhadas e disponibilizadas de modo mais simples e acessível.

Em relação ao segundo aspecto ligado a participação nos procedimentos estabelecidos no seio da OMC, existem críticas relacionadas a participação nas negociações, encontros e até mesmo no sistema de solução de controvérsias. A OMC tem trabalhado nesse sentido, permitindo ao público o acompanhamento de algumas reuniões do Órgão de Solução de Controvérsias e aceitando as submissões de *amicus curiae* nos casos em que julga pertinente. Em relação ao Mecanismo para a transparência dos ACR, percebe-se que a instituição deste possibilita aos membros participarem de modo mais ativo do processo de análise e exame dos acordos regionais. Vale ressaltar que, teoricamente, os Estados sempre puderam participar dessa análise dos ACR no seio do CACR. Entretanto, com a facilitação do acesso a informações através do mecanismo, essa participação também se torna mais efetiva. Além disso, a formação de alianças e objetivos comuns a partir de ACR podem auxiliar membros menos desenvolvidos a participarem nas negociações e demais procedimentos da OMC.

Essa breve análise demonstra a importância do princípio da transparência para o sistema como um todo, não sendo surpreendente o entendimento

Participation by Non-State Parties in the World Trade Organization', *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 17, 1996, p. 359-381; Chios Carmody, 'Beyond the Proposals: Public Participation in International Economic Law', *American University International Law Review*, vol. 15, 2000, p. 1321-1341. STEGER, Debra P. "Introduction to the mini-symposium on transparency in the WTO" *Journal of International Economic Law* 11 (4), october 2008, pp. 705-715, at. P. 709.

dos Membros da OMC em utilizar tal princípio para o controle e monitoramento dos ACR. Contudo, o reforço da transparência dos ACR é somente um primeiro passo rumo ao objetivo maior de clarificação e melhoria das disciplinas da OMC relacionadas ao mesmo, previsto na Rodada Doha.

3.1.2. O reforço do princípio da transparência na Rodada Doha

A Rodada Doha foi lançada em 2001 no Catar e deveria ter sido concluída em janeiro de 2005, se não fossem os diversos obstáculos que tem impedido que a Rodada avance⁴². Considerada a Rodada para o desenvolvimento, a Rodada Doha visa dar continuidade aos objetivos de liberalização e promoção do desenvolvimento do Acordo de Marrakech. Para isso, os Membros buscam o reforço da transparência nas negociações, permitindo a efetiva participação de todos.⁴³

O reforço da transparência também está inserido nos vinte e um temas dispostos no Programa de Trabalho da Rodada de Doha.⁴⁴, entre eles o tratamento do regionalismo, juntamente com assuntos que o tocam direta ou indiretamente como acesso a mercados pela redução de tarifas ou de barreiras não-tarifárias. Um Comitê de Negociações Comerciais foi criado para coordenar os trabalhos no âmbito da Rodada. Vinculado a este, existem grupos destinados aos diversos assuntos incluídos na agenda de Doha, sendo que para o tema específico do regionalismo foi designado o Grupo Negociador de Regras (GNR) que cuida também das negociações envolvendo a revisão do Acordo Antidumping e do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias.

O GNR conduz as negociações sobre ACR na Rodada Doha de acordo com o § 29 da Declaração Ministerial, buscando negociar uma solução para o esclarecimento e melhoria dos dispositivos relativos ao tema, sem desconsiderar a potencial contribuição destes para o desenvolvimento.⁴⁵ Além disso, no

⁴² Nas últimas declarações do diretor-geral da Organizacao, tem sido apontada a necessidade de que compromissos politiques sejam traduzidos em progressos nas negociações. OMC. Nouvelles 2009. Conseil General. M. Lamy: "Notre tâche consiste maintenant à faire correspondre les promesses politiques et l'avancement des négociations" 28 et 29 juillet 2009.http://www.wto.org/french/news_f/news09_f/tnc_chair_report_28jul09_f.htm Acesso em 08 dez 2015.

⁴³ Conforme o parágrafo 49 da Declaracao de Doha, a transparência é importante para as negociações como um todo: "Les négociations seront menées d'une manière transparente entre les participants, afin de faciliter la participation effective de tous. Elles seront menées en vue d'assurer des avantages à tous les participants et de parvenir à un équilibre global dans les résultats des négociations."

⁴⁴ OMC. Conférence Ministérielle. Doha, 9-14 novembre 2001. Déclaration Ministérielle. WT/MIN(01)/DEC/1, 20 novembre 2001.

⁴⁵ Parágrafo 29 da Declaração Ministerial de Doha: «Nous convenons également de négociations visant à clarifier et à améliorer les disciplines et procédures prévues par les dispositions existantes de l'OMC qui s'appliquent aux accords commerciaux régionaux. Les négociations tiendront compte des aspects des accords commerciaux régionaux relatifs au développement.»

preâmbulo da Declaração de Doha é feito menção a importância dos ACR para a promoção da liberalização e desenvolvimento.⁴⁶

O avanço das negociações tem sido lento, sendo que diversos documentos para auxiliar tais negociações foram apresentados ao GNR, entre eles um documento do Secretariado contendo o histórico dos debates, principais sugestões e questões sistemáticas relacionadas aos ACR apresentadas ao longo do GATT/OMC.⁴⁷

As negociações ocorrem em duas vias: uma de reuniões formais para identificação das questões precisas a serem abordadas; e uma de consultas informais para o tratamento principalmente de assuntos procedimentais de reforço da transparência de ACR. A via informal tem avançado mais rapidamente e já apresenta resultados positivos pela criação do Mecanismo da Transparência adotado, provisoriamente, em 14 de dezembro de 2006.⁴⁸ O conteúdo da Decisão que institui tal Mecanismo pode ser ainda revisto pelos membros, devendo ser substituído por um Mecanismo permanente ao fim da Rodada Doha. A possibilidade de que partes dos resultados da Rodada entre em vigor provisoriamente constitui uma exceção a regra do pacote único prevista da própria Declaração Ministerial de Doha.⁴⁹

3.2. A implementação do Mecanismo para a transparência dos ACR

Com o reforço dos instrumentos de transparência na Rodada Doha, o Secretariado pode implementar um método preventivo para examinar os ACR. Isso porque o novo Mecanismo para a transparência dos ACR prevê a notificação de todos os ACR a OMC, de preferência antes que estes produzam efeitos. A partir disso, o Secretariado prepara uma apresentação dos fatos para que todos os demais membros da OMC possam examinar e criticar os ACR.

⁴⁶ «Nous soulignons notre attachement à l'OMC en tant qu'enceinte unique pour l'élaboration de règles commerciales et la libéralisation des échanges au niveau mondial, tout en reconnaissant également que les accords commerciaux régionaux peuvent jouer un rôle important pour ce qui est de promouvoir la libéralisation et l'expansion des échanges et de favoriser le développement.» OMC. Conférence Ministérielle. Doha, 9-14 novembre 2001. Déclaration Ministérielle. WT/MIN(01)/DEC/1, 20 novembre 2001, ponto 4 do preâmbulo.

⁴⁷ OMC. Groupe de négociation sur les règles. Inventaire des questions relatives aux accords commerciaux régionaux. Note d'information du Secrétariat. TN/RL/W/8/Rev.01, 1 août 2002.

⁴⁸ OMC. Mécanisme pour la transparence des accords commerciaux régionaux. WT/L/671 18 décembre 2006.

⁴⁹ «À l'exception des améliorations et clarifications du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, la conduite et la conclusion des négociations ainsi que l'entrée en vigueur de leurs résultats seront consiokdérées comme des parties d'un engagement unique. Toutefois, les accords conclus dans les premières phases des négociations pourront être mis en œuvre à titre provisoire ou définitif. Ces premiers accords seront pris en compte dans l'établissement du bilan global des négociations.» OMC. Conférence Ministérielle de l'OMC. Déclaration ministérielle, WT/MIN(01)/DEC/1, 20 novembre 2001, par. 47.

Na prática, esse Mecanismo é considerado mais obrigatório do que o antigo sistema de notificações e controle realizado até então pelo CACR.

Interessante ressaltar que a experiência positiva do Mecanismo de Revisão de Política Comercial (MRPC) da OMC influenciou a decisão dos membros de atribuírem uma maior responsabilidade ao Secretariado para a avaliação factual dos blocos.⁵⁰ Periodicamente, os membros da OMC apresentam ao MEPC informações e esclarecimentos a respeito de práticas e regras relacionados a sua política comercial. A partir de tais informações e no contexto desse mecanismo, o Secretariado apresenta um relatório contendo os pontos que considera mais relevantes, assim como o “país sabatinado” também apresenta um resumo de suas informações. A partir de tais documentos os demais membros podem levantar questionamentos a respeito da política comercial de seus pares. O Secretariado tem exercido um importante papel no contexto do MRPC facilitando os exames das práticas dos países membros da OMC, esperando que exerça um papel mais ativo também no exame factual dos blocos regional no contexto de seu mecanismo de transparência específico.⁵¹

O Secretariado realizou um primeiro trabalho experimental de exame factual de um ACR em 2005. Nesta ocasião, os membros do CACR analisaram o acordo de livre-comércio entre Chile e Coreia (voluntários no exercício), julgando-o positivo. Isso reforçou a crença de que o novo mecanismo fortaleceria o CACR, facilitando o processo de revisão dos blocos. A partir de maio de 2007, com a legitimação da metodologia, o Secretariado passou a realizar as primeiras análises dos ACR notificados.

A Decisão que estabelece o Mecanismo de transparência para os ACR menciona os prazos relativos as notificações, assim como o conteúdo das informações a serem fornecidas pelos membros ao Comitê respectivo. Interessante notar que com este novo Mecanismo, o Secretariado da OMC deve somente fazer um levantamento das questões factuais dos ACR notificados, sem avaliar a compatibilidade dos mesmos. Ou seja, as partes do acordo regional apresentam informações ao Secretariado e este retrabalha tais informações de modo a estabelecer um documento o mais claro possível para os demais membros da Organização, facilitando o exame factual no CACR. Vale ressaltar que

⁵⁰ O Relatório Sutherland já sugeria a possibilidade de criação de um sistema equivalente ao Mecanismo de revisão políticas comerciais para os blocos regionais. SUTHERLAND, Peter. *L'avenir de l'OMC: relever les défis institutionnels du nouveau millénaire*. Rapport du Conseil consultatif à M. Supachai Panitchpakdi, Directeur Général. Genève: Organisation mondiale du commerce, 2004, p.26-27.

⁵¹ A interdição da utilização dos relatórios e exames produzidos pelo MRPC e pelo Mecanismo para a transparência dos ACR é única em relação aos demais procedimentos e documentos oferecidos pelo Secretariado.

esta análise não pode servir de fundamento para futuros contenciosos perante o ORD.⁵²

A utilização do Mecanismo para a transparência dos ACR começa com o anúncio prévio. Os membros que estejam negociando novos ACR devem notificá-los a OMC, assim como membros de ACR recentemente assinados devem fornecer informações a respeito de seu conteúdo, data de assinatura, calendário para sua entrada em vigor ou sua aplicação provisória, enfim, todas as informações não confidenciais e consideradas pertinentes. Tais informações podem ser enviadas por meio eletrônico e em seguida, o Secretariado as disponibiliza no site oficial da OMC, assim como encaminha resumos periódicos a todos os demais Membros. Até o momento, 32 anúncios prévios foram feitos sendo que somente cinco dizem respeito a acordos assinados. Todos os demais estão em processo de negociação. Isso demonstra o lado positivo do exame no período de negociação dos ACR, podendo os Estados proporem alterações antes da entrada em vigor dos mesmos.⁵³

As partes devem notificar os ACR no mais tardar imediatamente após a ratificação do mesmo por todas as partes ou após a decisão de uma delas em dar início a aplicação do mesmo e antes da aplicação do tratamento preferencial entre elas. Ou seja, o ideal é que a notificação ocorra antes que o acordo comece a produzir seus efeitos. O CACR adotou um modelo de notificação⁵⁴ e aos membros é sugerida sua utilização. Neste, as partes do ACR devem especificar o dispositivo da OMC que fundamenta a formação do acordo, assim como apresentar todos os documentos relacionados ao mesmo como anexos e protocolos em um dos idiomas oficiais da OMC.

Uma vez notificados, cabe ao CACR aplicar o Mecanismo para a transparência dos ACR notificados com base no artigo XXIV do GATT e no artigo V do AGCS. Ao Comitê de comércio e desenvolvimento fica atribuída a aplicação aos ACR notificados com base na Cláusula de Habilitação.

Normalmente, os exames devem ser concluídos no prazo de no máximo um ano a partir da data de notificação. No momento da notificação, o Secretariado estabelece um calendário especificando as fases deste exame, assim como as datas de consulta com as partes. Conforme o anexo da Decisão sobre a transparência estabelece, cabe as partes do ACR disponibilizar ao Secretariado dados detalhados. O prazo para tal tarefa é de até dez semanas, ou vinte no

⁵² «La présentation fatale du Secrétariat de l'OMC ne sera pas utilisée comme base pour des procédures de règlement des différends ni pour créer de nouveaux droits et de nouvelles obligations pour les Membres.» OMC. Mecanisme pour la Transparence des Accords commerciaux régionaux. Décision du 14 décembre 2006. WT/L/671, 18 décembre 2006, paragraphe 10.

⁵³ Uma lista completa dos anúncios prévios está disponível em: <http://rtais.wto.org/UI/PublicEARTAList.aspx> Acesso em 08 dez 2015.

⁵⁴ OMC. Modèle de notification pour les accords commerciaux régionaux. WT/REG/16, 23 novembre 2006. Disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/notification_e.doc Acesso em 08 dez 2015.

caso de ACR formados somente por países em desenvolvimento, contados a partir da data da notificação.⁵⁵

De modo resumido, o Secretariado implementa o Mecanismo da transparência em 8 etapas que vão desde a notificação e apresentação das informações sobre o acordo até a circulação final de questões e respostas escritas após a apresentação fatual elaborada pelo Secretariado. Vale ressaltar que a apresentação fatual, diferentemente dos relatórios do antigo sistema, não são passivas de aprovação ou reprovação. Esta apresentação tem como função expor os principais elementos relativos ao ACR, havendo ainda espaço para perguntas e respostas, mas sem que julgamentos ou testes sejam feitos a partir de tal apresentação.

A tabela a seguir apresenta as etapas de implementação do Mecanismo, juntamente com os prazos relativos a cada uma delas. Percebe-se que a notificação é feita em dois órgãos diferentes e no caso de ACR entre países em desenvolvimento os prazos para o cumprimento das etapas é maior em relação a ACR envolvendo países desenvolvidos.⁵⁶

Notificação do ACR	CACR	CCD
Submissão das informações relativas ao comércio e as linhas tarifárias como indicado no anexo I do Mecanismo para a transparência	10 semanas	20 semanas
Projeto de apresentação fatual enviado as Partes	6 semanas	6 semanas
Recolhimento dos comentários recebidos das Partes	4 semanas	4 semanas
Comentários integrados na apresentação fatual	2 semanas	2 semanas
Distribuição da apresentação fatual nas três línguas oficiais	3 semanas	3 semanas
Questões escritas recebidas dos Membros	4 semanas	4 semanas
Respostas escritas recebidas das Partes	4 semanas	4 semanas
Circulação de questões e respostas	3 dias depois	3 dias depois
Prazo total a partir da data de notificação	35 semanas	45 semanas

Os dados fornecidos pelas partes dos ACR devem ser os principais fundamentos para a apresentação fatual. Todavia, o Secretariado da OMC pode fazer uso de outras fontes desde que necessárias para a exatidão dos fatos. Importante ressaltar que na formulação de tais apresentações o Secretariado não poderá expressar nenhum julgamento de valor.

Em geral, cada ACR notificado é analisado somente uma vez em uma reunião formal do CACR. Oito semanas antes desta reunião, a apresentação fatual e todas as informações adicionais fornecidas por escrito pelas partes são distribuídas aos Membros da OMC. Estes podem, em seguida, apresentar questões ou observações também escritas aos participantes dos ACR que serão

⁵⁵ Os calendários para as próximas apresentações fatuais estão disponíveis em http://www.wto.org/french/tratop_f/region_f/trans_mecha_f.htm Acesso em 08 dez 2015.

⁵⁶ Tabela construída a partir das informações disponíveis em http://www.wto.org/french/tratop_f/region_f/trans_mecha_f.htm Acesso em 08 dez 2015.

transmitidas pelo Secretariado da OMC com uma antecedência de pelo menos quatro semanas antes da reunião oficial. Com pelo menos três dias de antecedência da reunião, as respostas a tais comentários ou perguntas devem ser enviadas aos Membros da OMC.

O Secretariado distribui o mais rapidamente possível todos os documentos escritos apresentados assim como as atas das reuniões destinadas ao exame dos ACR. Além disso, os disponibiliza no site oficial da OMC.

No caso de ACR provisórios ou em negociação, após o prazo de implementação destes, as partes devem apresentar a OMC um relatório descrevendo a realização dos compromissos de liberalização anunciados no momento da notificação do acordo. Todas as modificações que possam afetar o funcionamento ou aplicação do ACR devem também ser notificadas a OMC, principalmente modificações que afetem o tratamento preferencial entre as partes ou relacionadas a disciplinas internas do acordo.⁵⁷

De modo resumido os dados estatísticos referentes ao trabalho de exame dos ACR são:⁵⁸

	Cláusula de habilitação	Art. V AGCS	Art. XXIV GATT	Total geral
Apresentação fatural em elaboração	14	20	68	102
Apresentação fatural suspensa	0	4	0	4
Apresentação fatural distribuída	5	89	115	209
Resumo fatural em elaboração	0	0	0	0
Resumo fatural distribuído	11	21	40	72
Relatório adotado	1	0	17	18
Sem relatório	8	0	0	8
Total geral	39	134	240	413

O entusiasmo da Organização com a criação deste novo Mecanismo é refletido na declaração de seu diretor geral que considera que "...C'est un pas important pour faire em sorte que les accords commerciaux régionaux constituent une pierre angulaire du commerce mondial, et non une pierre d'achoppement."⁵⁹

Um dos resultados mais importantes deste Mecanismo foi o estabelecimento da base de dados sobre os ACR disponível no site da OMC. Conforme especificado no parágrafo 21 da Decisão relativa ao Mecanismo, o Secretariado estabeleceu uma base de dados de fácil acesso ao público e a atualizada quase

⁵⁷ Uma lista completa de todos os ACR notificados a OMC está disponível no Sistema de informação sobre os Acordos Comerciais Regionais (SI-ACR) acessível em <http://rtais.wto.org/UI/PubliccMaintainRTAHome.aspx> Acesso em 08 dez 2015.

⁵⁸ Informações disponibilizadas em <http://rtais.wto.org/UI/publicsummarytable.aspx> Acesso em 08 dez 2015.

⁵⁹ OMC. Nouvelles 2006. "M. Lamy salue l'accord de l'OMC sur les accords commerciaux régionaux» 10 juillet 2006. Disponível em: http://www.wto.org/english/news_e/news06_e/rtajuly06_e.htm Acesso em 08 dez 2015.

diariamente. Falhas ainda existem no fornecimento de informações relativas aos ACR, visto que vários documentos conservam seu caráter de confidencialidade. Além disso, a Organização ainda não realizou estudos importantes como os relacionados a levantamentos estatísticos sobre o volume de comércio realmente realizado pelo universo de ACR. Vale ressaltar que a OMC trabalha com os dados e informações referentes aos ACR notificados, mesmo tendo consciência da infinidade de acordos que não o são.

4. CONCLUSÃO

O Mecanismo para a transparência dos ACR está em fase experimental sendo que no quadro de resultados globais da Rodada Doha, um Mecanismo permanente deverá ser adotado conforme o parágrafo 47 da Declaração de Doha. Os Membros da OMC ainda possuem receios e dúvidas em relação aos reflexos dos resultados do Mecanismo dentro do ORD da OMC. Apesar da especificação de que não podem ser utilizados como base para os procedimentos de solução de controvérsias ser clara, tais apresentações fatuais podem apresentar informações que indiretamente poderiam ser utilizadas para embasar eventuais argumentos das partes na solução de controvérsias no ORD.

O objetivo deste artigo foi o de apresentar o modo como os dispositivos são aplicados pelo CACR, considerado um dos principais órgãos no tratamento do regionalismo no direito da OMC. Muitas falhas existem no trabalho destes e muitas proposições de reformas institucionais são apresentadas. No caso do CACR, a criação do Mecanismo da Transparência para os ACR é justamente fruto de reformas propostas aos procedimentos outrora aplicados, mas ainda é cedo para julgarmos se tal Mecanismo conseguira produzir os efeitos desejados.

Enquanto tais reformas não são implementadas e muitas outras sugestões aparecem, o sistema multilateral da OMC continua tentando monitorar e controlar os ACR existentes e que ainda serão estabelecidos. Afinal, de modo paralelo e por diversas razões, os ACR continuam proliferando e convivendo em uma relação de complementariedade ou conflito com o sistema OMC.

Referências

- ABBOTT, Frederick. *Law and policy of regional integration: the NAFTA and western hemispheric integration in the World Trade Organization system*. London: Martinus Nijhoff, 1995.
- BOSSCHE, Peter van den. *The law and policy of the World Trade Organization: text, cases and materials*. 2e ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

CARMODY, Chios. 'Beyond the Proposals: Public Participation in International Economic Law', **American University International Law Review**, vol. 15, 2000.

CHARNOVITZ, Steve. 'Participation of Non-Governmental Organizations in the World Trade Organization', **University of Pennsylvania Journal of International Economic Law**, vol. 17, 1996.

CONSULTATIVE Board to the WTO Director-General. L'avenir de l'OMC: relever les défis institutionnels du nouveau millénaire. Rapport du Conseil consultatif à M. Supachai Panitchpakdi, Directeur Général. Genève: WTO, 2004.

GATT. Report of the Panel. European Community – Tariff treatment on imports of citrus products from certain countries in the méditerranean region. L/5776, 7 february 1985.

_____. SR 7/17. 12 novembre 1952 e GATT. L/56.18 novembre 1952.

_____. Summary Record of the Fifteenth Meeting. SR. 13/15. 19 November 1958.

_____. The Roma Treaties. Statement of Conclusions for Approval by the Contracting Parties. W.13/49. 18 november 1958.

_____. Working party on the customs union between the Czech Republic and the Slovak Republic. Report. L/7501. 15 July 1994.

HUBER, Jürgen. The past, present and future ACP-EU trade regime and the WTO. **European Journal of International Law**, v. 11, n. 2, 2000.

HUDEC, Robert. **The GATT legal system and world trade diplomacy**. New York: Praeger, 1975, p. 195-196.

LaNASA III, Joseph. Rules of origin and the Uruguay's Effectiveness in harmonizing and regulating them. **The American Journal of International Law**, v. 90, n. 04, Oct. 1996.

MARCEAU, Gabrielle; REIMAN, Cornelis. When and how is a regional trade agreement compatible with the WTO? **Legal Issues of Economic Integration**, v. 28, n. 03, 2001.

MATAMBALYA, Francis; WOLF, Suzana. The Cotonou Agreement and the Challenge of making the new EU-ACP Trade Regime WTO compatible. **Journal of World Trade**, v. 35, n. 1, 2001.

NICHOLS, Phillip M. 'Participation of Non-Governmental Parties of the World Trade Organization: Extension of Standing in World Trade Organization Disputes to Non-government Parties', **University of Pennsylvania Journal of International Economic Law**, vol. 17, 1996.

OMC. "Mécanisme pour la transparence des accords commerciaux régionaux." Décision du 14 décembre 2006. WT/L/671, 18 décembre 2006.

_____. Base de dados dos ACR: <http://rtais.wto.org/UI/PublicEARTAList.aspx>
Acesso em 08 dez 2015.

_____. Comité des accords commerciaux régionaux. «Synopsis des "questions systémiques" relatives aux accords commerciaux régionaux". WT/REG/W/37. 2 mars 2000.

_____. _____. Champ d'application, processus de libéralisation et dispositions transitoires des Accords commerciaux régionaux. WT/REG/W/46, 5 avril 2002.

_____. _____. Décision du 6 février 1996. WT/L/127, 07 février 1996.

_____. _____. Inventaire des dispositions non tarifaires des accords commerciaux régionaux. WT/REG/W/26, 5 mai 1998.

_____. _____. Lignes directrices concernant les procédures destinées à améliorer et à faciliter le processus d'examen. WT/REG/W/15, 6 mai 1997.

_____. _____. Modèle de présentation type pour la communication de renseignements sur les accords commerciaux régionaux. WT/REG/W/6, 15 août 1996.

_____. _____. Note sur les procédures destinées à faciliter et à améliorer le processus d'examen. WT/REG/W/9, 9 octobre 1996.

_____. _____. Projet de rapport sur l'examen de l'Accord de libre-échange nord-américain. WT/REG4/W/1. 20 Septembre 2000.

_____. _____. Régime des règles d'origine dans les accords commerciaux régionaux. WT/REG/W/45, 5 avril 2002.

_____. _____. Examen de l'Accord relatif au Marché Commun du Sud (MERCOSUR). WT/COMTD/1/Add.16. 16 mai 2006.

_____. Conférence Ministérielle. Doha, 9-14 novembre 2001. Déclaration Ministérielle. WT/MIN(01)/DEC/1, 20 novembre 2001.

_____. Conseil Général. Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard. WT/GC/M/10, 6 mars 1996.

_____. Groupe de négociation sur les règles. "Communication concernant les accords commerciaux régionaux. Document présenté par le Japon." TN/RL/W/190, 28 octobre 2005.

_____. _____. «Document de travail sur les Accords commerciaux régionaux. Communication de l'Inde» TN/RL/W/114. 6 juin 2003.

_____. _____. Inventaire des questions relatives aux accords commerciaux régionaux. Note d'information du Secrétariat. TN/RL/W/8/Rev.01, 1 août 2002.

_____. Groupe de travail de l'Accord relative au Marché Commun du Sud (MERCOSUR) WT/COMTD/5/Rev.1. 25 octobre 1995.

_____. Mecanisme pour la Transparence des Accords commerciaux régionaux. Décision du 14 décembre 2006. WT/L/671, 18 décembre 2006, paragraphe 10.

_____. Mémorandum d'accord sur l'interprétation de l'article XXIV du GATT de 1994.

_____. Modèle de notification pour les accords commerciaux régionaux. WT/REG/16, 23 novembre 2006.

_____. Nouvelles 2006. "M. Lamy salue l'accord de l'OMC sur les accords commerciaux régionaux» 10 juillet 2006.

_____. Nouvelles 2009. Conseil General. M. Lamy: "Notre tâche consiste maintenant à faire correspondre les promesses politiques et l'avancement des négociations" 28 et 29 juillet 2009.http://www.wto.org/french/news_f/news09_f/tnc_chair_report_28jul09_f.htm Acesso em 08 dez 2015.

_____. Rapport de l'Organe d'appel, "Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements», WT/DS34/AB/R, 22 octobre 1999.

OSTRY, Sylvia. China and the WTO: the transparency issu. **UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs**, 3(1), 1998.

PETERSMANN, Ernest-Ulrich. The EEC as a GATT Member: Legal conflicts between GATT Law and the European Community Law. In: HILF, Meinhard; JACOBS, Francis; PETERSMANN, Ernest-Ulrich. **The European Community and the GATT**. Deventer: Kluwer, 1986.

POMFRET, Richard W. T. **The economics of regional trading arrangements**. Oxford: Claredon Press, 1997.

PRAZERES, Tatiana. A OMC e os blocos regionais. Sao Paulo: Aduaneiras, 2008.

SAMPSON, Gary. Compatibility of regional and multilateral trading agreements: reforming the WTO process. **The American Economic Review**, v. 86, n. 02, May 1996.

SHELL, G. R., 'Trade Stakeholders Model and Participation by Non-State Parties in the World Trade Organization', **University of Pennsylvania Journal of International Economic Law**, vol. 17, 1996.

STEGER, Debra P. "Introduction to the mini-symposium on transparency in the WTO" **Journal of International Economic Law** 11 (4), october 2008.

_____. "Introduction to the mini-symposium on transparency in the WTO" **Journal of International Economic Law** 11 (4), october 2008, pp. 705-715.

SUTHERLAND, Peter. L'avenir de l'OMC: relever les défis institutionnels du nouveau millénaire. Rapport du Conseil consultatif à M. Supachai Panitchpakdi, Directeur Général. Genève: Organisation mondiale du commerce, 2004.

WTO Secretariat. **Regionalism and the World Trading System**. Geneva: WTO, 1995.

* Recebido em 10 out. 2015.



TERRORISMO, LEI DO ABATE E DIREITO À SEGURANÇA NA SOCIEDADE DE RISCO

*André Dias Fernandes**

Resumo

Na sociedade contemporânea — como quer que seja denominada: “sociedade de risco” ou “reflexiva” (ULRICH BECK), sociedade “hipermoderna” (GILLES LIPOVETSKY), “pós-moderna”, “líquida” (ZYGMUNT BAUMAN) —, o valor “segurança” assume uma relevância extraordinária, seja como contraposição às crescentes ameaças e riscos globais gerados pelo próprio homem em decorrência do avanço tecnológico (armas nucleares, aquecimento global, manipulações genéticas, guerras biológicas, terrorismo, inteligência artificial, etc.), seja como antídoto contra as constantes e profundas mudanças sociais, econômicas, e políticas, seja como lenitivo contra a ausência de valores sólidos e a derrubada de paradigmas firmes por outros mais fluidos. Entretanto, na busca por segurança, vários Estados Democráticos têm adotado medidas nitidamente desproporcionais ou, pelo menos, de duvidosa constitucionalidade, como, por exemplo, a Lei do Abate de aeronaves hostis. Após uma sucinta análise da evolução histórica do direito à segurança e da sua atual disciplina em algumas Constituições e tratados internacionais, sustenta-se a utilidade dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para a solução de vários conflitos empíricos a envolver o direito à segurança, designadamente no que respeita ao terrorismo. Conclui-se que o Estado Democrático de Direito não pode trair sua essência, seus valores fundantes, ao combater aquilo que contravenha a esses mesmos valores, sob pena de igualar-se aos seus inimigos. Não se pode manipular o conceito de “ameaça à segurança nacional” com o fito de justificar verdadeiras violações aos direitos fundamentais. A banalização da invocação de “estado de sítio” numa pretensa e permanente “guerra contra o terrorismo” debilita e ameaça a democracia e o Estado de Direito, designadamente em razão do caráter permanente dessa suposta guerra, incompatível com a própria natureza do estado de sítio, transitório por definição.

Palavras-chave

Direito à segurança. Evolução. Sociedade de risco. Hipermodernidade. Terrorismo. Princípio da proporcionalidade.

TERRORISM, SHOOT-DOWN LAW AND SAFETY RIGHT IN THE RISL SOCIETY

Abstract

In contemporary society — however named and described as “risk society” or “reflective society” (ULRICH BECK), or as “hypermodern” society (GILLES LIPOVETSKY), “postmodern”, “liquid” (ZYGMUNT BAUMAN) — the value “safety” is of extraordinary importance, whether as

* Juiz Federal em Fortaleza. Doutorando em Direito do Estado pela USP. Mestre em Direito pela UFC. MBA em Poder Judiciário pela FGV-Direito-Rio. Professor da Faculdade 7 de Setembro e de cursos de pós-graduação.

opposed to the increasing global threats and risks posed by man as a result of technological advancement (nuclear weapons, global warming, genetic engineering, biological warfare, terrorism, artificial intelligence, etc.), either as an antidote to the constant and profound social, economic and political mutations, whether as a solace against the lack of strong values and the overthrow of firm paradigms by others more fluids. However, in the quest for security, several Democratic States have adopted clearly disproportionate measures or, at least, of dubious constitutionality, for example, the Brazilian law of hostile aircraft shoot down. After a brief analysis of the historical evolution of the right to security and its current discipline in some Constitutions and international treaties, it is sustained the utility of the principles of proportionality and reasonableness to solve several empirical conflicts involving the right to security, particularly with regard to terrorism. The conclusion is that the Democratic Rule-of-Law State cannot betray its essence, its founding values, to combat what contravenes these same values, lest to match up to his enemies. The concept of "threat to national security" must not be manipulated in order to justify true violations of fundamental rights. Severe restrictions on fundamental rights are justified only on effective and real state of siege or defense. Trivialization of the invocation of "state of siege" in an alleged and permanent "war on terror" undermines and threatens democracy and the rule of law, particularly because of the permanent nature of this alleged war, incompatible with the very nature of the state of siege, transient by definition.

Keywords

Right to safety and security. Evolution. Risk society. Hypermodernity. Terrorism. Proportionality principle.

1. INTRODUÇÃO

Para fazer face a ameaças à segurança numa sociedade complexa onde os riscos se multiplicam exponencialmente, vários Estados havidos como Democráticos têm empregado medidas claramente desproporcionais ou, quando menos, de duvidosa constitucionalidade, como é caso, por exemplo, da Lei do Abate de aeronaves hostis (Lei 9.614/98).

Impende, portanto, analisar, após uma breve análise da evolução histórica do direito à segurança e da sua atual disciplina em algumas Constituições e tratados internacionais — e partindo da premissa da *relatividade* dos direitos fundamentais, carecedores de harmonização —, o valor dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na solução de vários conflitos empíricos a envolver o direito à segurança, designadamente no que diz com o terrorismo.

Cumpre, pois, investigar se as recentes respostas estatais às ameaças à segurança se afinam ou não com tais princípios e com a própria ideia de Estado Democrático de Direito.

De fato, dentre os valores basilares do Direito, avultam a *justiça* e a *segurança*. Se a finalidade do próprio Direito é a promoção da Paz Social, a justiça e a segurança são elementos indispensáveis ao alcance desse fim. De fato, a injustiça conduz à insegurança, e sem segurança não pode haver Paz Social duradoura.

Nessa linha, o Prof. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO¹ traz a lume a lição do Estagirita sobre a causa fundamental das revoluções:

Na *Política*, o grande filósofo grego se deteve, com a sua habitual percussão e profundidade, a analisar as causas das modificações dos regimes políticos nas cidades-estado helênicas. À raiz dessas mudanças, soube ele identificar uma causa geral e fundamental: a **injustiça**. “Em toda parte é a desigualdade que provoca as sedições, seja por não ser guardada proporção entre desiguais, seja por estender a diferença entre iguais”. **Injustiça**, pois, que se caracteriza, ou pelo excesso de igualdade, ou pelo excesso de desigualdade este que é típico das oligarquias aquele típico das democracias.

Portanto, se o valor “segurança” é conatural à ideia mesma de Direito², por decorrência lógica, também é essencial à noção de “Estado *de Direito*”, e, portanto, ao “Estado *Democrático de Direito*”.

Na sociedade contemporânea — como quer que seja denominada: “sociedade de risco” ou “reflexiva” (ULRICH BECK), sociedade “hipermoderna” (GILLES LIPOVETSKY), “pós-moderna”, “líquida” (ZYGMUNT BAUMAN) —, o valor “segurança” assume uma relevância extraordinária, seja como contraposição às crescentes ameaças e riscos globais gerados pelo próprio homem em decorrência do avanço tecnológico (armas nucleares, aquecimento global, manipulações genéticas, guerras biológicas, terrorismo, inteligência artificial, etc.), seja como antídoto contra as constantes e profundas mudanças sociais, econômicas, políticas, etc., em grande medida tributárias do próprio progresso científico-tecnológico, seja como lenitivo contra a ausência de valores sólidos e a derrubada de paradigmas firmes por outros mais fluidos.

Vivenciamos a *era dos extremos e da incerteza*. A incerteza gera medo, o medo gera insegurança, a insegurança gera excessos e violência. Mesmo que o risco (ameaça) não se concretize, ele já causa, desde logo, efeitos deletérios, porquanto o medo dele decorrente, como antecipação mental da realização no mundo fenomênico de riscos reais ou imaginários, sobre diminuir a qualidade

¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O estado de sítio na Constituição brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional. Tese de livre docência - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1964, p. 14-15.

² “A função nuclear do Direito é o estabelecimento de uma ordem. Vale dizer, o objetivo essencial buscado pelas normas jurídicas é a fixação de pautas de comportamento graças ao que tanto a sociedade como seus membros têm por definido o que pode e o que não pode ser feito. Sem isto haveria o caos, a incerteza, a insegurança completa. [...] O Direito é, *per definitionem*, um esquema de ordem, e por isso se fala em ordenação jurídica, em ordenamento jurídico. A surpresa, o imprevisível, a instabilidade, são, precisamente, noções antitéticas ao Direito, que com elas não poderia conviver, nem seria exequível, tanto mais porque tem como função eliminá-las.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A estabilidade dos atos administrativos e a segurança jurídica, boa-fé e confiança legítima ante atos estatais. In: Grandes temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 168.)

de vida, é capaz de provocar reações primitivas, imoderadas e até violentas de autodefesa.

Diante da *relativização* dos valores morais, alguns buscam refúgio na religiosidade, na fé no Deus imutável capaz de oferecer segurança contra todos os perigos (materiais e imateriais), ao passo que outros procuram conforto no fundamentalismo religioso, isto é, numa visão particular e caricatural do divino, que, *por vezes*, degenera no radicalismo terrorista.³

Mas essa tensão dialética entre a insegurança gerada pelos riscos e ameaças da sociedade contemporânea e a aspiração à segurança hábil a neutralizá-la não se circunscreve a grupos de pessoas: cada indivíduo está a ela sujeito, experimentando no seu cotidiano essa tensão e refletindo sobre ela em busca da síntese dialética no que concerne aos variados aspectos de sua vida, o que explica, em certa medida, o caráter reflexivo (“modernidade reflexiva”) e contraditório da sociedade atual, visto que, para além das diferentes cosmovisões dos inúmeros grupos de pessoas, cada indivíduo sujeito a esse conflito interno pode adotar forma de superação diversa ao longo do tempo.

Numa visão psicanalítica, poder-se-ia identificar no inconsciente coletivo da sociedade contemporânea uma sede inaudita por segurança, que o Direito também é chamado a aplacar.

Na visão de LIPOVETSKY⁴, a insegurança é uma das tônicas da *hipermodernidade*, porquanto a

[...] reorganização da vida econômica não deixou de ter consequências dramáticas para categorias inteiras da população, com o “turbo-capitalismo” e a prioridade dada à rentabilidade imediata acarretando as reduções maciças de quadros funcionais, o emprego precário, a ameaça maior de desemprego. O *Zeitgeist* predominantemente frívolo foi substituído pelo tempo do risco e da incerteza. Viveu-se certa despreocupação com o futuro - mas agora é na insegurança que, cada vez mais, vive-se o presente. O ambiente da civilização do efêmero fez mudar o tom emocional. A sensação de insegurança invadiu os espíritos; a saúde se impõe como obsessão das massas; o terrorismo, as catástrofes, as epidemias são regularmente notícia de primeira página. As lutas sociais e os discursos críticos não mais oferecem a perspectiva de construir utopias e superar a dominação. Só se fala de proteção, segurança, defesa das “conquistas sociais”, urgência humanitária, preservação do planeta. Em resumo, de limitar os estragos. O clima do primeiro presentismo liberacionista e otimista, marcado pela frivolidade, desapareceu em favor de uma

³ Conquanto haja várias modalidades de terrorismo, não há negar que os ataques terroristas de motivação pretensamente religiosa têm preponderado na quadra atual.

⁴ LIPOVETSKY, Gilles. Os tempos hipermodernos. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004, p. 63-65. Grifou-se.

exigência generalizada de proteção. [...] Eis agora o tempo do desencanto com a própria pós-modernidade, da desmistificação da vida no presente, **confrontada que está com a escalada das inseguranças**. O alívio é substituído pelo fardo, o hedonismo recua ante os temores, as sujeições do presente se mostram mais fortes que a abertura de possibilidades acarretada pela individualização da sociedade. De um lado, a sociedade-moda não pára de instigar aos gozos já reduzidos do consumo, do lazer e do bem-estar. De outro, a vida fica menos frívola, mais estressante, mais apreensiva. A tomada das existências pela insegurança suplanta a despreocupação “pós-moderna”. É com os traços de um composto paradoxal de frivolidade e ansiedade, de euforia e vulnerabilidade, que se desenha a modernidade do segundo tipo.

No que pertence ao Direito pátrio, a CF/88 já no seu Preâmbulo assenta a segurança como um dos “valores supremos” do Estado Democrático de Direito brasileiro.⁵

O valor “segurança” é positivado expressamente em vários dispositivos da CF/88, com diferentes matizes: no art. 5º, *caput*, figura como um direito individual e coletivo “inviolável”⁶, nos termos do próprio art. 5º; no art. 6º, *caput*, aparece como direito **social** “na forma desta Constituição”⁷; no art. 144, *caput*,

⁵ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a SEGURANÇA, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça COMO VALORES SUPREMOS de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

⁶ 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: [...]”

⁷ “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, A SEGURANÇA, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (Redação dada pela EC nº 64, de 2010)

a segurança pública revela-se como **direito difuso**⁸, passível de proteção mediante ação civil pública⁹. Para além disso, há ainda menção à “segurança nacional”¹⁰, à “segurança interna do País”¹¹ (cuja defesa incumbe ao Presidente da República, sob pena de crime de responsabilidade), e à “segurança do território nacional”¹².

Contudo, até a EC 45/2004 não havia na CF/88 nenhuma alusão explícita à segurança *jurídica*, embora seja indisputável sua positivação como princípio constitucional implícito. Assim, ao prever a súmula vinculante, a EC 45/2004 condicionou sua edição à existência de “grave insegurança *jurídica*”¹³. Observe-se, porém, que, no art. 103-A, a CF/88 não se refere expressamente ao *princípio* da segurança jurídica, mas apenas a uma *situação ou estado* de “grave insegurança *jurídica*”. Não houve, portanto, a consagração da segurança jurídica como princípio expresso no texto constitucional, permanecendo como princípio constitucional implícito, o que em nada lhe diminui a importância e eficácia.

2. BREVES NOTAS SOBRE O DIREITO À SEGURANÇA NO PENSAMENTO POLÍTICO

O ser humano, instintivamente, anela por segurança. Esta, aliás, desempenha um papel assaz relevante no desenvolvimento da personalidade da criança com impacto igualmente significativo nas relações intersubjetivas do adulto. Para além disso, há vários estudos evidenciando que um estado obje-

⁸ “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]”.

⁹ Nesse sentido: “O direito à segurança tem as características de um direito difuso, como traçadas pelo art. 81, I, do CDC: transindividual, de natureza indivisível, de que são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (residir numa favela), e encontra sua garantia no art. 129, III, da CF/1988, enquanto é também expressão de um interesse coletivo. Portanto, pode o direito à segurança ser objeto de ação civil pública, nos termos do art. 1º, IV, da Lei 7.347/1985, segundo o qual regem-se pelas disposições desta lei as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ‘a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.’” (ALVIM, J. E. Carreira. Ação civil pública e direito difuso à segurança pública. Revista de Processo, v. 124, p. 40-52, jun. 2005.)

¹⁰ “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.”

¹¹ “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: [...] IV - a segurança interna do País;”

¹² “Art. 91. [...] § 1º - Compete ao Conselho de Defesa Nacional: III - propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo;”

¹³ “Art. 103-A. [...] § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança JURÍDICA e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.” (Incluído pela EC nº 45, de 2004)

tivo ou subjetivo de insegurança afeta consideravelmente as escolhas e o comportamento das pessoas, não só no que diz com sua vida privada, senão também nos campos econômico e jurídico.

Não é, pois, de admirar que essa aspiração inata ao homem tenha sido objeto de inúmeras declarações de direitos e de sólida elaboração doutrinária, incluindo pelas pensadoras políticas, tendo estado na raiz do constitucionalismo moderno, e sendo atualmente essencial à sobrevivência deste. A **própria ideia de Constituição surgiu como um instrumento de segurança** e os direitos fundamentais só se efetivam quando há segurança.

SANTO AGOSTINHO afirmava: “A paz é a tranquilidade da ordem de todas as coisas.” A *tranquilitas ordinis* agostiniana foi, ao depois, desenvolvida por SANTO TOMÁS DE AQUINO. Na visão tomista de bem comum (que ainda se reveste de atualidade), a segurança constituía condição de realização do bem comum, e os bens materiais eram instrumentos de promoção deste.

Na óptica hobbesiana, a segurança é a própria razão de ser da sociedade, razão pela qual o Pacto de Sujeição (*pactum subjectionis*) poderia cessar quando o Príncipe já não era mais capaz de garantir a segurança dos súditos, pois, se assim não fosse, retornar-se-ia ao estado de natureza.

Para MONTESQUIEU, a segurança (o “não temer a outrem”) era condição da liberdade. Por sua vez, “a liberdade é um bem tão apreciado que cada qual quer ser dono até da alheia”. E pontifica: “A liberdade política, num cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança; e, para que se tenha esta liberdade cumpre que o governo seja de tal modo que um cidadão não possa temer outro cidadão.”¹⁴ Portanto, para que haja liberdade e segurança é indispensável que o poder contenha o próprio poder, o que se obtém mercê da separação dos poderes estatais:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

¹⁴ MONTESQUIEU. O espírito das leis. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1993, Livro IX, cap. VI.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.¹⁵

À sua vez, LOCKE¹⁶ enfatizava a necessidade de *previsibilidade* e *calculabilidade* das leis (previamente promulgadas) como elemento de segurança jurídica e mecanismo de contenção do poder arbitrário dos governantes:

Seja qual for a forma de comunidade civil a que se submetam, o poder que comanda deve governar por leis declaradas e aceitas, e não por ordens extemporâneas e resoluções imprecisas. A humanidade estará em uma condição muito pior do que no estado de natureza se armar um ou vários homens com o poder conjunto de uma multidão para forçá-los a obedecer os decretos exorbitantes e ilimitados de suas ideias **repentinas**, ou a sua vontade **desenfreada e manifestada no último momento**, sem que algum critério tenha sido estabelecido para guiá-los em suas ações e justificá-las. Pois todo o poder que o governo detém, visando apenas o bem da sociedade, não deve seguir o arbitrário ou a sua vontade, **mas leis estabelecidas e promulgadas**; deste modo, tanto **o povo pode conhecer seu dever e ficar seguro e protegido dentro dos limites da lei**, quanto os governantes, mantidos dentro dos seus devidos limites, não ficarão tentados pelo poder que detêm em suas mãos e não o utilizarão para tais propósitos nem por medidas **desconhecidas do povo** e contrárias a sua vontade.

De outra parte, o direito fundamental à segurança é reconhecido em várias declarações de direitos, como, por exemplo, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹⁷ (França, 1789), na Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU¹⁸ (1948), na Declaração de independência americana¹⁹

¹⁵ MONTESQUIEU. O espírito das leis. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 172.

¹⁶ LOCKE, John. Segundo tratado do governo civil. Disponível em: <http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_Tratado_Sobre_O_Governo.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2015.

¹⁷ “Art. 2º A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a SEGURANÇA e a resistência à opressão.” “Art. 16º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”

¹⁸ “Art. 3º. Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

¹⁹ “Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade. Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a felicidade [...] Mas quando uma longa série de abusos e usurpações, perseguindo invariavelmente o mesmo objeto, indica o desígnio de reduzi-los ao despótismo absoluto, assistem-lhes o direito,

(1776), na Convenção Americana sobre Direitos Humanos²⁰ (Pacto de São José da Costa Rica), na Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais²¹ do Conselho da Europa (Roma, 1950) e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia²² (2000).

3. SEGURANÇA JURÍDICA: NATUREZA E CONCEITO

Segurança jurídica é um conceito **multifacetado**. A segurança jurídica pode ter múltiplos destinatários (o particular, pessoas jurídicas, a coletividade, o próprio Estado, etc.), pode assumir a natureza de princípio, de direito individual, de direito social, de direito difuso, e pode revelar-se, em diferentes graus de intensidade, em *normas-regras* nos mais variados ramos do Direito.

No campo penal, por exemplo, manifesta-se na garantia da irretroatividade da lei penal; na seara tributária, exprime-se não apenas por meio da irretroatividade da lei tributária, mas na garantia da anterioridade (de exercício ou nonagesimal). Neste particular, curiosamente, ao menos no plano teórico, a proteção é mais intensa na área tributária, porquanto a anterioridade é um *plus* em relação à irretroatividade. Tais garantias, apesar de popularizadas como “princípios”, ostentariam a natureza de *normas-regras*, tal como concebidas nas teorias de ALEXY e DWORKIN.

Em verdade, trata-se de um “conceito jurídico indeterminado”²³. Ironicamente, cuida-se de um conceito que traz certa *insegurança*. Parece paradoxal que o princípio da segurança jurídica, que visa exatamente a combater a incerteza e a imprevisibilidade no Direito, seja juridicamente indeterminado. Nada obstante, é indisputável que ele contribui efetivamente para a redução do grau de incerteza do Direito, até porque, como todo conceito jurídico indeterminado, possui um núcleo, uma zona de certeza positiva, que lhe dá efetiva construção.

bem como o dever, de abolir tais governos e instituir novos Guardiões para sua futura segurança.”

²⁰ “Art. 7º. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.”

²¹ “Art. 5º. 1. Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança.”

²² “Todas as pessoas têm direito à liberdade e à segurança.” No seu Preâmbulo consta como um dos pilares da União Europeia: “Consciente do seu patrimônio espiritual e moral, a União baseia-se nos valores indissociáveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; assenta nos princípios da democracia e do Estado de direito. Ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, coloca o ser humano no cerne da sua ação.”

²³ “Os estudiosos do tema enfrentam algumas dificuldades (a) em primeiro lugar a própria imprecisão da expressão ‘segurança jurídica’, que se insere entre os conceitos jurídicos indeterminados [...]”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Princípios da segurança jurídica no Direito Administrativo. In: Segurança jurídica no Brasil. BOTTINO, Marco Tullio (Org.). São Paulo: RG Editores, 2012).

Consoante CANOTILHO²⁴, segurança jurídica e proteção da confiança andam estreitamente associadas,

[...] a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a **segurança jurídica** está conexionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a **proteção da confiança** se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a *calculabilidade* e *previsibilidade* dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos. A segurança e a proteção da confiança exigem, no fundo: (1) *fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência* dos atos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios atos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança são exigíveis perante “qualquer ato” de “qualquer poder” — legislativo, executivo e judicial.

Com efeito, a doutrina pátria²⁵ parece inclinar-se a identificar no princípio da segurança jurídica uma *dimensão objetiva* (estabilidade das relações sociais) e uma *dimensão subjetiva* (proteção da confiança legítima). A essa luz, o princípio da proteção da confiança faria parte do conceito do princípio da segurança jurídica *em sentido lato*. Entrelaçados com ele estão a boa fé objetiva e

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 257.

²⁵ Na dicção de ALMIRO DO COUTO E SILVA: “A segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes, uma de natureza *objetiva* e outra de natureza *subjetiva*.

A primeira, de natureza *objetiva*, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Diferentemente do que acontece em outros países cujos ordenamentos jurídicos frequentemente têm servido de inspiração ao direito brasileiro, tal proteção está há muito incorporada à nossa tradição constitucional e dela expressamente cogita a Constituição de 1988, no art. 5º, inciso XXXVI. A outra, de natureza *subjetiva*, concerne à *proteção à confiança* das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação.” (SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). In: DIAS, Jorge de Figueiredo; COSTA, José de Faria; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Orgs.) ARS IVDICANDI. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Castanheira Neves. Coimbra: Coimbra editora, v. III, 2008, p. 540).

Essa também é a posição de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (Princípios da segurança jurídica no Direito Administrativo. In: Segurança jurídica no Brasil. BOTTINO, Marco Tullio (Org.). São Paulo: RG Editores, 2012, *passim*).

a proibição de *venire contra factum proprium*, havida como uma decorrência da-
quela²⁶.

HUMBERTO ÁVILA²⁷ encarece o papel da *fundamentação racional* das deci-
sões:

Pode-se conceituar a segurança jurídica como sendo uma norma-
princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciá-
rio, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a
existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um
estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídicas, com base
na sua cognoscibilidade, *por meio da controlabilidade jurídico-ra-
cional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas ge-
rais e individuais*, como instrumento garantidor do respeito à sua
capacidade de - sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade
– plasmar digna e responsávelmente o seu presente e fazer um
planejamento estratégico juridicamente informado do seu fu-
turo.

4. SEGURANÇA COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA DEMOCRACIA

No constitucionalismo liberal, a função **garantidora** do direito à segu-
rança, designadamente em face de **ameaças à liberdade individual pelo Es-
tado**, se manifestava de modo bem evidente. A segurança era vista como ga-
rantia da liberdade individual e **era obtida mediante mecanismos de con-
tenção do poder**. O Estado deveria não só **respeitar a autonomia privada**, abs-
tendo-se de nela interferir (*non facere*), senão também **garanti-la** (*facere*). Assim,
o direito à segurança, oponível ao Estado, **não era meramente passivo**, mas
também **prestacional, ativo**. Esse díplice papel do Estado era implicitamente
reconhecido nas declarações de direitos, ao aludirem ao dever estatal de “con-
servar”, de “garantir” os direitos fundamentais de liberdade.²⁸

O direito à liberdade e à segurança deveria ser protegido pelos 3 Pode-
res, mas essa proteção adviria precípua mente da **lei**, expressão da vontade
geral. As limitações à liberdade e à segurança deveriam emanar da lei, a qual
deveria interferir o mínimo possível na esfera de autonomia privada.

Se a lei, na visão do liberalismo, é o único meio legítimo de o Estado
limitar a liberdade individual, o processo de sua elaboração passa a assumir
grande relevo: ela deve ser fruto de um **consenso** entre os vários segmentos

²⁶ Nesse sentido: STJ, RMS 29493/MS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, 2^a TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 01/07/2009.

²⁷ ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tri-
butário. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 690.

²⁸ Nesse sentido, dispunha a Declaração do bom povo da Virgínia de 1776: “Art. 2º. A finalidade
de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem.
Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.”

representativos do poder e da sociedade, e não simplesmente da vontade da maioria numérica, como na Antiguidade. Daí a importância da repartição do poder, a exigir intensa negociação quando os interesses de um segmento colidirem com os de outro na formação da lei. Na visão de MONTESQUIEU, para a lei ser aprovada, deveria haver um consenso entre a Câmara Alta (nobreza – elemento aristocrático), a Câmara Baixa (representantes do povo) e o Monarca (elemento aristocrático).

A ideia de segurança jurídica como garantia dos direitos fundamentais e da democracia persiste na hodiernidade, porquanto, como já enfatizado, constitui uma decorrência da própria natureza e finalidade do Direito, e, *per viam consequentiae*, do Estado de Direito²⁹ e do Estado *Democrático de Direito*³⁰.

A segurança jurídica, além de *princípio constitucional*, é também um *direito fundamental*³¹, e, como tal, constitui um *trunfo* contra o Estado, destinado a proteger outros trunfos³² (direitos fundamentais) contra o arbítrio estatal.

Ao favorecer a *estabilidade das relações sociais* (dimensão objetiva do princípio da segurança jurídica) e a *previsibilidade/calculabilidade do Direito* (dimensão subjetiva), o princípio da segurança jurídica concorre para a *tranquilidade da ordem (tranquilitas ordinis)*, condição de realização do bem comum, objetivo de todo governo legítimo, maximamente do *democrático*.³³

A essa luz, o princípio da segurança jurídica desponta como uma das mais importantes **garantias** dos direitos fundamentais e da democracia.

²⁹ Assevera CANOTILHO: “O homem necessita de *segurança* para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da *segurança jurídica* e da *proteção da confiança* como elementos constitutivos do Estado de Direito.” (*Op. cit.*, p. 257.) De modo análogo já se exprimiu o STF: “[...] O princípio da segurança jurídica, projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito”. (MS 24448/DF. Rel. Min. Carlos Britto. Tribunal Pleno. Julgamento em 27/09/2007.)

³⁰ “[...] PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL QUE AMPARA E PRESERVA A AUTORIDADE DA COISA JULGADA – EXIGÊNCIA DE CERTEZA E DE SEGURANÇA JURÍDICAS – VALORES FUNDAMENTAIS INERENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO [...].” (MS 31412 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013.)

³¹ Como é consabido, nem todo direito fundamental ostenta a natureza de norma-princípio. Nesse sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 38^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 425-426.

³² “[...] Já que, primariamente, os direitos fundamentais são posições jurídicas individuais *face ao Estado*, ter um direito fundamental significará, então, ter um trunfo contra o Estado, contra o governo democraticamente legitimado, o que, em regime político baseado na regra da maioria, deve significar, a final, que ter um direito fundamental é ter um trunfo contra a maioria, mesmo quando esta decide segundo os procedimentos democráticos instituídos.” (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 17-18.) (Grifou-se.)

³³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia possível*. 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 33-34.

5. SEGURANÇA COMO LIMITE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E À DEMOCRACIA

Sendo um direito fundamental de natureza principiológica, é natural que o princípio da segurança (jurídica inclusive) possa entrar em colisão com outros direitos fundamentais. De fato, os direitos fundamentais não são absolutos, mas gozam de *relatividade*.³⁴ Os *direitos fundamentais se limitam reciprocamente*³⁵ (ex: direito à informação *versus* direito à privacidade).

Ao menos em tese, é possível que o direito à segurança de uma pessoa possa colidir com o direito à segurança de outra pessoa. O direito à segurança (sem adjetivações) de uma pessoa pode colidir com o direito à segurança da sociedade e do Estado³⁶. O direito à segurança *individual* pode colidir com o direito *difuso* à segurança *pública* (CF/88, art. 144, *caput*).

A própria Constituição impõe limites a vários direitos fundamentais: (a) o direito à vida pode ceder no caso de guerra declarada, diante da autorização da pena de morte (art. 5º, XLVII); (b) o direito de propriedade deve cumprir sua função social (art. 5º, XXIII); (c) o direito de ação não autoriza a impetração de *habeas corpus* no caso de punições militares (art. 142, § 2º); e assim por diante.

Além das limitações impostas em tempos de normalidade institucional, a Constituição prevê ainda, *em prol da segurança* (defesa da “ordem pública” ou da “paz social”), limitações mais severas em tempos de anormalidade, de instabilidade democrática, a saber, nos casos de **estado de defesa ou de sítio**.³⁷

³⁴ “Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela carta Magna (princípio da relatividade).” (MORAES, Alexandre de. Curso de Direito Constitucional. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 61.)

³⁵ “OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. [...] (STF, MS 23452, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000.)

³⁶ A CF/88 prevê que o direito à segurança da sociedade e do Estado deve prevalecer sobre o direito individual à prestação de informações pessoais: “Art. 5º. [...] XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.”

³⁷ “Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para *preservar ou prontamente restabelecer*, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza. § 1º - O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes: I - restrições aos direitos de: a) reunião, ainda que exercida no seio das associações; b) sigilo de correspondência; c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; II - ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes. [...] Art. 138. O decreto do estado de sítio indicará sua

Não há negar, portanto, que, nos casos de estado de defesa ou de sítio, o **direito à segurança limita**, ainda que temporariamente, o exercício de *vários direitos fundamentais* e da própria *democracia*, ainda que o faça *para resguardá-la*. Nessas circunstâncias excepcionais, a democracia mesma é limitada e comprimida, transitoriamente, para que possa *sobreviver*.

Outrossim, a CF/88 contempla explicitamente, em vários dispositivos, a possibilidade de restrição a direitos fundamentais por meio de leis regulamentadoras, como, *e.g.*, no caso do art. 5º, XIII. Todavia, mesmo inexistindo referência constitucional explícita à regulamentação legal, é lícito ao legislador infraconstitucional estatuir limites a direitos fundamentais ao delinear o respectivo regime jurídico aplicável.³⁸ Contudo, ao fixar tais limites aos direitos fundamentais, o legislador não pode ultrapassar o limite da proporcionalidade. Essa limitação imposta pelo princípio da proporcionalidade à atividade de limitação legal dos direitos fundamentais granjeou ao princípio da proporcionalidade o epíteto de “limite dos limites” (“*Schranken-Schranken*”).

Assim, os direitos fundamentais somente podem ser restringidos por lei *proporcional* (adequada, necessária e proporcional *stricto sensu*), que lhes preseve o *núcleo essencial*. Do contrário, perderiam sua própria razão de ser (direitos fundamentais de estatura constitucional oponíveis a maiorias legislativas ocasionais), visto que poderiam ser facilmente aniquilados pelo legislador infraconstitucional. Sem a imunização de seu núcleo essencial a restrições indevidas pela lei, os direitos fundamentais deixariam de ser *trunfos contra a maioria*.

Todavia, a tormentosa definição *in concreto* do que constitui o núcleo essencial de um direito fundamental *não pode impregnar-se de tintas ideológicas*. Não se pode imputar à Constituição uma definição de direito fundamental

duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas. Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: I - obrigação de permanência em localidade determinada; II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; IV - suspensão da liberdade de reunião; V - busca e apreensão em domicílio; VI - intervenção nas empresas de serviços públicos; VII - requisição de bens.”

³⁸ Nessa linha, pontifica ROGER STIEFELMANN LEAL: “Mesmo sem expressa autorização constitucional, cabe à legislação impor limitação a direito fundamental em razão de outro preceito constitucional, que, inclusive, pode ser conformador de outro direito constitucionalmente assegurado. Nesse caso, o legislador acaba por exercer juízo de ponderação entre um direito fundamental e outros valores constitucionais que se lhe oponham, optando por solução que aplique em maior grau os valores contrapostos e em menor grau o direito (MARTÍN-RETORTILLO BAQUER; OTTO Y PARDO, 1988, p. 108). Institui, assim, *restrição indiretamente constitucional em face de outros constitucionalmente tutelados*.” (LEAL, Roger Stiefelmann. A propriedade como direito fundamental: breves notas introdutórias. Revista de Informação Legislativa, v. 194, 2012, p. 57.)

própria de uma corrente político-ideológica específica, pois que a Constituição costuma adotar *conceitos* (mais abstratos e tendencialmente neutros em relação a correntes ideológicas) e não propriamente *concepções* determinadas de direitos fundamentais. O núcleo essencial do direito fundamental não pode ser ideologizado, politizado, sob pena de a decisão *jurídica* degenerar-se numa decisão *política*.

Nesse sentido, pontua FERNANDO ATRIA³⁹:

[...] La constitucion es (o debe ser) neutral entre las diversas concepciones (precisamente porque es, o debe ser, "nuestra", comun). Por lo tanto, si utilizamos la aplicacion judicial de la constitucion para dirimir el conflicto politico, entonces estamos exigiendo al juez que complemente el contenido del art. 19 con su propia concepcion de los derechos fundamentales. Pero entonces el juez deja de ser un tercero imparcial, cuya neutralidad respecto del conflicto de las partes era, recuerdese, la mejor garantia de que su juicio seria correcto. Ahora si nos importa si el juez es socialista o liberal, y con esto violamos la segunda condicion establecida al principio: no hay manera "jurídica" de decidir estos conflictos que no sea una reproduccion del conflicto politico. El juez puede seguir llamandose juez, pero ahora es un aliado de una de las partes. Es un activista (liberal, conservador o socialista, etc.) disfrazado de juez.

Portanto, havendo ou não lei restritiva de direitos fundamentais, cabe ao juiz, no juízo de ponderação sobre qual o direito fundamental deva prevalecer no caso concreto (*incluindo o direito à segurança jurídica*), ter o cuidado de não atribuir ao texto constitucional uma concepção pessoal, particular, ideológica, sobre os direitos fundamentais envolvidos, *em ordem a não politizar a decisão jurídica por proferir*, até porque essa politização gera *insegurança jurídica*.

Contudo, a partir do substancial incremento do *terrorismo*⁴⁰, da "cibercriminalidade" e da produção de armas de destruição em massa (biológicas, químicas e nucleares), várias medidas restritivas de direitos fundamentais como liberdade, privacidade, presunção de não culpabilidade, dignidade da pessoa humana, etc., e da própria democracia têm sido adotadas por nações havidas como democráticas *em prol do direito à segurança*.

³⁹ ATRIA, Fernando. El Derecho y la contingencia de lo político. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-derecho-y-la-contingencia-de-lo-politico-0/>>. Acesso em: 11 mai. 2015. Grifou-se.

⁴⁰ Consoante LIPOVETSKY, a sociedade hipermoderna é hipervigilante: "Para lutar contra o terrorismo e a criminalidade, nas ruas, nos *shopping centers*, nos transportes coletivos, nas empresas, já se instalaram milhões de câmeras, meios eletrônicos de vigilância e identificação dos cidadãos: substituindo-se à antiga sociedade disciplinar-totalitária, a sociedade da hipervigilância está a postos." (*Op. cit.*, p. 55.) (Grifou-se.)

O terrorismo, na sua configuração atual, esmaeceu a diferença entre segurança interna e externa, visto que contemporaneamente *não tem um território definido, é difuso*. O terrorismo cibernético (*cyberterrorism*) é especialmente difícil de ser coibido e pode ser até mais deletério que a explosão de bombas em lugares determinados. Um exemplo recente foi o ataque à Estônia em 2007 que desabilitou a internet por cerca de 3 semanas, afetando severamente a infraestrutura do País, incluindo serviços bancários e de telefonia móvel.⁴¹

Algumas medidas de prevenção e repressão ao terrorismo padecem de nítida inconstitucionalidade, como a prisão de Guantânamo e a violação da privacidade, da intimidade e do sigilo das comunicações telemáticas sem prévia autorização judicial, a atingir até mesmo chefes de Estados democráticos (Alemanha, Brasil, etc.) e a ONU.

Com efeito, a quebra do sigilo das comunicações de bilhões de pessoas não passa no teste da *proporcionalidade*, seja pela *ineficácia do meio* empregado, seja pelo *elevado grau de restrição imposto a esse direito fundamental de tantas pessoas*. A ineficácia da generalizada quebra de sigilo tem-se mostrado evidente em virtude da incapacidade do governo americano de evitar os recentes ataques domésticos, promovidos por cidadãos americanos (adolescentes inclusive!), em escolas, bases americanas, etc. A ingente capacidade de coletar dados torna-se inócuia diante da incapacidade de analisar em tempo hábil essa extraordinária massa de dados coletados. Outrossim, a desproporcionalidade da quebra de sigilo torna-se patente quando se pondera o seu elevado custo econômico.⁴²

No Brasil, a cognominada “Lei do Abate” (Lei 9.614/98), alterou o Código Brasileiro de Aeronáutica, para possibilitar a destruição de aeronaves reputadas hostis:

Art. 303. [...] § 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à

⁴¹ “The Baltic state of Estonia was target to a massive denial-of-service attack that ultimately rendered the country offline and shut out from services dependent on Internet connectivity for three weeks in the spring of 2007. The infrastructure of Estonia including everything from online banking and mobile phone networks to government services and access to health care information was disabled for a time. The tech-dependent state was in severe problem and there was a great deal of concern over the nature and intent of the attack.” (CYBERTERRORISM. In: Wikipedia: The Free Encyclopedia. Disponível em: <<http://en.wikipedia.org/wiki/Cyberterrorism>>. Acesso em: 11 mai. 2015.)

⁴² Na avaliação de KLAUS BRINKBÄUMER, “the global spying scandal shows that the US has become maniac, that it is behaving pathologically, invasively. Its actions are entirely out of proportion to the danger. Since 2005, an average of 23 Americans per year have been killed through terrorism, mostly outside of the US. ‘More Americans die of falling televisions and other appliances than from terrorism,’ writes Nicholas Kristof in the *New York Times*, and ‘15 times as many die by falling off ladders.’ The US has spent \$8 trillion on the military and homeland security since 2001.” (BRINKBÄUMER, Klaus. The war on terror is America’s mania. Spiegel online, Hamburgo, 16 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.spiegel.de/international/world/spiegel-commentary-on-us-internet-surveillance-a-911256.html>>. Acesso em: 11 mai. 2015.)

medida de destruição, nos casos dos incisos do *caput* deste artigo e **após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada**.

Regulamentando este dispositivo legal, o Decreto 5.144/2004 invoca expressamente o princípio da segurança pública para justificar a medida extrema de destruição:

Art. 1º. Este Decreto estabelece os procedimentos a serem seguidos com relação a aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins, levando em conta que estas podem apresentar ameaça à segurança pública: [...]

A seu turno, o Decreto 8.265/2014 delegou ao Comandante da Aeronáutica competência para decidir acerca do abate de aeronaves que ameaçassem a segurança do espaço aéreo brasileiro durante o período da Copa do Mundo de 2014.

Conquanto a CF/88 só preveja a pena de morte para o caso de guerra declarada, argumenta-se que o abate de aeronave é constitucional na hipótese de *legítima defesa preventiva* para repelir ameaça injusta, atual ou iminente, ao direito à vida e à segurança de outras pessoas. Assim, num juízo de ponderação, o direito fundamental à vida e à segurança de um grupo de pessoas inocentes prevaleceria sobre o direito fundamental à vida e à segurança dos injustos agressores. Nessas circunstâncias, a medida extrema seria constitucional. Impende salientar que, pesem embora as objeções doutrinárias⁴³, até hoje o abate de aeronaves hostis não foi declarado inconstitucional pelo STF.

Essa necessidade de *equilíbrio* entre os direitos fundamentais de um indivíduo e os direitos fundamentais da coletividade⁴⁴ (recondutíveis, muitas vezes, à soma dos direitos fundamentais dos indivíduos integrantes dessa coletividade) transparece em vários textos constitucionais e internacionais, como, v.g., na Constituição italiana em vigor, que em vários dispositivos prescreve

⁴³ LUIZ FLÁVIO GOMES, v.g., advoga a inconstitucionalidade do abate. (Lei do abate: inconstitucionalidade. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1990529/lei-do-abate-inconstitucionalidade>>. Acesso em: 11 mai. 2015.)

⁴⁴ Pontifica MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO: “Se se pode distinguir a segurança da comunidade da segurança dos indivíduos que a integram, na verdade estão aí dois aspectos de um mesmo quadro, os quais são, no fundo, inseparáveis. Não haverá segurança da comunidade se inexistir segurança individual e vice-versa. [...] Não há segurança para o indivíduo se não existir segurança para a comunidade, ou para o Estado. Estas duas últimas são condição da primeira [segurança individual]. Mas a segurança da comunidade e a do Estado estarão sempre em risco se inexistir segurança individual.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 164.) (Grifou-se.)

que a **segurança** da coletividade pode servir de *limite* a direitos individuais fundamentais.⁴⁵⁻⁴⁶

Não se preconiza, portanto, a supremacia absoluta, incontrastável, do interesse público sobre o individual (até porque, se assim fosse, a ideia mesma de direito individual, oponível à maioria, perderia sua razão de ser), mas sim a necessidade de *sopesagem* desses direitos coletivos e individuais à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como de outros parâmetros constitucionais, em ordem a determinar qual deve prevalecer no caso concreto.

Para além disso, nessa sopesagem, há que considerar sempre a natureza e o grau dos riscos envolvidos, para evitar reações desproporcionais a riscos remotos, pouco factíveis, de improvável concretização. Não se pode manipular o conceito de “ameaça à segurança nacional” com o fito de justificar verdadeiras violações aos direitos fundamentais.

É certo que os riscos, via de regra, não podem ser mensurados com precisão matemática na sociedade contemporânea, de modo que sua avaliação envolve certa dose de subjetividade, até mesmo em virtude da história recente e das peculiaridades culturais de uma sociedade específica, ensejando percepções divergentes sobre o risco. Nessa linha, a sociedade norte-americana é

⁴⁵ “Art. 16. Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, *salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità O DI SICUREZZA.*”

“Art. 17. Delle riunioni in luogo pubblico deve essere dato preavviso alle autorità, *che possono vietarle soltanto per comprovati motivi di SICUREZZA o di incolumità pubblica.*”

“Art. 41. L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno ALLA SICUREZZA, alla libertà, alla dignità umana.”

⁴⁶ A este respeito, confira-se o escólio de TOMMASO GIUPPONI: “Nell'ambito dell'affermazione dei principi del costituzionalismo liberaldemocratico, la Carta del 1948 riconosce ampie sfere di intervento dei pubblici poteri a tutela di esigenze collettive connesse alle c.d. libertà positive, con particolare riferimento ai diritti sociali (cfr., ad esempio, gli artt. 32, 33, 34 e 38 Cost.), garantendo il giusto equilibrio tra esigenze individuali e collettive di tutela nell'ambito della garanzia dei diritti fondamentali della persona. Coerentemente con tale tendenza, la stessa Costituzione stabilisce che la sicurezza può rappresentare anche uno strumento legittimo di LIMITAZIONE dei diritti individuali (a partire anche dalle libertà più consolidate, come la libertà di circolazione, di cui all'art. 16 Cost., la libertà di riunione, di cui all'art. 17 Cost., o la libertà di iniziativa economica, di cui art. 41 Cost., nell'ambito delle quali viene espressamente richiamata la *sicurezza quale limite*). [...] Attualmente, tale ambivalenza si riflette anche sul piano del diritto internazionale e di quello comunitario (pur nelle loro specifiche caratteristiche e peculiarità). In tutti questi casi, infatti, alla proclamazione della tutela di determinate situazioni di libertà, si affianca l'individuazione di tutta una serie di limitazioni attinenti non solo al rispetto delle libertà altrui, ma anche all'ordine pubblico, ALLA SICUREZZA NAZIONALE, alla morale, alla salute, alla prevenzione dei reati, al benessere economico, a finalità di interesse generale O ALLA DEMOCRAZIA, anche se, da ultimo, con l'indicazione della necessità di salvaguardare il contenuto essenziale dei diritti e il criterio di proporcionalità.” (GIUPPONI, Tommaso F. La sicurezza e le sue “dimensioni” costituzionali. Disponível em: <http://www.academia.edu/11568147/La_sicurezza_e_le_sue_dimensioni_costituzionali>. Acesso em: 11 mai. 2015.) (Grifou-se.)

mais sensível a riscos ligados a terrorismo do que a europeia, ao passo que esta se preocupa mais com riscos ecológicos do que aquela.

Consoante documentos diplomáticos até há pouco sigilosos, divulgados pela Folha de São Paulo, à época da aprovação e da regulamentação da Lei do Abate, os EUA teriam pressionado fortemente o Governo brasileiro para que este reconhecesse que a “soberania” brasileira estava em risco em decorrência do tráfico internacional de drogas, o que foi rejeitado por temer-se interferência americana no território nacional, nomeadamente na Amazônia.⁴⁷

Enquanto os norte-americanos estavam bastante preocupados com os riscos do tráfico internacional de drogas, o Brasil estava mais preocupado com o risco de ingerência dos EUA na Amazônia.

De qualquer sorte, pese embora a *relativa* incalculabilidade dos riscos na sociedade atual, é de mister reconhecer que, no geral dos casos, há parâmetros racionais e objetivos para aferir, com algum grau de certeza, a natureza e a gravidade dos riscos em jogo. Na sopesagem dos direitos, dos riscos e das medidas hábeis a neutralizá-los ou minorá-los, revela-se bastante útil o recurso aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

6. CONCLUSÃO

O valor “segurança” é conatural à ideia mesma de Direito, sendo, por decorrência lógica, também essencial à noção de “Estado *de Direito*”, e, portanto, ao “Estado Democrático de Direito”.

A segurança, além de *princípio constitucional*, é também um *direito fundamental*, e, como tal, constitui um *trunfo* contra o Estado, destinado a proteger outros trunfos (direitos fundamentais) contra o arbítrio estatal.

Todavia, sendo um direito fundamental de natureza principiológica, é natural que o princípio da segurança (jurídica inclusive) possa entrar em colisão com outros direitos fundamentais. De fato, os direitos fundamentais não são absolutos, mas gozam de *relatividade*. Os *direitos fundamentais* se *limitam reciprocamente* (ex: direito à informação *versus* direito à privacidade). Para além disso, o próprio direito à segurança de uma pessoa pode colidir com o direito à segurança da sociedade e do Estado. O direito à segurança *individual* pode colidir com o direito *difuso* à segurança *pública* (CF/88, art. 144, *caput*).

Além das limitações impostas em tempos de normalidade institucional, a CF/88 prevê ainda, *em prol da segurança* (defesa da “ordem pública” ou da

⁴⁷ VALENTE, Rubens; ODILLA, Fernanda. Brasil sofreu pressão dos EUA contra “Lei do Abate”. Folha de S. Paulo, São Paulo, 4 set. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft0409201105.htm>>. Acesso em: 11 mai. 2015.

“paz social”), limitações mais severas em tempos de anormalidade, de instabilidade democrática, a saber, nos casos de estado de defesa ou de sítio. Não há negar, portanto, que, nos casos de estado de defesa ou de sítio, o **direito à segurança limita**, ainda que temporariamente, o exercício de *vários direitos fundamentais* e da própria *democracia*, ainda que o faça *para resguardá-la*. Nessas circunstâncias excepcionais, a democracia mesma é limitada e comprimida, transitoriamente, para que possa *sobreviver*.

Por outro lado, a partir do substancial incremento do *terrorismo*, da “*ci-bercriminalidade*” e da produção de armas de destruição em massa (biológicas, químicas e nucleares), várias medidas restritivas de direitos fundamentais como liberdade, privacidade, presunção de não culpabilidade, dignidade da pessoa humana, etc., e da própria democracia têm sido adotadas por nações havidas como democráticas *em prol do direito à segurança*.

Entretanto, na busca por segurança, o Estado Democrático de Direito não pode trair sua essência, seus valores fundantes, ao combater aquilo que contravenha a esses mesmos valores, sob pena de igualar-se aos seus inimigos. Não se pode manipular o conceito de “ameaça à segurança nacional” com o fito de justificar verdadeiras violações aos direitos fundamentais. Restrições severas aos direitos fundamentais só se justificam diante de efetivo e real estado de sítio ou de defesa. A *banalização da invocação de “estado de sítio”* numa pretensa e permanente “guerra contra o terrorismo” debilita e ameaça a democracia e o Estado de Direito, designadamente em razão do caráter permanente dessa suposta guerra, incompatível com a própria natureza do estado de sítio, transitório por definição (art. 138 da CF/88).⁴⁸ Aceitá-lo seria compactuar com violações permanentes aos direitos fundamentais, sem comprovação de risco concreto e imediato.

A despeito da *relativa* incalculabilidade dos riscos na sociedade contemporânea, é necessário reconhecer que, na maioria dos casos, existem parâmetros racionais e objetivos para aferir, com algum grau de certeza, a natureza e a gravidade dos riscos presentes. Na sopesagem dos direitos, dos riscos e das medidas capazes de elidi-los ou diminuí-los, entremostra-se sobremaneira útil o emprego dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

No Brasil, a cognominada “Lei do Abate” (Lei 9.614/98), alterou o Código Brasileiro de Aeronáutica, para possibilitar a destruição de aeronaves reputadas hostis. Regulamentando este dispositivo legal, o Decreto 5.144/2004 invoca expressamente o princípio da segurança pública para justificar a medida extrema de destruição, alvo de sérias objeções doutrinárias.

⁴⁸ A Constituição brasileira é clara a este respeito: “Art. 138. O decreto do estado de sítio INDICARÁ SUA DURAÇÃO, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas [...].”

Numa complexa sociedade de risco em constante mutação⁴⁹, o direito à segurança cobra relevo e adquire novos contornos. Já não basta garantir a liberdade individual contra o arbítrio estatal: é necessário assegurar a fruição de todos os direitos fundamentais, a fim de criar um “espaço de liberdade, de segurança e de justiça”⁵⁰ que possibilite ao indivíduo o direito à expressão e ao desenvolvimento pleno de sua personalidade e de suas potencialidades, com respeito às tradições e diferenças culturais.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, J. E. Carreira. Ação civil pública e direito difuso à segurança pública. *Revista de Processo*, v. 124, p. 40-52, jun. 2005.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.** 5^a ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- ATRIA, Fernando. **El Derecho y la contingencia de lo político.** Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-derecho-y-la-contingencia-de-lo-politico-0/>>. Acesso em: 11 mai. 2015.
- ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica:** entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BRINKBÄUMER, Klaus. The war on terror is America's mania. **Spiegel online**, Hamburgo, 16 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.spiegel.de/international/world/spiegel-commentary-on-us-internet-surveillance-a-911256.html>>. Acesso em: 11 mai. 2015.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 7^a ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CYBERTERRORISM. In: Wikipedia: The Free Encyclopedia. Disponível em: <<http://en.wikipedia.org/wiki/Cyberterrorism>>. Acesso em: 11 mai. 2015.

⁴⁹ “Liberdade, segurança e propriedade, eis a essência do lema da construção liberal da sociedade política. [...] Num contexto tão atribulado [como o atual], os direitos fundamentais, sensíveis ao extremo a todos os movimentos que possam afetar o estatuto das pessoas na sociedade, têm forçosamente de procurar, no plano constitucional, uma resposta aos novos desafios, que se pode resumir numa outra trilogia: *segurança, diversidade, solidariedade.*” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.* 5^a ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 53 e 63.)

⁵⁰ Essa ideia de “segurança humana” se manifesta na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), máxime no seu Preâmbulo: “Consciente do seu patrimônio espiritual e moral, a União baseia-se nos valores indissociáveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; assenta nos princípios da democracia e do Estado de direito. Ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, coloca o ser humano no cerne da sua ação.”

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Princípios da segurança jurídica no Direito Administrativo. In: **Segurança jurídica no Brasil**. BOTTINO, Marco Tullio (Org.). São Paulo: RG Editores, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. **Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo**. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 38^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **O estado de sítio na Constituição brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional**. Tese de livre docência - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1964.

GIUPPONI, Tommaso F. **La sicurezza e le sue “dimensioni” costituzionali**. Disponível em: <http://www.academia.edu/11568147/La_sicurezza_e_le_sue_dimensioni_costituzionali>. Acesso em: 11 mai. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei do abate**: inconstitucionalidade. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1990529/lei-do-abate-inconstitucionalidade>>. Acesso em: 11 mai. 2015.

LEAL, Roger Stiefelmann. A propriedade como direito fundamental: breves notas introdutórias. **Revista de Informação Legislativa**, v. 194, p. 53-64, 2012.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.

LOCKE, John. **Segundo tratado do governo civil**. Disponível em: <http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_Tratado_Sobre_O_Governo.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A estabilidade dos atos administrativos e a segurança jurídica, boa-fé e confiança legítima ante atos estatais. In: **Grandes temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 14^a ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do

Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). In: DIAS, Jorge de Figueiredo; COSTA, José de Faria; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Orgs.) **ARS IVDICANDI**. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Castanheira Neves. Coimbra: Coimbra editora, v. III, 2008.

VALENTE, Rubens; ODILLA, Fernanda. Brasil sofreu pressão dos EUA contra “Lei do Abate”. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 4 set. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft0409201105.htm>>. Acesso em: 11 mai. 2015.

* Recebido em 13 maio 2015.



A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE NO ÂMBITO DA VIOLENCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

*Andréia da Silva Costa**

*Denise Almeida de Andrade***

*Roberta Laena Costa Jucá****

Resumo

No Brasil, apesar das mudanças trazidas pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, crianças e adolescentes continuam privados de direitos, desamparados no meio social e sujeitos a toda ordem de violência, inclusive a exploração sexual; o que evidencia que além do reconhecimento de direitos se faz necessário implementar medidas concretas que sejam capazes de promover o livre e digno desenvolvimento dessas pessoas. O presente artigo objetiva demonstrar que tais medidas, no que dizem respeito à exploração sexual de crianças e adolescentes, devem integrar Estado, família e sociedade em uma comunhão de esforços pautada no princípio constitucional da solidariedade, no dever de responsabilidade e na primazia dos direitos humanos e fundamentais, sob pena de não terem sucesso. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica e documental, destacando-se que referida temática é pouco explorada pelos doutrinadores do Direito. Concluiu-se que o desafio atual do Estado Democrático de Direito brasileiro versa sobre a criação e a implementação de políticas públicas de proteção e de promoção de direitos humanos de crianças e adolescentes, em especial dos direitos sexuais, integrando, de forma conjunta e articulada, ações a serem empreendidas pela família, pelo Estado e pela sociedade.

Palavras-chave

Crianças e adolescentes. Vulnerabilidade. Exploração sexual. Solidariedade constitucional.

* Mestre e Doutoranda em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Coordenadora Adjunta e Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Christus – UNICHristus.

** Mestre e Doutoranda em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Bolsista CAPES, PROSUP/PRODAD.

*** Mestre em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Professora do Curso de Direito da Faculdade Católica Rainha do Sertão (FCRS). Analista Judiciária do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará – TRE-CE.

THE IMPLEMENTATION OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF SOLIDARITY IN THE SCOPE OF SEXUAL VIOLENCE AGAINST CHILDREN

Abstract

In Brazil, despite the changes brought about by the 1988 Federal Constitution and the Statute of Children and Adolescents, children and adolescents remain disenfranchised, helpless in the social environment and subject to all kinds of violence, including sexual exploitation. What shows that beyond the recognition of rights is necessary to implement concrete measures that are able to promote free and dignified development of these people. This paper aims to show that such measures, as they relate to sexual exploitation of children and adolescents should integrate state, family and society in a communion of efforts guided the constitutional principle of solidarity, responsibility and duty of the primacy of human rights and fundamental, otherwise it will not succeed. This study consisted of bibliographical and documentary research, deserving highlight that this theme is little explored by scholars of law, which shows a detachment at least worrying. It was concluded that the current challenge of democratic rule of Brazilian Law deals with the creation and implementation of public policies for the protection and promotion of human rights of children and adolescents, in particular sexual rights, integrating, in a joint and coordinated action, actions to be taken by the family, the state and society.

Keywords

Children. Vulnerability. Sexual exploitation. Constitutional solidarity.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, crianças e adolescentes são considerados sujeitos de direitos, sendo-lhes resguardados direitos específicos, também chamados de fundamentais. Atingiu-se essa condição pela quebra de paradigma que se deu com a substituição da doutrina da situação irregular, baseada no binômio carência-delinquência, pela doutrina da proteção integral, que priorizou os interesses e garantiu amparo integral e absoluto a esses indivíduos.

Documentos internacionais como a Declaração Universal do Direitos Humanos, de 1948, a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, e a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1990, inspiraram positivamente a ordem jurídica brasileira e viabilizaram esse redimensionamento.

Contudo, apesar das transformações consolidadas pela Constituição Federal de 1988 e pela teoria protetiva prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, inúmeras violações de direitos ainda são perpetradas contra essa parcela da população. A exploração sexual, a exemplo disso, vítima todos os dias um grande número de crianças e adolescentes brasileiros, que, desamparados tanto pelo Estado, como pela sociedade e pela família, encontram-se em situação de extrema vulnerabilidade, que não é apenas física e emocional, mas também social, econômica e cultural. Referida violência obsta o desenvolvimento individual desses sujeitos ao obrigar o exercício precoce de sua sexualidade de modo violento e descuidado.

O Mapa da Violência 2012 (WAISELFISZ, 2012, p. 62) aponta que, das crianças e adolescentes atendidos pelos SUS, do total de 39.281 mil atendimentos, 40,5% foram vítimas de violência física em 2011 e 20% foram vítimas de

violência sexual, ou seja, 10.325 crianças e adolescentes, sendo 83,2% do sexo feminino (dados obtidos com base no Sistema de Informação de Agravos de Notificação – SINAN do Ministério da Saúde). Em 2013, o Disque 100, canal da Secretaria de Direitos Humanos da República, registrou a média de 87 denúncias por dia de violência sexual contra crianças e adolescentes. (SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2014).

O presente artigo objetiva analisar o contraditório distanciamento entre essa realidade e a previsão constitucional, trazida pelo princípio da solidariedade, que estabelece a responsabilidade tripartite do Estado, da família e da sociedade no âmbito do enfrentamento à exploração sexual de crianças e de adolescentes. Pretende-se suscitar a reflexão sobre os motivos pelos quais essas práticas delituosas aumentam a cada dia na sociedade brasileira, apesar de vasta previsão normativa protetiva desse grupo, bem como sobre que ações – e de que modo – devem ser envidadas pela tríade encarregada da máxima proteção de crianças e adolescentes.

O referido estudo pretende contribuir para a discussão, enfocando de modo especial o papel e a atuação dos responsáveis pelo cuidado com as crianças e com os adolescentes e pelo respeito, proteção e promoção de seus direitos, em especial pela constatação de que o tema carece de estudos aprofundados que façam jus a sua complexidade.

Diante do cenário nacional da exploração sexual de meninos e meninas e das violações de direitos dela advindas, faz-se urgente e necessário pensar em mecanismos de intervenção e em políticas públicas capazes de cessar esse tipo de violência. O Direito precisa contribuir nessa reflexão e se aproximar desse público, tratando a questão não apenas na perspectiva criminal, mas, sobretudo, no âmbito dos direitos humanos de crianças e adolescentes.

2. CRIANÇAS E ADOLESCENTES: DE OBJETOS DE PROTEÇÃO A SUJEITO DE DIREITOS

Muito se tem avançado na proteção e no respeito às crianças e aos adolescentes, os quais, ao longo da história, passaram da condição de objetos de proteção à de sujeitos de direitos, sendo-lhes, hoje, assegurados todos os direitos humanos das pessoas adultas e outros previstos com exclusividade para atender à sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Estado brasileiro trouxe a dignidade humana como um de seus fundamentos e, como objetivos, estabeleceu a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (arts. 1º e 3º da CF/88). Desse modo, pode-se afirmar que:

A sociedade brasileira elegeu a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais da nossa República, reconhecendo cada indivíduo como centro autônomo de direitos e valores essenciais à sua realização plena como pessoa. Configura, em suma, verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, o que significa dizer que todo ser humano encontra-se sob seu manto, aqui se incluindo, por óbvio, nossas crianças e adolescentes. (AMIN, 2013, p. 64)

Verifica-se, contudo, que a história retrata um passado de desatenção e de desrespeito aos direitos mais básicos dessa parcela da população, considerada, à época, como uma ameaça para a própria sociedade. Desde o império brasileiro até o início do período republicano, o Brasil se preocupou apenas com as crianças e os adolescentes em situação de delinquência e de abandono, institucionalizando, portanto, uma postura tendente à punição e ao recolhimento.

No século XVIII, aumenta a preocupação do Estado com órfãos e expostos, pois era prática comum o abandono de crianças (crianças ilegítimas e filhos de escravos principalmente), nas portas das igrejas, conventos, residências ou mesmo pelas ruas. Como solução, importa-se da Europa a Roda dos Expostos, mantidas pelas Santas Casas de Misericórdias. O início do período republicano é marcado por um aumento da população do Rio de Janeiro e de São Paulo, em razão, principalmente, da intensa migração de escravos recém-libertos. [...] O pensamento social oscilava entre assegurar direitos ou “se defender” dos menores. Casas de recolhimento são inauguradas em 1906, dividindo-se em escolas de prevenção, destinadas a educar menores em abandono, escolas de reforma e colônias correacionais, cujo objetivo era regenerar menores em conflito com a lei. (AMIN, 2013, p. 70-71)

Durante muitos anos, vigorou no Brasil uma concepção “menorista”, despreocupada com a proteção integral de crianças e adolescentes, e comprometida com a criminalização da infância, o que ensejou uma política de regeneração e de educação posta em prática pelos centros reformatórios e correacionais. Essa doutrina foi instituída pelo Decreto n. 5.083, de 1926, conhecido como o primeiro Código de Menores do Brasil, que restou substituído um ano depois pelo Decreto n. 17.943-A, (conhecido como Código de Mello Mattos), e ficou conhecida como doutrina da situação irregular. Sobre a Doutrina da Situação Irregular e a concepção do termo “menor”:

A influência externa e as discussões internas levaram à construção de uma Doutrina do Direito do Menor, fundada no binômio carência-delinquência. Era a fase da criminalização da infância pobre. Havia uma consciência geral de que o Estado teria o dever de proteger os menores, mesmo que suprimindo suas garantias. Delineava-se assim, a Doutrina da Situação Irregular. [...] Medidas assistenciais e preventivas foram previstas com o objetivo de

minimizar a infância de rua. [...] Foi uma lei que uniu justiça e assistência, união necessária para que o Juiz de Menores exercesse toda a sua autoridade centralizadora, controladora e protecionista sobre a infância pobre, potencialmente perigosa. Estava construída a categoria Menor, conceito estigmatizante que acompanharia crianças e adolescentes até a lei 8.069/90. (AMIN, 2013, p. 71-71)

Internações, violências, discriminação, descaso, abandono afetivo e institucional, quebra de vínculos familiares fizeram parte da história de vida de milhares de crianças e adolescentes brasileiros durante os anos que se seguiram. Apenas com o fim da Segunda Guerra Mundial, surgiram as primeiras manifestações pela universalização e pela positivação dos direitos humanos, colocando a dignidade humana como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 reconheceu a dignidade inerente a todos os membros da espécie humana e previu, em seu primeiro artigo, que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. E ainda estabeleceu que “a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social” (art. XXV, n. 2).

Essas premissas inspiraram os Estados-partes e deram o tom das novas discussões internacionais dedicadas ao reconhecimento de direitos exclusivos da infância e da juventude. Desse modo, em 1959, vários países, cientes de que a criança, em razão de sua imaturidade física e mental, necessita de atenção e de cuidados especiais, e de que a humanidade a ela deve o melhor de seus esforços, a fim de lhe garantir a proteção legal apropriada, elaboraram e afirmaram a Declaração Universal dos Direitos da Criança.

A Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959, é um marco na proteção e no reconhecimento dos direitos humanos infanto-juvenis. Em bora muitos de seus direitos já estejam consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, procurou-se dar especial atenção à criança e às suas condições peculiares, que clamavam por uma declaração própria, apta a reconhecer todos os direitos e as liberdades, específicos ou não, que fazem jus a qualquer criança. (MAIA; VIDAL; FRANÇA, 2010, p. 11)

Referido documento assegura, em dez princípios, direitos básicos como o de igualdade sem distinção, de proteção especial, de prioridade de atendimento, bem como direitos à alimentação, à moradia, à assistência médica, à educação e ao amor de seus pais e da sociedade. Destacam-se:

Princípio 1 – A criança gozará todos os direitos enunciados nesta Declaração. Todas as crianças, absolutamente sem qualquer exceção, serão credoras destes direitos, sem distinção ou discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, quer sua ou de sua família.

Princípio 2 - A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança.

[...]

Princípio 6 - Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, **aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais** e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. **À sociedade e às autoridades públicas** caberá a obrigação de proporcionar cuidados especiais às crianças sem família e àquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas. (grifou-se) (ONU, 1959)

O reconhecimento da não discriminação, da priorização dos interesses e da responsabilidade solidária tripartite podem ser evidenciados em referido documento, que auxiliou na consolidação do reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e de dignidade.

Em 1989, a Convenção sobre os Direitos da Criança destacou-se como o primeiro documento que trouxe um rol significativo de direitos exclusivos de crianças e de adolescentes. A partir desse tratado, passou a ser comum ver positivados os princípios do melhor interesse da criança, da preferência no atendimento, da prioridade absoluta, etc., os quais fundamentam a atual doutrina da proteção integral, que sucedeu a teoria da situação irregular.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela ONU em 1989 e vigente desde 1990, destaca-se como o tratado internacional de proteção de direitos humanos com o mais elevado número de ratificações, contando em 2010 com 193 Estados-partes. Nos termos da Convenção, a criança é definida como “todo ser humano com menos de 18 anos de idade, a não ser que, pela legislação aplicável, a maioridade seja atingida mais cedo” (artigo 1). A Convenção acolhe a concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direito, a

exigir proteção especial e prioridade absoluta. (PIOVESAN, 2010, p. 338)

Em 25 de setembro de 1990, o Brasil ratificou referida convenção e seus respectivos protocolos (Protocolo Facultativo sobre a Venda de Crianças, prostituição e Pornografias Infantis e Protocolo Facultativo sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados), afirmando-se no âmbito internacional como um país comprometido com a prevalência dos direitos humanos. Essa postura foi reflexo da mudança empreendida a partir do processo de democratização experimentado pelo Brasil após o fim do período ditatorial, que culminou com o advento da Constituição Cidadã de 1988, “considerado o texto constitucional que melhor incorporou as demandas e reivindicações da sociedade civil e da pluralidade de seus atores sociais.” (PIOVESAN, 2010, p. 341). A autora salienta ainda que:

No caso das crianças e dos adolescentes, houve uma profunda modificação de sua situação jurídica. A Constituição Federal de 1988 introduziu diversos dispositivos que tratam da criança e do adolescente de forma consonante com as diretrizes internacionais de direitos humanos e com os padrões democráticos de organização do estado e da sociedade. [...] Os direitos especiais reconhecidos às crianças e aos adolescentes decorrem de sua peculiar condição de ser humano em desenvolvimento. Como consequência, o Estado e a sociedade devem assegurar, por meio de leis ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o pleno desenvolvimento das capacidades físicas, mentais, morais, espirituais e sociais, cuidando para que isso se dê em condições de liberdade e dignidade. (PIOVESAN, 2010, p. 341)

Ciente de seu compromisso internacional e inspirado pela nova tônica constitucional, o Estado brasileiro instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, em 1990, para cuidar dos interesses e assegurar direitos a essa parcela da população e consagrar a doutrina da proteção integral.

A legislação brasileira classifica como criança a pessoa de até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos (art. 2º do ECA). Referida diferenciação não pode ser observada nos instrumentos internacionais, os quais consideram criança qualquer pessoa com idade inferior a 18 anos.

Como analisado, antes do advento da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, as crianças e os adolescentes do Brasil, ao lado de outras categorias sociais vulneráveis (mulheres e negros, por exemplo), viviam socialmente segregados, sofrendo discriminação e preconceito, não sendo sequer considerados sujeitos de direitos.

A Constituição Federal de 1988 e o ECA possibilitaram “uma mudança paradigmática na maneira de tratar a infância e a adolescência, comprometendo a sociedade, a família e o Estado com a garantia dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, em todo o território nacional”. (FIGUEIREDO; NOVAIS, [s/d], p. 27) Essas mudanças no ordenamento jurídico pátrio foram reflexos, portanto, das normas internacionais de proteção, cuidado e respeito à infância e à adolescência que despontaram no cenário global.

A doutrina da proteção integral foi recepcionada na ordem jurídica brasileira e tem como um de seus fundamentos o princípio do melhor interesse da criança. Sua previsão repousa no art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente e no art. 227 da Constituição Federal brasileira de 1988. Este último dispositivo legal disciplina que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 5º do ECA).

Outro princípio norteador da doutrina da proteção integral é o da prioridade absoluta, que confere às crianças e aos adolescentes o direito de serem socorridos e protegidos preferencialmente em toda e qualquer situação em que se encontrem, de precederem no atendimento em órgãos públicos e privados e de terem primadas a elaboração e implementação de suas políticas sociais. Essa preferência deve ainda existir no que diz respeito à destinação dos recursos públicos, obrigando a disponibilização de verbas voltadas especialmente à proteção da infância e da juventude.

Essa reforma na legislação infanto-juvenil garantiu a esse público seu reconhecimento como titulares de todos os direitos fundamentais², conforme prevê os artigos 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

¹Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

² Direitos fundamentais são os princípios jurídica e positivamente vigentes em uma ordem constitucional que traduzem a concepção de dignidade humana de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal. (LOPES, 2001, p. 35.). Eles estão listados no art. 5º da CF/88, contudo, vale frisar que o rol de direitos fundamentais não é taxativo, admitindo o reconhecimento de outros direitos como fundamentais, mesmo não estando elencados nesse dispositivo constitucional.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude

Reconhece-se, pois, os avanços significativos oportunizados pelo advento da CF/88 e do ECA, todavia, percebe-se que essas pessoas ainda sofrem com a não concretização de muitos deles e com a ausência de proteção por parte da família, do Estado ou da sociedade. Isso resulta na ocorrência de inúmeras e variadas violações a direitos, como é o caso da exploração sexual.

Por fim, importante destacar a característica da vulnerabilidade das crianças e dos adolescentes. A CF/88 assegurou que todos são iguais perante a lei, e proibiu qualquer tipo de preconceito, seja ele de raça, sexo, cor, idade, origem etc. Todavia, percebe-se que existem certos direitos que são destinados a determinados grupos de pessoas, a exemplo, das crianças e adolescentes ensinando um tratamento diferenciado entre pessoas que são, via de regra, consideradas como iguais. Isso se explica porque essa igualdade, prevista constitucionalmente, deve “ser interpretada não a partir de sua restrita acepção formal oriunda do liberalismo, que ignora as diferenças existentes entre os membros da sociedade, mas interpretada como uma igualdade material, que determina tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais.” (LOPES, 2011, p. 107)

É possível hoje afirmar que, além do direito à igualdade perante a lei (traduzido na igualdade em direitos e em obrigações), deve ser assegurado também o direito à diferença, principalmente frente à sociedade plural própria do estado pós-Moderno. Diante dessa diversidade social, o legislador constituinte “estabeleceu várias formas destinadas a proteger as pessoas em situação de vulnerabilidade, a exemplo de crianças e adolescentes[...]”. (LOPES, 2011, p. 107)

Crianças e adolescente, mulheres, idosos são considerados grupos vulneráveis; integram um grupo formado por um contingente de pessoas numericamente expressivo, destituídas de poder, embora exerçam sua cidadania, e que são, mesmo sem perceber, vítimas de preconceito e discriminação, e têm seus direitos, os quais, muitas vezes, nem conhecem, desrespeitados. (SEGUNIN, 2002, p. 12)

Essa ausência de poder subjuga e opriime essa parcela da população e faz com que o tratamento igualitário irrestrito, desconsiderando as diferenças que são reais e que devem ser apreciadas, signifique uma verdadeira violência perpetrada contra esses sujeitos. Desse modo, Semprini (1999, p. 93) se posiciona:

A igualdade alimenta a utopia universalista e sua busca legitima as sociedades liberais. Os defensores da diferença objetam que a igualdade – assim como o universalismo – nada mais é que um grande equívoco. Ela não engloba o conjunto dos cidadãos porque exclui vários indivíduos ou grupos, que não tem acesso equalizado ao espaço social como os demais. Além disso, ela é somente uma igualdade ilusória, pois mesmo quando está entendida a todo o corpo social, ela refere-se apenas aos direitos formais, administrativos, legais do indivíduo e não se aplica às desigualdades econômicas, culturais ou sociais. Esta igualdade também desconsidera as especificidades étnicas, históricas, identitárias – em suma –, a diferença – que torna o espaço social heterogêneo. Cega a essas diferenças, esta igualdade é, na verdade, discriminatória. Enfim, aplicando-se somente a um cidadão ideal e não a indivíduos reais, plenos de subjetividade e de interioridade, a igualdade continua sendo um conceito abstrato, avaliada com base em parâmetros igualmente abstratos e que podem não corresponder às percepções de desigualdade como os indivíduos as experimentam. Na medida em que um indivíduo não se sente um igual, torna-se impossível haver igualdade.

Diplomas legais como o ECA, ao considerar essas diferenças e estabelecer a tolerância como paradigma, permitem e justificam um tratamento individualizado, que ressalta as peculiaridades dos diferentes, buscando assegurar a eles uma real igualdade de condições. E é por essa razão, que se deve dar atenção e tratamento especiais às crianças e aos adolescentes, sujeitos historicamente desprovidos de poder e ainda pouco cientes de seus direitos.

3. A VIOLÊNCIA SEXUAL COMO UMA AFRONTA AOS DIREITOS SEXUAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Além dos princípios que amparam a doutrina da proteção integral e do vasto catálogo de direitos assegurados pelo ECA, às crianças e aos adolescentes são assegurados todos os direitos fundamentais resguardados aos adultos,

dentre eles o direito à sexualidade ou os “direitos sexuais”, como também são conhecidos. Segundo Elida Séguin (2010, p. 1-2):

A sexualidade integra a personalidade humana. Seu desenvolvimento depende da satisfação de necessidades básicas tais como desejo de contato, intimidade, expressão emocional, prazer, carinho e amor. Ela é construída através da interação do indivíduo com estruturas sociais. O total desenvolvimento da sexualidade é essencial para o bem-estar individual, interpessoal e social. [...] Sexualidade é o conjunto de caracteres próprios de cada sexo, sejam eles físicos ou psicológicos, que se expressa no comportamento dos indivíduos, de acordo com a construção cultural (os papéis sexuais) e as possibilidades de orientação sexual. Ela não está concentrada apenas nas características físicas, mas no todo, na gestalt. Para o total desenvolvimento da sexualidade são essenciais: - o bem-estar individual, interpessoal e social; - o acesso à informação e à educação sexual.

Ao ser analisada, a sexualidade deve ser compreendida levando em consideração suas dimensões biológica, psicológica, social e cultural. Os desejos e os comportamentos sexuais dependem dos hormônios ligados ao sexo, da idade, do estado físico geral e da imagem corporal. (COMITÊ NACIONAL DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES, 2008, p. 25)

A sexualidade não se restringe a fatores físicos, pois se relaciona com o bem estar psicofísico, à comunicação, ao afeto, etc. Nessa perspectiva, a sexualidade:

Quando vivida de modo satisfatório e saudável, torna mais fácil a compreensão dos outros e de si mesmo, a eliminação da rigidez, o moralismo e permite transformar-se em fonte de amor, equilíbrio, de harmonia, e além de contribuir para a adoção de uma postura mais positiva diante da vida. (COMITÊ NACIONAL DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES, 2008, p. 25).

A sexualidade também é influenciada pelo ambiente social e cultural, está sujeita aos costumes, à moral e aos códigos de conduta social e culturalmente definidos.

As normas e valores que regem o exercício da sexualidade surgem num determinado contexto social, político e econômico e se desenvolvem historicamente (virgindade, relacionamentos sexuais, casamento, fecundidade, tabus etc.). [...] Como se vê o exercício da sexualidade é sempre, em alguma medida, regulamentado pela sociedade, pela cultura e essa regulamentação está consequentemente sujeita a mudanças históricas, demográficas, culturais, econômicas e políticas. No caso do Brasil, a diversidade está

presente em todos os espaços, de forma marcante e o desenvolvimento da sexualidade da população brasileira demanda uma ação que permita o respeito às diferenças e a redução das desigualdades. (COMITÊ NACIONAL DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES, 2008, p. 26).

Nesse contexto, tem-se os direitos sexuais, que objetivam garantir a toda e qualquer pessoa, sem distinção de qualquer natureza, o exercício da sexualidade, livre de ameaça, discriminação, risco, violência ou coerção. (TORRES, 2009).

Os direitos sexuais ainda carecem de uma regulamentação mais clara e de uma proteção internacional mais específica, pois historicamente foram postos em segundo plano por abordar temas moralmente repudiados pela sociedade, como o exercício da sexualidade sem a finalidade da procriação e sem exigir a diversidade de sexos entre os parceiros (homoafetividade). A discussão sobre os direitos sexuais, por vezes, se contrapõe a um contexto moral e religioso mais conservador, o que dificulta a ampliação das discussões.

Todavia, algumas resistências têm sido superadas nas últimas décadas, especialmente em razão da atuação de movimentos feministas, que pugnam pela emancipação da mulher, que passa pela autonomia e liberdade para vivenciar sua sexualidade.

Em relação aos direitos sexuais de crianças e adolescentes, surgem vários questionamento, dentre ao quais se destaca investigar se tais sujeitos são titulares desses direitos. Ora, ao se compreender que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, não se lhes pode negar a titularidade dos direitos sexuais. Sabe-se, contudo, que seu exercício não pode ocorrer da mesma forma como ocorre com um adulto, tendo em vista sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento. Desta forma, defende-se uma paridade entre a faixa etária e o nível de compreensão de crianças e adolescentes e o exercício de sua sexualidade, a fim de que seja resguardada sua integridade (física e psíquica), bem como sua dignidade humana.

Ratifica-se, pois, que a principal discussão atinente aos direitos sexuais de crianças e adolescentes diz respeito a possuírem ou não liberdade e autonomia para exercê-los em todas as suas dimensões (biológica, psicológica, social e cultural). Os debates, frise-se, não giram em torno do reconhecimento do direito à sexualidade na dimensão biológica e psicológica, mas especialmente no que se refere ao pleno e livre exercício desse direito por parte das crianças e dos adolescentes.

O corpo humano, em geral, quando utilizado pelo adulto para exercer a sexualidade, pode ou não ser explorado, hipótese em que se distingue a prostituição da exploração sexual. Em se tratando de crianças e adolescentes a

questão assume outra complexidade, notadamente por circundar o direito de liberdade e a autonomia no uso do próprio corpo, que, em regra, serão limitados para tais sujeitos. Ou seja, sendo criança ou adolescente, a regra é que a prostituição se identificará com a exploração sexual, haja vista que nem a criança nem o adolescente possuem autonomia plena para consentir com o uso do corpo para fins sexuais³.

Não obstante essa ser a regra, sabe-se que, no Brasil, milhares de crianças e adolescentes utilizam seus corpos como meio de vida, por meio da prostituição, vendendo-os a pessoas ávidas por satisfazerem seus impulsos sexuais. Os motivos que as fazem praticar a atividade da prostituição são tão variados quanto os danos, muitas vezes irreversíveis, a que estão sujeitas, como se pode inferir de depoimentos como esse:

Comecei a fazer programa quando tinha uns 9 anos, porque a prima de uma colega minha roubou meu patins. Ela era mais velha e bem maior que eu, mas fui atrás dela. Chegando lá, ela e as amigas estavam indo para o mercado municipal encontrar um cara. Fui junto. Pegamos carona, fiquei no banco de trás, não sabia direito o que ia acontecer. Elas combinaram o preço, foram para a praia e chuparam o negócio do cara. Fiquei olhando assustada e no final vi ele dando dinheiro para elas. O que mais me chamou atenção foi a grana. Não me lembro quanto foi, era outro dinheiro na época, mas era muito. Fiquei interessada. Passei um tempo andando com elas, mas não fazia programa. Sabia que minha mãe fazia e ficava incomodada. Todo mundo conhecia ela na avenida. Nesse tempo eu tinha fugido e estava morando na casa de uma amiga. Ficava preocupada de estar lá e não ajudar em nada. Arrumei um jeito de ajudar. Uma das minhas colegas, a sardentinha, me falou que um cara ia me dar um dinheiro legal. Uns R\$200,00 hoje, sei lá. Fui ver como era. Ele se chamava Raul e tinha um carrão branco, desses importados. Fomos em três meninas para um hotel com o cara e um outro rapaz que armou o programa. Chegando lá, o cara que pagou ficou mexendo em mim, passou a mão no meu corpo todinho. Abriu minhas pernas, viu que eu era virgem e não fez tudo, mas me deu o dinheiro. [...] Ganhei a grana, fiquei toda empolgada. [...] Comprei roupas, sapatos e os patins. Ainda dei dinheiro para ajudar na casa da minha amiga. (TRINDADE, 2005, p. 16-17).

Relatos como esse retratam a realidade experimentada por milhares de meninas brasileiras, que vivem à margem da proteção legal, privadas de afeto,

³ Para alguns doutrinadores, essa regra poderá sofrer exceções, a depender das peculiaridades do caso concreto, quando se tratar de adolescente de 16 ou 17 anos que demonstre discernimento para consentir, de modo que a prostituição não importe necessariamente em exploração sexual.

sem educação, na extrema pobreza; sem perspectiva de dias melhores. São depoimentos diários de violência não apenas sexual, de agressão à dignidade na mais tenra idade, de desrespeitos de direitos mais básicos, de descaso da família, da sociedade e do Estado, contrariando o dever de respeito disposto no artigo 17 do ECA: “O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e dos adolescentes, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”.

A história da violência sexual, remonta ao período republicano brasileiro e se enraíza em uma cultura machista, patriarcal, autoritária, adultocêntrica e discriminatória, ainda presente nos dias atuais. A violência é um produto de relações sociais construídas de maneira desigual, que se materializam contra pessoas que se encontram em alguma desvantagem física, emocional e social (LEAL, 1999, p. 8).

Entende-se por violência sexual toda prática que avulta a liberdade sexual dos indivíduos. Pode haver a utilização de meios de coerção físico ou psicológico, ser praticada por pessoas da família, parentes, amigos, vizinhos ou desconhecidos, pois o que a caracteriza é o fato de alguém subjugar outra pessoa para fins de satisfação sexual ou para obtenção de lucro. Percebe-se, pois, que violência sexual é gênero, pois comporta a definição das espécies abuso e exploração sexual.(ANDRADE; RODRIGUES, 2013, p. 106)

A Organização Mundial de Saúde (1999) afirma que violência sexual é:

Todo envolvimento de uma criança em uma atividade sexual na qual não comprehende completamente, já que não está preparada em termos de seu desenvolvimento. Não entendendo a situação, a criança, por conseguinte, torna-se incapaz de informar seu consentimento. São também aqueles atos que violam leis ou tabus sociais em uma determinada sociedade. É evidenciado pela atividade entre uma criança com um adulto ou entre uma criança com outra criança ou adolescente que pela idade ou nível de desenvolvimento está em uma relação de responsabilidade, confiança ou poder com a criança abusada. É qualquer ato que pretende gratificar ou satisfazer as necessidades sexuais de outra pessoa, incluindo indução ou coerção de uma criança para engajar-se em qualquer atividade sexual ilegal. Pode incluir também práticas com caráter de exploração, como uso de crianças em prostituição, o uso de crianças em atividades e materiais pornográficos, assim como quaisquer outras práticas sexuais ilegais.

A exploração sexual, por sua vez, se caracteriza pela existência da aprovação comercial do corpo de uma pessoa que se encontra em desvantagem física, emocional ou social. Nesse ato violento, o corpo é considerado como uma mercadoria capaz de gerar lucro ou outros benefícios para quem explora;

há uma relação de dominação entre explorador e explorado, que se baseia na violência individual que o mais forte pratica contra o mais fraco, fortalecida pela estrutura social desigual.

Já o abuso sexual pode ser definido como a violência praticada para satisfação particular daquele que abusa, sem a finalidade lucrativa, “podendo ser realizado em um ambiente intrafamiliar ou extrafamiliar, envolvendo contato físico ou não (LOPES, 2013 p. 21).

Tanto a exploração como o abuso são formas de violência sexual que ferem a dignidade humana e os direitos sexuais de crianças e adolescentes.

4. O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE CONSTITUCIONAL FRENTE À EXPLORAÇÃO SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES.

Com o advento da CF/88⁴ ocorreu um salto na constitucionalização dos direitos humanos no Brasil, bem como incremento da participação do país no cenário internacional de proteção dos direitos humanos, assinando diplomas humanitários internacionais, internalizando tais direitos e se comprometendo com os mesmos no plano interno e externo.

A Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. Introduz também indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e dos direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil. [...] A consolidação das liberdades fundamentais e das instituições democráticas no País, por sua vez, muda substancialmente a política brasileira de direitos humanos, possibilitando um progresso significativo no reconhecimento de obrigações internacionais nesse âmbito. [...] o equacionamento dos direitos humanos no âmbito da ordem jurídica interna serviu como medida de reforço para que a questão dos direitos humanos se impusesse como tema fundamental na agenda internacional do País. (PIOVESAN, 2007, p. 24-25)

⁴ A Constituição Federal de 1988 é o marco jurídico do processo de transição democrática do Estado brasileiro, o que justifica a existência um amplo rol de direitos e de garantias fundamentais, na tentativa de assegurar que nunca mais se experimente no Brasil um regime totalitário, militar ou não, como o que ocorreu durante os anos da Ditadura brasileira. De acordo com Flávia Piovesan: “Após o longo período de vinte e um anos de regime militar ditatorial que perdeu de 1964 a 1985 no País, deflagrou-se o processo de democratização no Brasil. [...] A transição democrática, lenta e gradual, permitiu a formação de um controle civil sobre as forças militares. Exigiu ainda a elaboração de um novo código, que refizesse o pacto político social. Tal processo culminou, juridicamente, na promulgação de uma nova ordem constitucional – nascia assim a Constituição de outubro de 1988.” (PIOVESAN, 2007, p. 21-24)

A CF/88 trouxe consigo outras mudanças e transformações significativas na ordem jurídica constitucional brasileira, sendo, portanto, considerada como o marco histórico do Neoconstitucionalismo no Brasil. Esse novo constitucionalismo, propagado internacionalmente, se caracterizou por alocar as cartas constitucionais no cerne de toda a ordem jurídica, conferindo-lhe não apenas o caráter político, mas também jurídico e, nesse sentido, impositivo: a constituição passou a ser dotada de força normativa, como teorizou Konrad Hesse. A partir de então, adotou-se a corrente filosófica jurídica do pós-positivismo que se caracteriza por:

[...] ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias [sic.] ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia. (grifou-se) (BARROSO, 2013, p. 192-193)

Inspirado por esse novo paradigma constitucional, o Brasil inseriu os direitos decorrentes de tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais é parte, no rol dos direitos e das garantias da dignidade humana (art.5º, §§ 2º e 3º⁵), o que ensejou a possibilidade de sua incorporação pela ordem jurídica interna com status de emenda constitucional (condição de direitos formal e materialmente fundamentais – SARLET, 2003, 2004 e 2013), sujeitando-os, assim, à disciplina dedicada aos direitos fundamentais, ou seja, gozam de aplicação imediata, apresentam-se com dupla dimensionalidade (objetiva e subjetiva), ensejam deveres de respeito, proteção e promoção aos seus destinatários e fundamentam toda a legislação infraconstitucional. Tais privilégios, conferidos pelo legislador constituinte, se devem à estreita ligação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais com a dignidade da pessoa humana.

Nesse cenário, os direitos humanos e os direitos fundamentais assumiram uma posição de destaque na ordem jurídica pátria, servindo como valores de referência e de critérios de validade, projetando suas premissas, em razão

⁵ Art. 5º. §2º – Os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. §3º – Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

de sua função dignificadora, em todo o corpo legislativo, legitimando-o e fundamentando-o. Esses direitos se irradiam ainda nas condutas e nas decisões daqueles que estão sob a jurisdição brasileira, ou seja, todos os cidadãos brasileiros, toda a sociedade e todos os agentes públicos devem pautar suas ações e relações no respeito à dignidade humana.

Em rigor, interessar-nos-ão as três dimensões assinaladas. A perspectiva analítico-dogmática, preocupada com a construção sistemático-conceitual do direito positivo, é indispensável ao aprofundamento e análise de conceitos fundamentais (exs.: direito subjetivo, dever fundamental e norma), à iluminação das construções jurídico-constitucionais (exs.: âmbito de proteção e limites dos direitos fundamentais, eficácia horizontal de direitos, liberdades e garantias) e à investigação da estrutura do sistema jurídico e das suas relações com os direitos fundamentais (ex.: eficácia objetiva dos direitos fundamentais), passando pela própria ponderação de bens jurídicos, sob a perspectiva dos direitos fundamentais (ex.: conflitos de direitos). A perspectiva empírico-dogmática interessar-nos-á porque os direitos fundamentais, para terem verdadeira força normativa, obrigam a tomar em conta as suas condições de eficácia e o modo como o legislador, juízes e administração os observam e aplicam nos vários contextos práticos. A perspectiva normativo-dogmática é importante sobretudo em sede de aplicação dos direitos fundamentais, dado que esta pressupõe, sempre, a fundamentação racional e jurídico-normativa dos juízos de valor (ex.: na interpretação e na concretização). (CANOTILHO, 1941, p. 1253)

Dessa forma, o Estado, consubstanciado nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, deve empreender esforços e compromissos (conjuntos) para a realização de tais direitos na vida de seus titulares. Nessa “nova” ordem jurídica, qualquer pessoa submetida à autoridade legal do Estado Brasileiro é titular dos direitos e das garantias fundamentais reconhecidos pelo texto constitucional, especialmente as crianças e os adolescentes.

Cabe à família, à sociedade e ao Estado dedicar cuidado e atenção especial a esses sujeitos, a fim de que a eles sejam assegurados todos os direitos, bem como o pleno e digno desenvolvimento enquanto ser humano. Por essa razão, a CF/88 e o ECA albergam o instituto da responsabilidade tripartite, estabelecendo o princípio da solidariedade na resolução dos problemas das crianças e dos adolescentes. A união desses três entes contribui para que os referidos direitos possam, mais facilmente, chegar aos seus destinatários. (ELIAS, 2010, p. 15)

A função primordial do princípio é garantir junção de esforços a fim de que crianças e adolescentes tenham seus direitos assegurados. Essa responsabilidade se mostra, portanto, duplamente solidária. Isso porque a solidariedade é percebida tanto na esfera da proteção das crianças e dos adolescentes,

devendo os três entes respeitar, proteger e promover os direitos desse grupo; como na responsabilização pela violação de direitos, ou seja, quando infringido um direito, os três entes devem ser responsabilizados, posto que dos três é exigível solução, observadas as peculiaridades de cada caso.

A família desempenha um papel de fundamental na vida desses indivíduos, pois é no ambiente familiar que a criança e o adolescente vivem durante todo o período de seu desenvolvimento. É no seio familiar que tais sujeitos devem, primordialmente, receber orientações acerca dos valores que irão nortear suas condutas e formar seu caráter.

Sabe-se que a formação de uma criança começa desde a sua concepção, através de interações com seus pais. O afeto sentido por eles, desde tenra idade, vai possibilitar à criança a formação de uma personalidade sadia, levando à construção de um ser humano equilibrado. (CACHAPUZ, 2004, p. 139)

A sociedade atua, sobretudo, por meio da criação do Conselho Tutelar, o qual tem o dever de zelo pelo cumprimento dos direitos do grupo infanto-juvenil, e das organizações não-governamentais, as quais, quando se trata de grupos vulneráveis, como é o caso das crianças e dos adolescentes em situação de exploração sexual, exercem, muitas vezes, papel essencial na efetivação dos direitos fundamentais.

No que concerne ao Estado, afirma-se – sem eximir a responsabilidade das famílias e da sociedade, bem como reiterando a necessidade de diálogo entre os três entes – que ele é o principal obrigado. A responsabilidade maior recai sobre o Estado visto que a ele incumbe, em regra, a efetivação dos direitos fundamentais de cunho prestacional.

A Constituição Federal de 1988, ao trazer o princípio da solidariedade em seu bojo, mostrou, que a opção pela cooperação e pela integração dos agentes sociais é a mais acertada:

O ponto de partida da solidariedade é o reconhecimento da realidade do outro e a consideração de seus problemas como não alheios, mas suscetíveis de resolução com intervenção dos Poderes Públicos e dos demais. O objetivo político é a criação de uma sociedade na qual todos se considerem membros da mesma, e resolvam em seu seio as necessidades básicas, na qual não haja saltos qualitativos nos grupos em que os seres humanos desenvolvam suas vidas e suas atividades, enfim, aquela em que todos possam realizar sua vocação moral, como seres autônomos e livres. O objetivo a alcançar supõe chegar àquelas pessoas que se encontram numa situação mais débil, mais desfavorecida e mais desvantajosa. A solidariedade é a outra face da moeda da filosofia da parábola do “Banquete” de Malthus, e tem a cooperação e a criação de relações jurídicas de integração como meios para alcançar esses objetivos. Por razões de solidariedade, o princípio da

igualdade não sofreria caso se tomem medidas discriminatórias em favor dos mais fracos; é a igualdade como diferenciação. (MARTINEZ, 2004, p. 178-179)

Sob a ótica da responsabilidade tripartite e do princípio da solidariedade, Estado, família e sociedade devem atuar, conjuntamente, em prol da concretização dos direitos do grupo infantojuvenil, sendo inconcebível, pois, a existência de crianças e adolescentes vivendo em situação de exploração sexual, sofrendo privações de inúmeros direitos e estando sujeitos aos mais variados tipos de violência.

Diante não apenas desse cenário de violência sexual, mas de tantos outros que são noticiados diariamente pela mídia (que, muitas vezes, é o próprio agente causador de danos), conclui-se que, embora se tenha avançado no reconhecimento de direitos e no respeito à dignidade de crianças e adolescentes, novos desafios se apresentam no cenário nacional. O direito da criança e do adolescente no Brasil ainda carece de concretização; crianças e adolescentes em todo o país precisam ser atendidas como verdadeiros sujeitos de direitos; as famílias carecem de amparo do Estado e da sociedade nesse mister de guiar o desenvolvimento humano desses indivíduos; a sociedade deve considerar as mudanças empreendidas pela CF/88 e pelo ECA e lutar para que as mesmas se tornem reais na vida dessa parcela da população; o Estado precisa agir de modo a possibilitar que direitos sejam assegurados de forma plena, possibilitando que tais sujeitos vivam uma vida livre, justa e digna.

5. A (IR)RESPONSABILIDADE TRIPARTITE NO COTIDIANO DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES

É inegável que as conquistas legislativas representam um marco na busca pela efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes. Diante disso, os esforços devem convergir em prol da implementação desses novos parâmetros de atuação, que vinculam as famílias, a sociedade e o Estado, encarregados constitucionalmente pela atenção a esse grupo. O artigo 100, parágrafo único, do ECA dispõe:

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal;

II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares;

III - **responsabilidade primária e solidária do poder público:** a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais;

IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;

V - privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada;

VI - intervenção precoce: a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida;

VII - intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente;

VIII - proporcionalidade e atualidade: a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada;

IX - **responsabilidade parental:** a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente;

X - **prevalência da família:** na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família substituta;

XI - obrigatoriedade da informação: a criança e o adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão, seus pais ou responsável devem ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa;

XII - oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei.

Contudo, basta analisar o cotidiano das crianças e dos adolescentes vítimas de exploração sexual, para se constatar o descumprimento das premissas acima, bem como o desamparo e a inércia dos que deveriam atuar em sua proteção.

A carência de pesquisas oficiais que tornem públicos as estatísticas sobre a vulnerabilidade e os indicadores de risco e que deveriam servir de base para as ações do Estado evidenciam que o Poder Executivo falha em sua responsabilidade. Não obstante, os poucos dados que existem mostram quão crítica é a situação: o Mapa da Violência 2012 (WAISELFISZ, 2012, p. 62) aponta que, das crianças e adolescentes atendidos pelos SUS, do total de 39.281 mil atendimentos, 40,5% foram vítimas de violência física em 2011 e 20% foram vítimas de violência sexual, ou seja, 10.325 crianças e adolescentes, sendo 83,2% do sexo feminino (dados obtidos com base no Sistema de Informação de Agravos de Notificação – SINAN do Ministério da Saúde). Em 2013, o Disque 100, canal da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, registrou a média de 87 denúncias por dia de violência sexual contra crianças e adolescentes. (SECRETARIA..., 2014). Já no primeiro trimestre de 2015, foram recebidas 4.480 denúncias de violência sexual contra crianças e adolescentes, o que significa 21% do total de denúncias, como informa o sítio eletrônico do Órgão.

A construção e implementação de políticas públicas específicas ineficientes, ou mesmo o não atendimento à prioridade obrigatória de crianças e adolescentes nas políticas públicas gerais, é outro fator que aponta esse descompromisso.

Ainda na perspectiva estatal, em se tratando do Poder Judiciário, é comum julgados que apontam para uma resistência dos magistrados em aderir às diretrizes da doutrina da proteção integral em respeito à peculiar situação de pessoas em desenvolvimento de meninos e meninas. Nesse sentido, abaixo estão transcritos alguns posicionamentos frequentemente adotados pelos tribunais brasileiros no que diz respeito à violência sexual contra crianças e adolescentes:

APELAÇÃO CRIMINAL - ART. 229, DO CÓDIGO PENAL E ART. 243, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, C/C O ART. 69, DO CÓDIGO PENAL - DECRETO CONDENATÓRIO - PRETENSÃO PUNITIVA ACOLHIDA PARCIALMENTE PELO JUÍZO SINGULAR - INSURGÊNCIA RECURSAL

MINISTERIAL PUGNANDO PELA CONDENAÇÃO NOS TERMOS DA EXORDIAL ACUSATÓRIA - IMPOSSIBILIDADE - FRAGILIDADE PROBATÓRIA - CONTRARRAZÕES RECURSAIS PLEITEANDO A ABSOLVIÇÃO DE UMA DAS RÉS DAS SANÇÕES DO ART. 229, DO CÓDIGO PENAL - INSUBSTÊNCIA ARGUMENTATIVA - DECISÃO MONOCRÁTICA JURIDICAMENTE INCENSURÁVEL - RECURSO DESPROVIDO. "APELAÇÃO - ESTUPRO - AUSÊNCIA DE 'INOCÊNCIA' DAS VÍTIMAS - PRESUNÇÃO DE VIOLENCIA CONSTANTE DA LETRA 'A' DO ART. 224 DO CÓDIGO PENAL AFASTADA - FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO - ART. 244-A DA LEI 8.069 - RÉU QUE MANTÉM CONJUNÇÃO CARNAL COM AS VÍTIMAS - ABSOLVIÇÃO. O fundamento da ficção legal da violência é a 'innocentia consilii' da vítima, ou seja, o seu desconhecimento em relação aos fatos sexuais, a desprezar, por isso, o seu consentimento. Na ausência desta 'inocência', não vigora a presunção. Art. 244-A da Lei 8.069/90, com a redação dada pela Lei 9.975/00 incrimina a conduta de submeter criança ou adolescente à prostituição ou a exploração sexual. O núcleo do tipo é, justamente, o verbo submeter, que significa sujeitar, subjugar, reduzir à obediência, ou seja, obrigar que crianças e adolescentes se prostituam ou se sujeitem aos caprichos sexuais alheios. Embora, no presente caso, a atitude do acusado não seja moralmente aceitável, sua conduta não se amolda ao núcleo do tipo referido dispositivo do ECA." (Apelação Criminal nº 1.0611.04.010242- 2/001 (1), 3ª Câmara Criminal do TJMG, Rel. Paulo Cezar Dias. J. 29.05.2007, unânime, Publ. 27.06.2007). (TJ-PR - ACR: 5253272 PR 0525327-2, Relator: Eduardo Fagundes, Data de Julgamento: 05/08/2010, 5ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 455).

'[...] a presunção [...] por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exsumingido da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos arts. 213 e 224, alínea a, do CP.' (STF - HC 73.662-9 - Minas Gerais - 2ª T. - Rel. Min. Marco Aurélio - DJU 20.9.1996).

'ESTUPRO - Presunção de violência - Menor de quatorze (14) anos - Vítima com anterior experiência sexual e postura incompatível com a proteção legal - Inocorrência da previsão do art. 224, 'a', do Código Penal. Mesmo que as afirmações da vítima levem à conclusão de que o estupro se dera, e que à época do fato narrado, fosse menor de 14 anos, mas, constatando-se, por outro lado, que as rupturas himenais não estão dentro da atualidade que autorizaria a confirmação da conjunção carnal na época denunciada, [...] revelado maturidade suficiente em assuntos dessa natureza, mesmo porque sem freios familiares, não se há de estabelecer que houvera estupro e muito menos, com presunção de

violência. [...]’ (TJCE – APen 1998.07820-6 – 2^a C.Crim. – Rel. Des. Francisco Gilson Viana Martins – DJCE 26.4.2000).

‘CRIME CONTRA OS COSTUMES – ESTUPRO – PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA – VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS – AUSÊNCIA DE ‘INOCENTIA CONSILLI’ POR PARTE DA VÍTIMA, CONDIÇÃO ESSENCIAL PARA O RECONHECIMENTO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA QUE É RELATIVA – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – Nos casos de estupro com violência presumida, não se deve aplicar a regra da “*inocentia consilli*” como absoluta, porque a simples conjunção carnal com menor de 14 anos, por si só, não é suficiente para caracterizá-lo, sendo necessário, também, que a vítima seja inocente e desinformada a respeito de sexo.’ (TJSC – ACr 98.005186-0 – SC – 2^a C.Crim. Rel. Des. José Roberge – J. 23.6.1998).

Os argumentos que sustentam as decisões sobre a relativização da presunção de violência nos crimes de estupro expressam a postura machista, patriarcal, autoritária, adultocêntrica e discriminatória ainda muito presente no Judiciário, encarregado de proteger e responsabilizar aqueles que violam os direitos sexuais de meninos e meninas brasileiras. É fato que cada caso deve ser analisado em concreto, levando em consideração as nuances que permeiam o fato, mas é evidente também que as justificativas empregadas pelos juízes e que embasam suas decisões devem atentar para as premissas do melhor interesse e da proteção integral da criança, acolhidos pelo ordenamento jurídico pátrio.

Esse é um dos graves problemas enfrentados pelo Poder Judiciário brasileiro hoje, em que boa parte dos juízes, subsidiados em doutrinas importadas ao Brasil de forma inadequada, a exemplo da técnica da ponderação advinda Teoria da Argumentação de Robert Alexy, profere decisões com arrimo na sua livre consciência ou em fatores morais, religiosos, políticos, deixando de aplicar a Constituição e as leis. Com efeito, o Neoconstitucionalismo e o Pós-positivismo fizeram com que a Nova Hermenêutica Constitucional – da ponderação de princípios - permanecesse incidindo no erro das clássicas escolas da Hermenêutica que, com fundamento da Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, entendiam a decisão judicial como ato de vontade, político, de livre escolha do aplicador do direito, abrindo espaço ao solipsismo e à discricionariedade e gerando, por consequência, insegurança jurídica e injustiça constitucional.

Mas o que comumente faz o neoconstitucionalismo? Desvirtua a ponderação alexiana (advertindo que ela também não consegue resolver a questão da vontade de poder), simplesmente escondendo o ‘valor’ que lhe interessa, relegando o outro, ou outros. Ora, um juiz não pode impor aos jurisdicionados os seus próprios valores, não pode construir sua decisão com base em argumentos

de política. Isso não é ser democrático. O campo de atuação do juiz deve ser normativo. (STRECK, 2015. P. 95).

Esse desvirtuamento pode ser claramente percebido nos julgados acima colacionados, em que os magistrados deixam de aplicar a Constituição e o Código Penal, notadamente a regra clara da violência presumida para os crimes contra vítimas menores de 14 anos, sob pretextos sociais, morais e de gênero, que refletem seus valores, oriundos da cultura machista e patriarcal ainda dominante no Brasil.

Essa postura dos juízes brasileiros precisa ser modificada com a adoção de critérios objetivos pontuados em uma teoria da decisão judicial, de modo que se possa preservar a força normativa da Constituição e a autonomia do Direito, concretizando princípios do Estado Democrático de Direito. (STRECK, 2014).

No tocante ao papel das famílias, em pesquisa sobre exploração sexual de crianças e adolescentes realizada pela organização não governamental Childhood (2014, p. 17), em parceria com instituições privadas, verificou-se que:

A maior parte das vítimas ainda mora com a família, mesmo tendo relatado história de abuso intrafamiliar e envolvimento de pais, mães e irmãos na inserção e manutenção da ESCA. Percebe-se, em geral, uma família abusadora e conivente, mas que não é atendida por nenhum tipo de intervenção sendo a vítima o foco da atenção para atenuação do problema. A atividade relacionada à ESCA, em geral, traz benefícios para a família. Como as próprias crianças e adolescentes relatam, parte do dinheiro é para se sustentar, ajudar ou sustentar a família. [...] O grupo de amigos aparece como uma das variáveis mais importantes na entrada para o mundo da ESCA. Provavelmente, esse grupo está relacionado com as questões de consumo colocadas anteriormente. No entanto, ainda se nota a figura do "cafetão" e de membros da família configurando a dupla violência sofrida por essas crianças e adolescentes, a violência sexual em si e a exploração financeira baseada em violência.

Observa-se, pois, que há grande incidência de abuso sexual, praticado por membros da família ou amigos, que se utilizam do poder hierárquico para com crianças e adolescentes para tirar proveito sexual próprio. Igualmente, há situações de exploração sexual decorrente da relação familiar, quando há uma finalidade lucrativa por parte da família, que usa crianças e/ou adolescentes para satisfazer terceiros.

Diante dessa constatação, a atuação da família entremostra-se uma das mais complexas: quando quem mais tem o dever de resguardar a integridade e a dignidade de crianças e adolescente apresenta-se como principal violador, qualquer solução simplória estará muito distante de solucionar o problema.

Essa é uma das razões pelas quais se afigura tão difícil o enfrentamento da violência sexual praticada contra crianças e adolescentes: a própria família participa da violência.

Para o enfrentamento dessa problemática, deve-se refletir sobre a importância de uma sólida estrutura familiar, fincada em princípios éticos e morais e preocupada com a preservação de valores familiares. Não há como se pensar no enfrentamento da violência sexual cometida contra crianças e adolescentes de forma desassociada de uma reflexão sobre a família e seu papel e da necessidade premente de se resgatar os valores familiares, cada vez mais enfraquecidos no mundo pós-moderno líquido e de relações fluídas. (BAUMAN, 2004). Somente essa atenção especial aos laços e ao afeto familiar, na tentativa de se recuperar a estabilidade perdida, pode iniciar uma reconstrução da afetividade e da prevalência de regras morais e éticas no seio familiar, de modo a se evitar ou diminuir todo tipo de violência entre as pessoas de uma mesma família.

Por isso, as intervenções que o Estado faz com o objetivo de assistir crianças e adolescentes vítimas de violência sexual devem sempre integrar os familiares e os amigos.

Por último, no que pertine à sociedade, o Estado deve atuar também, no caso específico da exploração, quebrando a rede de locupletamento ilícito que pode ser verificada na maioria dos casos. Hotéis, pousadas, motéis, pensões e estabelecimentos congêneres, mesmo sabendo que não podem, em razão do artigo 82 do ECA, hospedar criança ou adolescente sem a autorização dos pais, procedem com essa prática de modo notório, especialmente em municípios mais afastados e em regiões onde se percebe a prática do turismo sexual. Convém reconhecer a realização, por parte do governo e de organizações sociais, de tímidas campanhas de sensibilização e de prevenção informando que a exploração sexual de crianças e adolescentes é crime; contudo, constata-se a ineficaz fiscalização de referidos estabelecimentos.

Essa situação demanda uma ampla e incisiva campanha de educação e divulgação sobre as práticas criminosas e os índices de violência sexual contra crianças e adolescentes. A sociedade deve se conscientizar da problemática, conhecendo os tipos penais e as características dos crimes, sensibilizando-se para a importância do resguardo da dignidade desses sujeitos e, sobretudo, para a necessidade de denunciar qualquer violação aos direitos sexuais de crianças e adolescentes. Apenas com a colaboração da sociedade será possível a prevenção e o combate desse tipo de violência.

Assim, percebe-se que muito ainda há de ser feito pelas famílias, pelo Estado e pela sociedade, de modo integrado, para garantir uma maior proteção e assistência aos meninos e meninas afetados pela exploração sexual. A educação e o acompanhamento devem começar dentro de casa. A sexualidade

deve deixar de ser enxergada como um tabu e passar a compor os diálogos familiares, dirimindo as dúvidas e permitindo uma repartição de responsabilidades entre os adolescentes e seus pais.

Todo esse trabalho desempenhado pela família deve ser amparado pelas escolas e pelo Estado, devendo este oferecer uma educação de qualidade e garantir que meninos e meninas saiam das ruas e voltem para as escolas; capacitar os adolescentes para o trabalho, alertando para os vários tipos de exploração humana, em especial a sexual; priorizar o atendimento médico de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual e promover políticas de educação sexual para os jovens e para suas famílias; as medidas de atenção à pobreza e à vulnerabilidade social públicas e privadas devem priorizar as famílias que possuem crianças e adolescente como seus integrantes.

6. CONCLUSÃO

A fragilidade do regime democrático brasileiro traz à tona o problema da não efetividade dos direitos fundamentais, maximiza o drama vivido por milhões de brasileiros que se encontram em situação de pobreza extrema, de desemprego, de analfabetismo e de violência, que os coloca em situação de risco e de vulnerabilidade. Para eles não há a concretização de direitos fundamentais básicos como saúde, educação e moradia, pilares de um desenvolvimento humano digno e satisfatório, de maneira que o discurso democrático passa a ser comprovadamente uma atividade retórica.

Nesse cenário, muitos meninos e meninas brasileiros, que pela sua própria condição de pessoas em desenvolvimento já se veem vulnerabilizados, não encontram guarida nem no Estado, nem na família e nem na sociedade, se vendo espoliados em seus direitos fundamentais e excluídos socialmente.

É urgente e necessário um maior empenho no tocante à realização da dignidade e dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. O Estado deve proteger e promover a infância e a juventude, por meio de políticas públicas de inclusão, de assistência especializada. O Poder Judiciário deve aplicar a Constituição Federal e as normas infraconstitucionais que estão em harmonia com a Carta Magna, punindo severamente o abuso e a exploração sexual de crianças e adolescentes.

As famílias devem acompanhar de perto o crescimento e o amadurecimento de suas crianças e jovens, conferindo-lhes um ambiente propício para o desenvolvimento de suas atividades. E a sociedade também precisa atentar para as premissas de prioridade, de proteção integral e absoluta, inauguradas pela nova dinâmica constitucional brasileira, deixando a salvo crianças e adolescentes de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Dessa forma, percebe-se que o princípio da solidariedade e a responsabilidade tripartite não têm sido suficientes para garantir eficiência às medidas públicas, tampouco às ações das famílias e da sociedade civil, no que se refere à proteção da juventude brasileira. As famílias têm sido omissas no cuidado com seus jovens e, por vezes, são os violadores de seus direitos. O Estado e a sociedade civil mostram-se alheios e incapazes de avançar na garantia do bem-estar dessas pessoas.

Diante disso, defende-se que, para além dos marcos normativos, tenha-se meios de monitoramento dessas ações, a fim de que se proceda aos alinhamentos necessários ao respeito do preconizado, especialmente, pela CF/88 e pelo ECA.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ANDRADE, Denise Almeida de; RODRIGUES, Barbara de Sousa. Violencia sexual e trafico internacional de crianças e adolescentes: aproximações e diferenças. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; JUCA, Roberta Laena Costa; COSTA, Andreia da Silva (orgs.). **Genero e Trafico de Mulheres**. Florianopolis: Conceito, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2013

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Traduzido por Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro, Zahar, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos e direito de família**. Curitiba: Juruá, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1941.

COMITÊ NACIONAL DE ENFRENTAMENTO À VIOLENCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES. **18 de maio** – Caderno temático: Direitos Sexuais são direitos humanos. Coletânea de textos. Brasília: Comitê Nacional de Enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes, 2008.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIGUEIREDO, Dalila; NOVAES, Marina M. Aspectos legais do tráfico de crianças e adolescentes para fins de exploração sexual: apoio, orientação e acompanhamento jurídico. In: PARTNERS OF THE AMERICA. **Programa de Assistência a Crianças e Adolescentes Vítimas de Tráfico para fins de Exploração Sexual**. Sistematização. Coletânea 3: Metodologia. Fortaleza: Expressão Gráfica, s/d.

LEAL, Maria Lúcia Pinto. **A exploração sexual comercial de meninos, meninas e adolescentes na América Latina e Caribe** – Relatório final (Brasil). 2. ed., Brasília: CECRIA, 1999.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

_____. Os direitos sexuais e reprodutivos das crianças e dos adolescentes no âmbito da educação sexual. **Revista NEJ** – Eletrônica, v. 16, n. 2, p. 106-120, maio/ago. 2011.

_____. Discriminação de gênero contra as mulheres e a violência sexual. In: _____; MAUÉS, Antonio Moreira (orgs.). **A eficácia nacional e internacional dos direitos humanos**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013, p.15-26.

MAIA, Christianny Diógenes; VIDAL, Juan Pablo Colera; FRANÇA, Wallace Fernandes da. Crianças e adolescentes como sujeitos de direitos. In: MAIA, Christianny Diógenes; ANDRADE, Denise Almeida (orgs.). **Direitos humanos in legis**: a criança e o adolescente como sujeito de direito. Fortaleza: Faculdade Christus, 2010.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Lecciones de derechos fundamentales**. Madrid: Dykison, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos da Criança. **Biblioteca virtual de direitos humanos da Universidade de São Paulo**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>>. Acesso em: 12 nov. 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013..

SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Direitos sexuais como um direito humano. **Revista Direito e Justiça: reflexões sociojurídicas**, ano X, n. 15, nov. 2010. Disponível em: <https://ficheros-2013.s3.amazonaws.com/02/08/Im_1_3_418588854_in1_17_30.pdf?AWSAccessKeyId=1V02D0W3KSR4KHZ90B82&Expires=1417113747&Signature=z0vgBwVt%2BNLrqxDpovBjgH6jk%3D> . Acesso em 24 nov. 2014.

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Boas práticas de responsabilidade social corporativa no enfrentamento de violações de direitos humanos de crianças e adolescentes**. Rio de Janeiro: Terra dos Homens, 2014. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/bibliotecavirtual/criancas-e-adolescentes/publicacoes-2014/pdfs/boas-praticas-de-responsabilidade-social-corporativa-no-enfrentamento-de-violacoes-de-direitos-humanos-de-criancas-e-adolescentes-3>> . Acesso em: 25 maio 2015.

SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Bauru: EDUSC, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **Compreender Direito: nas brechas da lei**. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TRINDADE, Eliane. **As meninas da esquina: diários dos sonhos, dores e aventuras de seis adolescentes do Brasil**. Rio de Janeiro: Record, 2005.

WAILSELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2012: crianças e adolescentes do Brasil**. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.crianca.df.gov.br/biblioteca-virtual/doc_download/158-mapa-da-violencia-criancas-e-adolescentes-2012-.html> . Acesso em 29 maio 2015.

* Recebido em 10 out. 2015.



FUNÇÃO TRIBUTÁRIA E ACIDENTES LABORATIVOS: UMA ANÁLISE DOS CUSTOS TRANSACIONAIS

*Antônio Bazilio Floriani Neto**

*Márcia Carla Pereira Ribeiro***

Resumo

Este artigo analisa os efeitos do modelo brasileiro de proteção ao trabalhador sob a perspectiva da análise econômica do direito. Após examinar as medidas tomadas pelo Estado na prossecução desse fim, observa-se a criação de um sistema punitivo, tratando a questão como um problema de natureza individual. Por conta disso, as atenções são voltadas à identificação do causador do dano e como coibi-lo, o que pode esconder deficiências na fiscalização e na prevenção de acidentes. Neste passo, o manejo do instrumento tributário assume função de punir a empresa cujo trabalhador sofreu um acidente do trabalho. Após analisar os estudos de Ronald Coase, bem como aqueles realizados na seara dos custos de transação, o presente texto aponta a necessidade de mudança de paradigma, no sentido de privilegiar a boa empresa e à prevenção de infortúnios. Se, por um lado, uma maior tributação pode gerar mais precaução do empregador, por outro, mostra que os custos de transação podem impedir investimentos na resolução do problema. Esta relação entre tributo e acidentes de trabalho é importante para conferir maior proteção ao trabalhador e ser mais justa com o empregador.

Palavras-chave

Tributação. Acidente de trabalho. Análise Econômica do Direito. Intervenção do Estado. Custos de transação.

TAX BURDEN AND WORK ACCIDENTS: AN ANALYSIS OF TRANSACTION COSTS

Abstract

This article analyzes the effects of the Brazilian model of worker protection, from the perspective of economic analysis of law. After reviewing the measures taken by the State in pursuit

* Doutorando, mestre em direito econômico pela PUCPR. Possui graduação em direito e especialização em direito previdenciário pela PUC/PR. Membro da Comissão de Direito Previdenciário da OAB-PR. Autor da obra "Seguro de Acidentes do Trabalho: voracidade fiscal, empresas e economia", publicada pela Editora LTr. Editor da Revista de Direito Empresarial (RDEMP).

** Doutora em Direito pela UFPR, em Curitiba/PR, Brasil, Estágio de Pós-doutorado pela FGVSP (2005-2006), Pós-Doutorado pela Universidade de Lisboa (2011/2012), Pesquisadora Convidada da Université de Montréal/CA (2007), Professora Associada de Direito Empresarial UFPR, Estágio de Pós-Doutorado pela FGVSP (2005-2006), Pós-Doutorado pela Universidade de Lisboa (2011/2012), Pesquisadora Convidada da Université de Montréal/CA (2007), Bolsista de Produtividade da Fundação Araucária, Procuradora do Estado.

of that goal, this paper identifies the creation of a punitive system that treats the issue as an individual nature problem. In this context, attentions are focused on the identification of the offender and to restrain him, which can hide deficiencies in the surveillance and prevention of accidents. In this step, the management of the tax instrument takes function to punish the company whose employee has suffered a work accident. After reviewing studies of Ronald Coase, as well as those performed on the field of transaction costs, this article presents points the need for a change in the panorama, which can not be fair with company, nor act to prevent misfortunes. If higher taxation is believed to open the employer's to the risk of accidents, on the other hand shows that transaction costs may block investments to solve the problem. This relationship between tax and workplace accidents is important to provide better protection to workers and to be fairer to the company.

Keywords

Tributary. Accident. Economic Analysis of Law. State intervention. Transaction costs.

1. INTRODUÇÃO

Ao se deparar com o caso de uma fábrica responsável por poluir o meio ambiente e, assim, causar danos para seus vizinhos, Arthur Cecil Pigou, em *The Economics of Welfare*, propôs como solução do problema punir o responsável por meio da tributação. Com o mesmo propósito, mas com a finalidade de reduzir o número de acidentes do trabalho, o Estado brasileiro intervém no meio ambiente laborativo, partindo da premissa de que o tributo constitui um mecanismo eficaz em duas frentes: conscientização acerca dos riscos inerentes ao trabalho e punição dos empregadores negligentes. Nesta esteira, o manejo deste instrumento abre caminho não só para onerar os cofres públicos, mas também para induzir condutas socialmente desejadas.

No entanto, a questão a ser discutida são os efeitos de tratar isoladamente um problema de natureza recíproca: como por exemplo aumentar significativamente os custos transacionais aos empregadores e inviabilizar a adoção de condutas destinadas à prevenção de acidentes.

Diante deste cenário, o presente artigo utiliza-se dos métodos dedutivo e indutivo, com exame de casos concretos, a fim de obter conclusões gerais acerca do tema.

Inicialmente breves considerações sobre a forma de custeio para a Seguridade Social tornam-se necessárias, com enfoque especial no aspecto tributário constitucional.

Na sequência, será analisado o modelo legal brasileiro de proteção ao trabalhador e, ao final, propõe-se examinar as condutas escolhidas pelo poder estatal utilizando conceitos do movimento denominado Direito e Economia, em especial aqueles contidos nas obras de Ronald Coase, Douglass North e Williamson.

2. A PROTEÇÃO SOCIAL NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A Constituição de 1988 criou um princípio de proteção social até então inexistente em solo pátrio, pautado na universalidade da cobertura e do atendimento, com finalidade de proteger os cidadãos nas áreas da saúde, da assistência e da previdência¹.

Não por acaso dedicou um título próprio, da Ordem Social, para dispor sobre este latente tema. Ao se analisar os dispositivos constitucionais insertos no título VIII, verifica-se que a Seguridade Social é formada pela união conjunta do poder estatal e de toda a sociedade. Quanto às responsabilidades de cada um, ao Estado recai o dever de implementar ações no intuito de atender às necessidades sociais, traço este decorrente de um modelo interventor, que visa assegurar padrões mínimos de vida ao indivíduo. Para a Previdência Social, foco deste trabalho, o artigo 201 do texto constitucional de 1988 estipulou os riscos a serem cobertos pelo INSS, como por exemplo a idade avançada, a morte, a doença, a proteção à maternidade e ao trabalhador em situação de desemprego involuntário, dentre outros. Logo, o sistema de seguro social possui diversas prestações (*v.g. auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, pensão por morte, aposentadorias*), as quais são distribuídas aos segurados conforme a qualidade de filiação e necessidade apresentada.

Já a sociedade tem a responsabilidade de financiar o sistema por intermédio das contribuições sociais, conforme expressamente estabelece o artigo 195², da Constituição de 1988. Neste contexto, cabe lembrar que as receitas di-

¹ **Art. 194.** A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”

² **Art. 195.** A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:
a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;
c) o lucro;

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

[...]

retas advêm somente da Previdência, pois a Saúde constitui um direito de todos e dever do Estado³, ao passo que Assistência será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição⁴.

O artigo 195, da Magna Carta, portanto, pode ser considerado o responsável por racionalizar a forma de custeio da Seguridade Social brasileira, composta pelas contribuições sociais dos empregadores, da empresa e da entidade a ela equiparada (inciso I), dos trabalhadores e demais segurados da previdência social (inciso II), sobre a receita de concursos de prognósticos (inciso III) e do importador de bens ou serviços do exterior (inciso IV).

Como se observa, é um sistema essencialmente contributivo, cujo objetivo é harmonizar os gastos decorrentes das prestações fornecidas com a realidade financeira. Ao Estado, cabe geri-lo e conceder as prestações. A sociedade, por sua vez, deve financiá-lo.

Assentadas estas premissas, o problema a ser analisado advém da justificativa apresentada pelo Estado acerca da superação das receitas pelos gastos⁵, razão pela qual se tem tomado medidas mais drásticas em relação aos empregadores. Mais especificamente, analisar-se-á esta conduta estatal em relação aos acidentes de trabalho.

3. O MODELO BRASILEIRO DE PROTEÇÃO À SEGURANÇA DO TRABALHADOR

O ponto central deste modelo está na ocorrência (ou na possibilidade de ocorrer) um acidente de trabalho. Mas quais seriam os motivos que levam o poder estatal a se preocupar com o mencionado infortúnio e, mais especificamente, com o empregador?

O primeiro deles é o fato de que um vínculo de emprego torna o obreiro segurado obrigatório da Previdência Social (como estabelece o artigo 11, I, a, da Lei 8.213/91), além da responsabilidade pelo recolhimento da contribuição

³ **Art. 196.** A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

⁴ **Art. 203.** A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:”

⁵ Conforme é comumente veiculado na mídia, apesar de tais informações serem questionáveis, como apontam os estudos da Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal (ANFIP), em especial a Análise da Seguridade Social 2013 Disponível em: <http://www.anfip.org.br/publicacoes/20140903125923_Analise-da-Seguridade-Social-2013_03-09-2014_Analise-da-SS-2013-integra.pdf>. Como exemplo do suposto *déficit*, a página eletrônica do Ministério da Previdência Social, em 29/01/2014, publicou uma notícia de que o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) apresentou um rombo de R\$51,3 bilhões no ano de 2013. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/noticias/regime-geral-de-previdencia-social-tem-deficit-de-513-bilhoes-em-2013/>>, acesso em 30/07/2014, às 9h.

previdenciária ser da empresa (art. 30, I, a, da Lei 8.212/91). Como consequência da condição de segurado, o empregado poderá fazer jus às prestações oferecidas pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Neste passo, tem-se que o segundo motivo para a preocupação com os acidentes de trabalho pode decorrer da facilidade legal na obtenção de um benefício previdenciário. Esta premissa se fundamenta no fato que independe de carência⁶ as prestações auxílio-acidente⁷, auxílio-doença⁸ ou aposentadoria por invalidez⁹ nos casos de acidente de qualquer natureza e de doença profissional ou do trabalho¹⁰. Vale dizer, se jamais o obreiro tiver contribuído para os cofres previdenciários e no primeiro dia de trabalho sofrer um acidente que o impeça de exercer atividade laborativa, a Previdência terá que lhe conceder uma prestação.

Assim, chega-se ao terceiro ponto: a ocorrência de um acidente gera custos para o INSS, bem como para o Sistema Único de Saúde (SUS), no qual o cidadão poderá buscar atendimento de forma gratuita¹¹.

⁶ Lei 8.213/91 “Art. 24. Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências.”

⁷ Lei 8.213/91 “Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.”

⁸ Lei 8.213/91 “Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.”

⁹ Lei 8.213/91 “Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.”

¹⁰ Lei 8.213/91 “Art. 26. Independente de carência a concessão das seguintes prestações:
[...]

II - auxílio-doença e aposentadoria por invalidez nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, bem como nos casos de segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido de alguma das doenças e afecções especificadas em lista elaborada pelos Ministérios da Saúde e do Trabalho e da Previdência Social a cada três anos, de acordo com os critérios de estigma, deformação, mutilação, deficiência, ou outro fator que lhe confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado;
[...]

¹¹ Como destacado pela própria Previdência Social em seu site: “Em 2011 foram registrados 711.164 acidentes e doenças do trabalho, entre os trabalhadores assegurados da Previdência Social. Observem que este número, que já é alarmante, não inclui os trabalhadores autônomos (contribuintes individuais) e as empregadas domésticas. Estes eventos provocam enorme impacto social, econômico e sobre a saúde pública no Brasil. Entre esses registros contabilizou-se 15.083 doenças relacionadas ao trabalho, e parte destes acidentes e doenças tiveram como consequência o afastamento das atividades de 611.576 trabalhadores devido à incapacidade temporária (309.631 até 15 dias e 301.945 com tempo de afastamento superior a 15 dias), 14.811 trabalhadores por incapacidade permanente, e o óbito de 2.884 cidadãos.” <http://www.previdencia.gov.br/estatisticas/> - acesso em 27/07/2014, às 9h.

Ocorre que ao invés de criar medidas preventivas, aumentar a fiscalização no ambiente de trabalho ou até mesmo oferecer condições financeiramente vantajosas para compra de maquinário mais seguro para os trabalhadores, opta a Previdência Social por criar um modelo baseado na ofensa-punição, conforme se passa a expor.

3.1. O Seguro de Acidentes do Trabalho

O Seguro de Acidentes do Trabalho (SAT) é uma contribuição social a cargo da empresa, incidente sobre a folha de salários e cuja finalidade é custear o benefício previdenciário denominado aposentadoria especial¹².

Cabe destacar que o SAT constitui uma alíquota variável de 1% a 3%, incidente sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos. Os mencionados percentuais, por sua vez, são definidos conforme o risco de acidente do trabalho na empresa, ou seja, para aquelas cujo risco é considerado leve, a alíquota será de 1%, ao passo que nas empresas cuja atividade preponderante seja submetida a risco médio terão uma alíquota de 2%, enquanto para o risco grave é aplicada a maior delas, de 3%.

A gravidade do risco inerente à atividade empresarial, importante destacar, é definida com base na Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE).

Para Paulo Rogério Albuquerque Oliveira¹³ todas as empresas possuem duas facetas existenciais: (i) uma chamada de individual, definida pelo seu CNPJ e outra (ii) coletiva, “[...] dada pelo CNAE ao qual pertence o CNPJ, em perspectiva externa *corporis*, em que a parte representa o todo e o todo prenuncia a parte”. Assim sendo, para fins do SAT, as empresas são agrupadas com base na CNAE.

Para melhor compreender esta metodologia, toma-se um exemplo prático. A subclasse do CNAE 8610¹⁴ diz respeito a atividades de atendimento hospitalar, a qual compreende serviços de internação em hospitais gerais e especializados, maternidades, incluem serviços médicos, de laboratório, radiológicos, de centros cirúrgicos. Logo, todas as empresas cadastradas na CNAE sob

¹² Benefício concedido ao obreiro que tenha trabalhado por 15, 20 ou 25 anos expostos a agentes nocivos, cuja previsão encontra-se na Lei 8.213/91, artigos 57 e 58.

¹³ ALBUQUERQUE-OLIVEIRA, Paulo Rogério. **Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário NTEP e o Fator Acidentário de Prevenção FAP: Um Novo Olhar Sobre a Saúde do Trabalhador.** 2008. 244 f. Tese (Doutorado em Ciência da Saúde) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 34.

¹⁴ Disponível em: <http://www.cnae.ibge.gov.br/classe.asp?codclasse=8610-1&Tabela-Busca=CNAE_201@CNAE%202.1%20-%20Subclasses@0@cnaefiscal@0>. Acesso em: 25/07/2014.

o código 8610 terão a mesma alíquota SAT, de 2%, conforme estabelece o Decreto 3.048/99, em seu anexo V.

Todavia, este procedimento, por si só, não conseguiu privilegiar o bom empregador em detrimento de seu concorrente direto, descumpredor das normas de segurança do trabalho. Vale dizer, o fato de a alíquota ser definida somente pela CNAE desconsidera os índices de accidentalidade, colocando em situação de igualdade empresas diferentes. Esta premissa se assenta pelo fato de que apesar de muitas delas [...] realizarem atividades *a priori* de elevado risco de acidentes, possuem baixos índices em razão de pesados investimentos em treinamento e prevenção" (IBRAHIM, 2014, p. 266).

Neste contexto, o ideal seria efetuar uma cobrança diferenciada do SAT, a fim de estimular práticas voltadas ao cuidado da saúde e da integridade física dos obreiros, pois ao tomarmos como exemplo o código 8610 da CNAE, caso apenas uma das empresas de serviços hospitalares invista em segurança dos seus trabalhadores, compre maquinário mais seguro, equipamentos de proteção individual e coletiva mais eficazes, não será distinguida, tampouco tributada de forma diferenciada daquela que simplesmente optou por ignorar as normas protetivas.

Por conta desta incongruência, novos mecanismos foram implementados para combater os acidentes de trabalho e aprimorar o sistema de proteção social, trata-se do Fator Accidental de Prevenção (FAP), da criação do Nexo Técnico Epidemiológico (NTEP) e das ações regressivas.

3.2. O Fator Accidental de Prevenção

O artigo 22, da Lei 8.212/91, responsável pela redação do SAT, em seu § 3º previu a possibilidade de modificar as alíquotas de 1% a 3% com base nas estatísticas de acidentes do trabalho, a fim de estimular investimentos de prevenção de acidentes.

Neste passo, coube a Lei 10.666/2003, em seu artigo 10¹⁵, dispor sobre o FAP, um multiplicador que pode reduzir as alíquotas do SAT em até 50% ou majorá-las em até 100%.

¹⁵ "Art. 10. A alíquota de contribuição de um, dois ou três por cento, destinada ao financiamento do benefício de aposentadoria especial ou daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, poderá ser reduzida, em até cinqüenta por cento, ou aumentada, em até cem por cento, conforme dispuuser o regulamento, em razão do desempenho da empresa em relação à respectiva atividade econômica, apurado em conformidade com os resultados obtidos a partir dos índices de freqüência, gravidade e custo, calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social."

Este multiplicador é determinado por três variáveis: (i) quantidade de enfermidades relacionadas ao trabalho na empresa, (ii) duração diária dos benefícios concedidos pelo INSS em virtude do acidente de trabalho e (iii) somatória do valor gasto pela Previdência.

Contudo, o seu principal problema foi a ausência de previsão legal da metodologia de cálculo, ou seja, a Lei 10.666/2003, em seu artigo 10, delegou tal tarefa a um regulamento, em flagrante ofensa ao princípio da legalidade tributária, artigo 150, I, da Constituição Federal.

Diz-se isto porque a mencionada norma vedava a exigência ou o aumento de tributo sem que tenha sido estabelecido em lei. Nesta esteira, questiona-se como poderá haver a correção das imperfeições apontadas no SAT, se o FAP não induz o empresário em conformidade com os ditames legais? Vale dizer, o avanço buscado para proteção da saúde do trabalhador pode ter sua eficácia comprometida por vícios de legalidade e constitucionalidade. E o pior

No caso em tela é justamente a mais grave das inconstitucionalidades que acomete a metodologia do FAP aplicada ao SAT/RAT: a ausência de respeito ao princípio da reserva legal tributária, pois, a referida metodologia afeta um dos critérios mais importantes pela unanimidade de doutrinadores e decisões: o critério quantitativo, o qual se compõe de base de cálculo e alíquota. (FOLMANN, VIANNA, 2010, p. 96)

Ora, se a metodologia de cálculo não é clara, tampouco prevista em lei, há enorme dificuldade para que a empresa saiba como obter o desconto prometido. Restará comprometida a segurança jurídica, identificada na relação jurídica tributária, segundo SCHOUERI (2008, p. 145) “[...] na previsão de normas expressas de proteção da legalidade, da anterioridade e da irretroatividade”.

Acerca deste princípio Humberto Ávila (2012, p. 95) comenta:

O princípio da segurança jurídica determina a busca dos ideias de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito[...]. Como o princípio da segurança jurídica delimita os contornos daquilo que é indispensável para que o cidadão possa, de acordo com o Direito, plasmar o seu presente e planejar, livre e autonomamente, sem engano ou injustificada surpresa, o seu futuro, inquiri-lo é, a um só tempo, investigar, de um lado, os direitos de liberdade, de igualdade e de dignidade e, de outro, os princípios relativos a atuação estatal

Feitas estas considerações, cumpre abordar nos itens subsequentes, o Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário (NTEP) e as ações regressivas.

3.3. O Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário (NTEP)

A Lei 11.430/2006 foi a responsável por acrescentar o artigo 21-A à Lei 8.213/91 e, com isso, autorizar a perícia médica do INSS a relacionar a enfermidade do segurado, representada pela Classificação Internacional de Doenças (CID), com o trabalho exercido, reproduzido pela atividade da empresa (CNAE).

Basicamente, a filosofia intrínseca ao NTEP pode ser resumida com a seguinte pergunta: “Será que não é o meio ambiente do trabalho, assim entendido o empreendimento econômico sintetizado pela CNAE, que está doente e, por conseguinte adoecedor daquele que nele labora?” (ALBUQUERQUE-OLIVEIRA, 2008, p. 108).

Tal nexo acabou por extinguir qualquer investigação técnica acerca de uma possível relação entre doença e trabalho, de modo que o acidente passou a ser configurado de forma presumida. Em outros termos, o NTEP trouxe para o núcleo de investigação o meio ambiente laborativo, como elemento determinante da doença (ALBUQUERQUE-OLIVEIRA, 2008, p. 108).

A correlação existente entre o CID e o CNAE foi abordada pelo Decreto 3.048/99¹⁶, responsável por apresentar, em seu anexo II, lista C, tabelas que compararam o intervalo CID-10 com o CNAE. Ao se procurar o CNAE 8610, verifica-se que está relacionado ao CID's do intervalo A15-A19, F30-39, G50-59, K35-38, L60-75, dentre outros.

No que se refere ao CID F30-39¹⁷, este diz respeito a transtornos do humor, por conta disso, abrange o transtorno afetivo bipolar (F31), episódios depressivos (F32), transtorno depressivo recorrente (F33). Assim sendo, caso um empregado de um hospital apresente transtorno afetivo bipolar e um dia passe por avaliação da Previdência Social, sua doença será considerada como decorrente de trabalho desenvolvido. E o que é ainda mais grave, a concessão de um benefício acidentário gera a estabilidade de 12 (doze) meses para o trabalhador¹⁸.

¹⁶ **Art. 337.** O acidente do trabalho será caracterizado tecnicamente pela perícia médica do INSS, mediante a identificação do nexo entre o trabalho e o agravo.

[...]

§ 3º Considera-se estabelecido o nexo entre o trabalho e o agravo quando se verificar nexo técnico epidemiológico entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade, elencada na Classificação Internacional de Doenças - CID em conformidade com o disposto na Lista C do Anexo II deste Regulamento.

[...]

¹⁷ Disponível em: <<http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/cid10.htm>> Acesso em: 01/08/2014.

¹⁸ **Lei 8.213/91.** **Art. 118.** O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.”

Nesta esteira, podem ser suscitados questionamentos se o ambiente de trabalho constitui efetivamente causa determinante para tal doença, ou seja, se não ela não teria origens biológicas, neuroquímicas, até porque está relacionada a reações químicas do cérebro, com alterações de serotonina e noradrenalina¹⁹.

Cabe destacar, ainda, que de acordo com informações veiculadas pela própria Previdência Social em seu site²⁰, o NTEP gerou um incremento de 148% na ordem de benefícios auxílio-doença acidentários concedidos. Não bastasse isto, a presença do NTEP abre margem para o enquadramento no parágrafo único do artigo 927, do Código Civil, o qual impõe o dever de reparação dos danos àquele que o fez por ato ilícito (DALLEGRAVE NETO, 2007, p.149).

Assentadas estas premissas, chega-se às ações regressivas, outro mecanismo utilizado para proteção à saúde do trabalhador, segundo a Previdência Social.

3.4. As ações regressivas

Estas ações, previstas no artigo 120, da Lei 8.213/91, têm como objeto ressarcir os cofres públicos dos gastos decorrentes da concessão de benefícios relacionados ao trabalho (dentre os quais está o auxílio-doença acidentário). De acordo com o mencionado dispositivo, as ações regressivas têm cabimento nos casos de negligência dos empregadores quanto às normas de segurança dos trabalhadores. No entanto, o INSS fez da exceção a regra²¹, e amparado pelo NTEP, toda vez em que uma doença é relacionada ao trabalho e for concedido o benefício acidentário, pode ser ajuizada.

Defende a autarquia previdenciária a premissa de que “mais do que punitivas, tais ações possuem caráter pedagógico, pois estimulam as empresas a buscarem a prevenção de acidentes”²².

¹⁹ Disponível em: <<http://www.einstein.br/einstein-saude/em-dia-com-a-saude/Paginas/trans-torno-bipolar-a-vida-na-montanha-russa.aspx>> Acesso em: 01/08/ 2014.

²⁰ Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/menu-saude-e-seguranca-ocupacional-nexo-tecnico-epidemiologico-previdenciario-ntep/>> Acesso em: 01/08/2014.

²¹ Se na lei consta expressamente que o cabimento se dá em casos de negligência, no site da Previdência, já é feita referência a outros requisitos para proposição da ação. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/noticias/acoes-regressivas-reuniao-entre-brasil-e-alemanha-discute-impacto-dos-acidentes-para-a-previdencia/>> acesso 01/08/2014, às 19h.

²² Conforme disse Fernando Maciel, da Procuradoria Federal Especializada junto ao Instituto Nacional do Seguro Social (PFE/INSS), em reunião técnica realizada entre o Brasil e a Alemanha sobre “Saúde do Trabalhador: Ações e Perspectivas”, no Ministério da Previdência Social, em Brasília: Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/noticias/acoes-regressivas-reuniao-entre-brasil-e-alemanha-discute-impacto-dos-acidentes-para-a-previdencia/>> Acesso em: 01/08/2014.

Ocorre que, na prática, observa-se uma clara intenção pecuniária neste mecanismo, pois conforme dados veiculados pela própria Previdência, haveria aproximadamente 3.181 destas ações em andamento, com previsão de recebimento de US\$250 milhões de dólares. Não bastasse tal, no ano de 2013, as ações encerradas trouxeram de volta aos cofres públicos US\$2,4 milhões de dólares²³.

Exposta a forma de atuação na prevenção de acidentes de trabalho, passa-se ao exame de tal conduta sob a ótica da análise econômica do direito.

4. O PAPEL DO DIREITO - ANÁLISE DO TEMA A PARTIR DA FUNÇÃO PUNITIVA

O que se extrai do modelo brasileiro de proteção ao trabalhador é a sua fundamentação no aumento da carga tributária (SAT, FAP), bem como na transferência de mais responsabilidades para o empregador, entendido como o causador de uma moléstia por meio da relação da atividade da empresa com o CID do empregado e também por conta das ações regressivas.

Parte-se do pressuposto que a empresa é a responsável pelos males causados ao trabalhador e, portanto, deve ser punida pelo Estado.

Nesta esteira, as condutas adotadas pela Previdência Social brasileira demonstram a total falta de cooperação existente entre empresa e Estado, pois este vê aquela como o cerne do problema, em uma situação que se assemelha à distinção entre o produto social e privado, proposta por Pigou em *"The Economics of Welfare"* (1932, Part II, Chapter IX). Diz-se isto porque quando o dano é identificado (ofensa à saúde do obreiro), o sistema pátrio tem dirigido suas atenções para punir a empresa.

Assim, cria-se um sistema punitivo, em que as partes não cooperam. Vale dizer, os *players* não atuam em prol de um interesse comum, não há ênfase no aumento da importância do futuro em relação ao presente, como ocorreria por meio de incentivos na compra de equipamentos que melhor preservassem a saúde dos trabalhadores. Tampouco são ensinados valores que poderiam promover a cooperação, como o aumento da fiscalização por parte da Administração Pública, que opta por criar o NTEP. Igualmente não são observadas recompensas aos jogadores, eis que o vício de legalidade inerente ao FAP, impede sua concretização. Estas três categorias, segundo Axelrod (2010, p. 118), são importantes para proporcionar a cooperação.

Feitas estas considerações e com base nos estudos de Ronald Coase, propõe-se demonstrar a necessidade de uma mudança de abordagem, pois a

²³ Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/noticias/acoes-regressivas-reuniao-entre-brasil-e-alemanha-discute-impacto-dos-acidentes-para-a-previdencia/>> Acesso em: 01/08/2014.

questão envolve um problema de natureza recíproca. Por conta disso, somente a remoção da deficiência encontrada, não é capaz para elidir a controvérsia.

Para sustentar este raciocínio inicialmente far-se-á uso das considerações tecidas por Coase em seu artigo intitulado “O Problema do Custo Social” como forma de analisar a situação sob uma nova ótica, para então chegarmos aos custos de transação.

4.1. O teorema de Coase

Com o objetivo de analisar as ações das *business firms* que causavam efeitos prejudiciais para terceiros, em 1960, Ronald Coase publicou o artigo “O Problema do Custo Social” no *Journal of Law and Economics*.

O ganhador do prêmio Nobel de economia em 1991 propôs uma ruptura com o pensamento vigente àquela época, o qual tomava por base o pensamento de Pigou e se pautava pela distinção entre o produto social e o privado²⁴. Partindo desta premissa e para melhor ilustrar o seu raciocínio, Coase utiliza o exemplo de como seria resolvido o caso de uma fábrica responsável por poluir o meio ambiente e causar danos para seus vizinhos. De acordo com a distinção entre o produto social do privado, se a fábrica produz um prejuízo a alguém, seria feito o seguinte questionamento: como devemos coibir o causador do problema? (COASE, 1960, p. 1).

Como consequência desta análise, quando os economistas e juristas influenciados pelas premissas de Pigou se deparavam com o caso da fábrica poluidora, chegavam a três conclusões óbvias: (i) o dono da fábrica deveria ser responsabilizado pelos prejuízos causados a terceiros; (ii) deveria ser estabelecida uma punição ao dono, como por exemplo a majoração de sua carga tributária com base nos danos produzidos; e, por fim, (iii) seria necessária a remoção da fábrica das áreas residenciais (COASE, 1960, p.1-2).

Coase (2008, p. 35) sustenta que a divergência entre os produtos social e privado volta suas atenções para as deficiências particulares existentes no sistema, criando-se, assim, um ambiente em que a remoção da deficiência é suficiente para elidir o problema.

O economista norte-americano ainda elucida que “tal enfoque desvia a atenção das outras mudanças no sistema, as quais estão, inevitavelmente, associadas com as medidas corretivas[...]” (COASE, 1960, p. 35).

²⁴ Sobre a questão, Coase afirma: “A análise em termos de divergências entre os produtos privado e social concentra-se nas deficiências particulares existentes no sistema e tende a fomentar a crença de que qualquer medida capaz de remover a deficiência é, necessariamente, desejável. Tal enfoque desvia a atenção das outras mudanças no sistema, as quais estão, inevitavelmente, associadas com as medidas corretivas: mudanças que podem muito bem produzir mais prejuízos do que a deficiência original” (1960, p. 35).

Ao traçar-se um paralelo com o atual modelo brasileiro de proteção ao trabalhador, a mesma pergunta parece estar sendo formulada quando há a ocorrência de um acidente de trabalho: quem é o causador do problema? Como deve ser coibido?

Assim sendo, diante de um infortúnio decorrente da atividade laborativa, a Previdência Social se vale do aumento da carga tributária para punir o responsável ou, ainda, maneja as ações regressivas. Ocorre que em ambos os casos as atenções são voltadas para uma possível deficiência particular da empresa, como por exemplo a negligência quanto às normas de segurança do trabalho.

Deste modo, são mascaradas certas falhas do sistema, como a ausência de fiscalização por parte do Estado ou a impossibilidade de redução do tributo por conta de um vício de legalidade contido no FAP. Esta forma de orientação do raciocínio, portanto, é equivocada, eis que o problema possui natureza recíproca.

Ademais, a implementação de um sistema fundado na ofensa-punição se limita a causar um efetivo prejuízo ao causador do dano. No que se refere a um sistema tributário com este escopo, os custos podem ser tão elevados que impeçam o causador de investir na prevenção do dano (COASE, 1960, p. 34). Diz-se isto porque representam custos de transação para o empregador. Logo, quanto maiores forem às punições, menor será a sua verba destinada para atuar na prevenção de acidentes, por exemplo.

Cristiano Carvalho (2012, p. 263) exprime bem o teorema de Coase em uma versão bastante simplificada e didática: direitos de propriedade definidos e objetivos + custos de transação baixos = eficiência econômica.

Nesta esteira, o Coase se opõe ao pensamento daqueles que entendiam ser o tributo um mecanismo de punição e, portanto, deveria variar de acordo com o prejuízo causado (1960, p. 33).

No entanto, Coase formulou seu teorema partindo do pressuposto de que a barganha seria um mecanismo eficaz de redução dos custos de transação e de resolução de questões como o caso da fábrica poluidora. Por conta disso, acreditava que um acordo entre as partes seria mais benéfico do que a própria Lei.

Dentre as críticas ao mencionado Teorema, Cooter e Ullen (2010, p. 103-104) enumeram as principais: (i) seria ineficaz ao longo prazo, pois custos e preços se modificam com o passar do tempo; (ii) a invariância, isto é, confere maior importância à barganha, em detrimento do direito; (iii) existem efeitos da dotação, ou seja, pessoas podem exigir mais do que um produto realmente vale para se desfazer dele e, por fim, (iv) o fato de que normas sociais “evoluem para fazer frente a custos externos, sem negociação ou lei”.

De fato estas críticas foram pertinentes, mas o objetivo da abordagem das ideias de Coase é demonstrar a sua pertinência em relação à forma como está se promovendo a segurança do trabalhador, baseada na oneração da empresa. Neste contexto, Marcia Carla Pereira Ribeiro (2011, p. 64) ensina que o enfoque de Coase sobre a divergência entre os produtos privado e social possibilitou “[...] a discussão sobre os arranjos sociais mais eficientes, ao invés da escolha maximizadora de cada parte ou da imposição governamental de determinada solução [...]. Este é o ponto em discussão.

Sabe-se que somente a barganha não constituirá um mecanismo eficaz para reduzir os acidentes no meio ambiente laborativo, no entanto Coase foi hábil em explicar um fenômeno a partir de um modelo, eis que a partir deste “[...] percebem-se as falhas no sistema real, empiricamente verificável” (CARVALHO, 2012, p. 263).

Nesta esteira, são abordados os custos transacionais decorrentes do modelo pátrio de proteção ao trabalhador.

5. CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Cooter e Ullen (2012, p. 105) definem os custos transacionais como aqueles inerentes às trocas ou ao comércio. Para melhor explicar esta premissa, os autores destacam que haveria três passos em uma transação, quais sejam: (i) localizar um parceiro comercial; (ii) fechar a negociação, isto é, entrar em um acordo e, por fim (iii) fazer com que seja cumprida.

Cada uma destas etapas apresenta um custo, sendo a primeira denominada custo de busca, a segunda, custos de arranjo ou acordo e, a terceira, custos de execução.

Williamson (2011, p. 16) define os custos de transação como “[...] equivalentes econômicos ao atrito dos sistemas físicos”. Neste passo, da mesma forma com que os físicos, através de experimentos em laboratórios, tiveram certeza que o mundo que os rodeava possuía atritos e, mais importante ainda, que estes precisavam ser considerados, os economistas abriram seus olhos para os custos transacionais.

O aludido autor (2011, p. 17) ainda faz questão de distinguir os custos *ex ante* e *ex post*. Os primeiros seriam aqueles anteriores à realização de um negócio jurídico, isto é, consistem nos custos de negociação, de redação de um contrato. Já os custos *ex post*, estão ligados aos efeitos posteriores ao estabelecimento de uma relação jurídica. Williamson (2011, p. 17) assevera que podem assumir formas tais como: (i) má adaptação do negócio, ou seja, quando as transações tomam um rumo não esperado; (ii) os custos de barganha dispen-

didos para corrigir os erros; (iii) os custos de instalação e funcionamento ligados às estruturas de governança e (iv) “os custos de criação de vínculos para efetuar compromissos seguros”.

Aplicando-se estes conceitos ao modelo brasileiro de proteção ao trabalhador, nota-se uma dificuldade para a empresa prever os seus custos *ex ante*, haja vista a ausência de cumprimento do princípio da legalidade inerente ao FAP. Isto faz com que a sua forma de cálculo não seja clara o suficiente para que o empresário saiba como reduzir em até 50% a contribuição social do SAT.

Alie-se a isto a incrível tributação incidente sobre o trabalho em solo pátrio. José Pastore (2007, p.334-335) aborda o tema e demonstra que as despesas com a contratação chegam a 103,36% do salário nominal. Em termos práticos, se um trabalhador é contratado pelo salário de R\$1.000,00, o gasto é de R\$2.030,00 para o empregador. E o pior, com os descontos previdenciários, imposto de renda, contribuição sindical e outros, para o empregado sobram em torno de R\$850,00.

Os custos *ex post* igualmente representam um grande problema, pois se a empresaverte as contribuições de seus empregados para a Previdência, a qual visa cobrir os riscos sociais, e quando há a ocorrência de um acidente laborativo, deve ser responsável pelo pagamento da prestação ao empregado, pergunta-se: por qual razão existe o sistema previdenciário?

A questão é mais gravosa, quando inexiste o acidente do trabalho e a doença do obreiro é reputada como decorrente do ofício exercido por meio do cruzamento do CNAE com a CID apresentada. Conforme viu-se, há inconsistências no NTEP, como reputar o transtorno afetivo bipolar às atividades de atendimento hospitalar.

Nesta esteira pode-se afirmar que o tema inerente aos custos transacionais tem considerável importância para a ciência jurídica “[...] uma vez que, havendo presença exacerbada, seja de custos de busca, acordo ou execução, há necessidade de intervenção jurídica, como um arranjo institucional” (RIBEIRO, GALESKI JUNIOR, p.107).

Não por acaso, Ivo T. Gico Junior (2010, p. 15) defende que

“precisamos de teorias que permitam, em algum grau, a avaliação mais acurada das prováveis consequências de uma decisão ou política pública dentro do contexto legal, político, social, econômico e institucional em que será implementada. Em suma, precisamos de uma teoria sobre o comportamento humano”.

As instituições formam, segundo North (1994, p. 360), a estrutura de uma determinada sociedade, restringem e moldam as interações humanas, podendo ser formais (v.g. regras, direitos, constituições) ou informais (v.g. nor-

mas de comportamento, convenções, códigos de conduta). Juntas, estas instituições definem a estrutura de incentivos de um grupo e, especialmente, de sua economia.

North comenta o mérito de Ronald Coase em ter feito a conexão entre instituições, custos de transação e a teoria neoclássica. Esta considerava formado um mercado eficiente quando inexistiam custos transacionais. Para atingir este objetivo, os indivíduos, visando à maximização os lucros, fariam uso da barganha, sem considerar o contexto institucional.

No entanto, quando é custoso realizar uma transação, segundo North, as instituições importam. Diz-se isto porque em um mercado perfeito, os *players* conseguem se aproximar de custos de transação zero, mas é sabida a inexistência do aludido mercado, haja vista as suas falhas de mobilidade, de transparência no acesso à informação, de estrutura, de sinal, de incentivo e a desconsideração dos custos de transação, como bem expõe Fabio Nusdeo (2013, p. 142). Assim sendo, os indivíduos não podem ter apenas objetivos, mas devem saber o melhor meio para atingi-los.

E é crucial, portanto, a interação entre instituições e organizações. As primeiras, como as regras do jogo, ao passo que as últimas podem ser entendidas como os jogadores (NORTH, 1994, p. 361).

Assim sendo, “em um contexto em que os custos de transação não são desprezíveis, é natural que surjam instituições econômicas, sociais e políticas que permitam a redução desses custos, de forma a facilitar a maximização pelos agentes” (GICO JUNIOR, 2012, p. 9).

Não é o que está havendo no modelo brasileiro de proteção ao trabalhador. As instituições não são claras o suficiente para moldar o comportamento esperado, gerando grandes custos transacionais, seja *ex ante*, seja *ex post*, o que pode comprometer a eficiência das organizações.

6. CONCLUSÃO

Como se pode perceber, um dos objetivos da Previdência Social brasileira é reduzir os índices de acidentes ocorridos no meio ambiente laborativo, os quais podem gerar a concessão de benefícios e, desta forma, aumentar os gastos do sistema securitário.

Para atingir este fim, o Estado implementou o SAT, flexibilizou suas alíquotas através do FAP e criou o NTEP. Ademais, vem se valendo das ações regressivas para obter o ressarcimento dos valores pagos a título de benefícios acidentários.

Tratam-se de medidas protetivas, as quais afetam diretamente os empregadores, em especial por aumentarem os custos transacionais e as suas responsabilidades. Assim sendo, cabe ao ambiente institucional induzir corretamente os indivíduos para se atingir a almejada eficiência.

No entanto, percebe-se a dificuldade de encontrar um ponto de equilíbrio, qual seja: proteger o empregado e induzir corretamente o empregador. Diz-se isto porque o atual sistema trata a ocorrência de um acidente laborativo como uma questão isolada.

Considerando os infortúnios como um problema particular, as atenções são desviadas e os seus vícios, tal como a ausência de fiscalização por parte do Estado, são ocultados.

Além disso, vontade estatal em punir o causador do dano sob o pretexto de criar uma conscientização acerca dos riscos inerentes à atividade da empresa, poderia ser substituída com a oferta de financiamentos para compra de máquinas mais seguras para os trabalhadores. Sente a falta de colaboração entre as partes e o manejo do instrumento tributário assume função estritamente punitiva.

Logo, o sistema atual é injusto com o empregador, que não consegue antever os custos *ex ante*, tampouco os *ex post*, comprometendo a segurança jurídica e a eficiência da atividade. Igualmente, nota-se uma injustiça com o trabalhador, na medida em que o Estado opta por não conferir e fiscalizar o cumprimento das normas de segurança do trabalho nas empresas, modelo que não atua preventivamente, mas sim de forma paliativa, após a configuração do dano.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE-OLIVEIRA, Paulo Rogério. **Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário NTEP e o Fator Accidentário de Prevenção FAP: Um Novo Olhar Sobre a Saúde do Trabalhador.** 2008. 244 f. Tese (Doutorado em Ciência da Saúde) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário.** São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

AXELROD. **The evolution of cooperation.** New York: Basic Books Inc. Publisher, 1984, capítulo VII (eletrônico).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>.

CARVALHO, Cristiano. Análise econômica da tributação. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas: 2012. p. 246-264.

COASE, Ronald. **The Problem of the Social Costs**. Journal of Law and Economics (October 1960).

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito e economia**. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DAVIS, Kevin E.; TREBILCOCK, Michael J. **A relação entre direito e desenvolvimento: Otimistas versus céticos**. São Paulo: DireitoGV, 2009, p. 217-268

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Nexo técnico epidemiológico e seus efeitos sobre a ação trabalhista indenizatória**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região. Belo Horizonte, v. 46, nº 76, p. 143-153, jul./dez.2007.

FOLMANN, Melissa; VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Fator acidentário de prevenção (FAP): inconstitucionalidades, ilegalidades e irregularidades**. Curitiba: Juruá, 2010.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário**. 2012. 146 f. Tese (Doutorado em Economia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

_____. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. Economic Analysis of Law Review, v. 1, n. 1, p. 7-32, jan./jun. 2010.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 19ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

NORTH, Douglas. **Struture and Change in Economy History**, Cambridge University Press, 1990

_____. **Economic Performance through time**.

NUSDEO, Fabio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PIGOU, Arthur C. **The Economics of Welfare**. London: Macmillan and Co. 1932. Library of Economics and Liberty [Online]. Disponível em: <<http://www.econlib.org/library/NPDBooks/Pigou/pgEW20.html>>; Acesso em 24.setembro.2014.

PASTORE, José. A tributação do trabalho no Brasil. In: MARTINS, Ives Sandra da Silva (Coord.). **O tributo: reflexão multidisciplinar sobre sua natureza**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 331-344.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade limitada. In: _____; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 63-69.

_____; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Segurança jurídica e normas tributárias indutoras. In: RIBERIO, Maria de Fátima (Coord.). **Direito Tributário e segurança jurídica**. São Paulo: MP Ed., 2008. p. 117-145

WILLIAMSON, Oliver. **As instituições econômicas do capitalismo**. São Paulo: Pezco, 2011.

* Recebido em 02 dez. 2015.



A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO EM CONFLITO COM O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

*Arion Augusto Nardello Nasihgil**

*Francisco Carlos Duarte***

Resumo

Como forma de neutralizar a recessão econômica que assola quase todos os países do globo, vários governos – especialmente os europeus –, além da criação de diversos pacotes econômicos, têm flexibilizado suas normas trabalhistas no intuito de baratear a mão de obra e, consequentemente, aumentar a produtividade na busca da recuperação econômica. No Brasil, diversos movimentos doutrinários tem defendido a ideia de flexibilizar também os nossos instrumentos legislativos. Todavia, tal ação não tem se mostrado eficaz e, muito mais grave, tem violado preceitos constitucionais, entre os quais se destaca o princípio da vedação do retrocesso social, o qual proíbe que normas infraconstitucionais e até mesmo constitucionais derivadas retirem dos trabalhadores os mínimos direitos sociais conquistados ao longo dos tempos. Destarte, o presente trabalho, através da pesquisa bibliográfica e jurídico-teórica, bem como utilizando-se do método indutivo, pretende demonstrar que a flexibilização das normas trabalhistas, nos moldes que hodiernamente vem sendo aplicada, fere a Carta Maior e, portanto, não pode ser cultivada em nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave

Desenvolvimento. Direito do Trabalho. Princípios constitucionais. Retrocesso social. Direitos sociais.

* Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Especialista em Direito, Logística e Negócios Internacionais. Professor da Faculdade de Ensino Superior de Marechal Cândido Rondon (ISEPE Rondon). Advogado.

** Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-doutor pela Università degli Studi di Lecce - Itália e pela Universidad de Granada - Espanha. Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Procurador do Estado do Paraná e advogado.

Abstract

As a way to counteract the economic downturn that affects almost all countries of the globe, many governments - especially the Europeans - beyond the creation of various economic packages have relaxed their labor standards in order to make labor cheaper and consequently increase the productivity in the pursuit of economic recovery. In Brazil, several doctrinal movements have also advocated the idea of flexibility our legislative instruments. However, this action has not been proven effective, and much more serious, has violated constitutional principles, among which stands out the principle of social backlash prohibition, which prohibits infra and even constitutional derived norms withdraw workers minimum social rights won over the years. Thus, this paper, through literature and legal-theoretical research, as well using the inductive method, aims to demonstrate that the flexibility of labor standards in the way that has been applied in our times, hurts the Federal Constitution and therefore cannot be cultivated in our legal system.

Keywords

Development. Labor Law. Constitutional principles. Social backlash. Social rights.

1. INTRODUÇÃO

Vivemos na era do capitalismo dominante e do neoliberalismo. Diversos direitos têm sido demudados com vistas ao afastamento – ao menos no campo teórico – das crises econômicas e a crescente obtenção do lucro. Medidas de austeridade, como uma pesada reestruturação do sistema previdenciário, a renovação das cargas tributárias, entre outras atitudes com consequências econômicas, políticas e sociais têm sido cultivadas nos mais diversos cenários, especialmente aqueles onde crises econômicas já são patentes.

A recente recessão global iniciada em 2008 serviu como campo aberto para que todas as formas imagináveis de solução fossem aplicadas, algumas com bastante êxito e outras com vergonhoso fracasso. Uma das mais debatidas medidas foi a flexibilização das normas trabalhistas, ou seja, o abrandamento dos direitos sociais conquistados pelos operários com vistas ao barateamento da mão de obra e, consequentemente, o aumento dos índices de emprego e a evolução econômica.

A flexibilização do Direito do Trabalho era matéria já constante da doutrina juslaboral muito antes, mas sempre de maneira tímida e visando apenas a adaptação das relações trabalhistas à atual realidade globalizada. Mas, após a crise econômica de 2008, a flexibilização começou a abranger também o simples aniquilamento de direitos trabalhistas, tais como a redução dos salários, o aumento da carga de trabalho, a diminuição dos períodos de descanso, entre outras medidas bastante gravosas.

As consequências éticas e morais deste arrefecimento do protecionismo são bastante óbvias. A discussão que merece vistas é restrita ao campo jurídico,

ou seja, se a redução dos direitos sociais trabalhistas pode – legal e constitucionalmente – ser aplicada, especialmente da forma gravosa que ocorreu no cenário europeu. O principal argumento contrário traz à baila o constitucional princípio da vedação ao retrocesso social, o qual determina, em apertada síntese, que os direitos sociais conquistados e declarados na via constitucional não podem ser objeto de redução, nem mesmo na mais gravosa das crises, salvo quando outras medidas são justapostas de modo a compensar os danos pela redução causados.

Destarte, o presente trabalho tem como objetivo analisar se a flexibilização das normas trabalhistas como discurso para o incremento econômico, nos moldes que vem atualmente sendo aplicada – com base no cenário europeu, onde a flexibilização deixa de ser mera adaptação do Direito à realidade e passa a ser a mitigação dos direitos sociais –, é possível em nosso ordenamento jurídico ou, de outra banda, se fere os preceitos constitucionais trazidos por nossa Carta Magna.

Para tanto, serão aplicadas as pesquisas bibliográfica e jurídico-teórica, bem como a utilização do método indutivo, chegando-se assim à conclusão almejada, ou de possibilidade, legalidade e constitucionalidade da flexibilização do Direito do Trabalho com vistas ao desenvolvimento econômico, ou de impossibilidade, ilegalidade e inconstitucionalidade da aplicação de tal instituto em nosso ordenamento jurídico, ao menos da forma como tem sido cultivado.

2. A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

Os primeiros registros de trabalho remetem à era egípcia e são tão primitivos quanto à existência do ser humano. Já naquela época, o homem necessitava trabalhar para obter seus alimentos. Desenvolvia o trabalho de forma bastante primitiva, com instrumentos laborativos rudimentares, objetivando apenas e tão somente a satisfação de suas necessidades basilares para sobreviver, sem o intento de acúmulo (FERRAZ, 2014).

De lá para cá, várias fases foram se sucedendo. O trabalho, ao longo do tempo, deixa de ser exclusivamente para o próprio sustento e, com isso, iniciam-se as relações trabalhistas, cada vez mais próximas do modelo atualmente conhecido. Contudo, quando falamos em pactos trabalhistas, o que encontramos ao longo da história são relações de extrema hierarquização e subordinação, sem qualquer regulamentação, baseada no trabalho servil, escravocrata, realizado em ambiente patriarcal.

O Direito do Trabalho hodierno é produto da história recente da humanidade, quando a sociedade passou por modificações significativas e a classe operária, irritada com a mecanização do trabalho, aprende a se impor. Dá-se

início à uma era de lutas, confrontos e reivindicações, denominada de Revolução Industrial. O trabalho transforma-se em emprego. Os operários passam a trabalhar por salários (FERRAZ, 2014). O Direito do Trabalho surge em prol da proteção e regulamentação da classe trabalhadora.

Atualmente chegamos ao ápice do protecionismo laborativo. O trabalho escravo e servil é rechaçado com a máxima veemência; jornadas de trabalho humanas devem ser respeitadas; salários dignos são assegurados à todos os trabalhadores; ou seja, condições mínimas para um trabalho decente são garantidas. Todavia, a história tem nos mostrado que a rigidez da legislação trabalhista em nível mundial, aliada às novas tecnologias, à globalização, à internacionalização das economias e, principalmente, às crises econômicas, contribui de forma maçante para o desemprego em massa e a ampliação do trabalho informal (GHISLENI, 2014).

Em virtude dessa realidade, em contraposição ao rigor da legislação, surge a controvertida ideia de flexibilização das normas laborais, a qual, nas palavras de Oscar Ermida Uriarte, significa a “eliminação, diminuição, afrouxamento ou adaptação da proteção trabalhista clássica, com a finalidade – real ou pretensa – de aumentar o investimento, o emprego ou a competitividade da empresa” (URIARTE, 2002, p.9).

Flexibilizar, segundo os dicionários jurídicos, significa tornar flexível, maleável, moldável, dócil, complacente, submisso. Então, ao pretender flexibilizar as leis trabalhistas, o que se busca na verdade é possibilitar que os direitos do trabalhador sejam flexíveis, maleáveis, moldáveis conforme o interesse das partes.

A flexibilização abrange um série de aspectos jurídicos, de acordo com o Direito de cada país, compreendendo fatores econômicos, políticos etc. Existem várias formas de flexibilização do Direito do Trabalho, em decorrência de cada sistema. Do ponto de vista sociológico, a flexibilização é a capacidade de renúncia a determinados costumes e de adaptação a novas situações. Prefiro dizer que a flexibilização das condições de trabalho é o conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica, política ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho. (MARTINS, 2009, p.13)

Amauri Mascaro Nascimento, conceituando a flexibilização das normas trabalhista, define-a como “o afastamento da rigidez de algumas leis para permitir, diante de situações que o exijam, maior dispositividade das partes para alterar ou reduzir os seus comandos” (NASCIMENTO, 2003, p.67).

Neste sentido, temos que são vários os conceitos de flexibilização que encontramos na doutrina, mas podemos pré-estabelecer que todos eles estão interligados com fatores econômicos, políticos e sociológicos, onde as normas

trabalhistas são rígidas, e por tais questões, renunciam-se direitos para sustentar a relação laboral (VASCONCELOS, 2014).

Aqueles que defendem a flexibilização das normas trabalhistas apontam que adaptações ao atual cenário global, o qual passa por constantes crises mundiais, podem assegurar condições melhores aos trabalhadores. Aduzem estes que a evolução natural do Direito do Trabalho implica necessariamente na flexibilização de suas normas, concedendo uma maior liberdade negocial às partes envolvidas e, consequentemente, diminuindo os custos e os altos encargos das empresas, o que, por conseguinte, aumentaria os índices de emprego e incrementaria a economia.

Com a globalização da economia e com a ideologia neoliberal em curso, as normas de proteção do trabalhador vêm sendo consideradas economicamente “pesadas” e “inflexíveis”; fator que, segundo os empresários, aumenta o “custo” da produção, inviabilizando a competitividade das empresas e a própria manutenção de postos formais de trabalho, dada a suposta “alta” carga tributária e para-fiscal. (KRIEGER e HASSON, 2014)

De tal modo, assinalam os favoráveis à flexibilização que, se admitirmos esta forma de abrandamento das regras trabalhistas, poderemos reduzir a jornada de trabalho para meio turno, de modo que dois trabalhadores poderão ser contratados para desenvolver as tarefas ao invés de apenas um laborando em uma jornada maior. Se aceitarmos uma redução salarial, com o excedente a empresa pode contratar outro operário, dando emprego à duas pessoas ao invés de uma só. Atenuando-se a carga tributária e os gastos sociais com seus funcionários, a empresa poderá investir em si própria, aumentando sua estrutura e, consequentemente, criando mais postos de trabalho.

Por outro lado, os denominados antiflexibilistas, ou seja, aqueles que contestam a flexibilização das normas trabalhistas, entendem que desregular o Direito do Trabalho protetivo é extremamente nocivo, eis que retira dos trabalhadores direitos substanciais conquistados ao longo da história sob duras penas. Mariana Gusso Krieger e Roland Hasson, ao analisarem a flexibilização das normas trabalhistas no cenário brasileiro muito bem ponderaram que

O Brasil, como praticamente todo o resto do mundo capitalista, está enfrentando uma crise econômica. Diversos postos de trabalho foram perdidos, e alguns veem como solução a flexibilização da legislação trabalhista. Ocorre que as relações de emprego são um ponto essencial para o crescimento interno, desenvolvimento e segurança jurídica do país. A Consolidação das Leis do Trabalho foi conquistada pelos trabalhadores, de acordo com suas reais necessidades, a fim de atender a todos os seus ideais. O que há de ser esclarecido é que o trabalho não pode ser mais um objeto de comercialização, ou seja, não podemos admitir que a mão-de-obra do trabalhador brasileiro passe a ser objeto de pechincha e

negociações que não levem em consideração as verdadeiras necessidades e os reais direitos do trabalhador. (KRIEGER e HAS-
SON, 2014)

Os combatentes da flexibilização dos preceitos trabalhistas, contradizendo a tese dos adeptos, apontam que, na prática, os resultados alcançados pelos países que desregulamentaram as normas laborais não foram os prometidos pela doutrina flexibilizante. O modelo defendido tem trazido sérios prejuízos aos trabalhadores e, consequentemente, à economia como um todo. Os índices de desemprego continuam altos, o nível salarial tem decaído muito e os empregos têm um grau de precariedade extremamente maior do que os que deixam de existir.

O raciocínio, segundo eles, é lógico: com o aumento do desemprego, as empresas têm mão-de-obra barata à sua disposição. O aumento do número de trabalhadores desempregados deixa os capitalistas em posição confortável diante da necessidade de utilização desses trabalhadores. Oferecem pouco, por pouco tempo e sem muitas garantias, aumentando suas margens de lucro. Com a diminuição dos recolhimentos previstos pela legislação social, utilizados pelo Estado para garantir algum benefício aos trabalhadores, perdem estes e ganham os empresários que passam aumentar sua margem de lucro. O enfraquecimento dos sindicatos leva os trabalhadores a negocarem diretamente nas empresas, reduzindo seu poder perante os empregadores. A entidade que sempre defendeu seus filiados contra a exploração passa a ter que fazer concessões para poder sobreviver. Os empregadores ficam mais livres para impor suas condições. O trabalhador inseguro, com medo de perder seu emprego, é mais fácil de ser dominado. Com efeito, essa possibilidade faz com que ele se integre cada vez mais à empresa em que trabalha, tornando-se mais afastado de seu ambiente externo. A consequência de tudo, claro, é uma concentração cada vez maior de capital nas mãos da classe dominante em detrimento da classe operária (AGUIAR, 2014).

A solução para a crise, ao contrário do que muitos alegam, é o trabalho, amparado em nossa legislação trabalhista, com segurança para a população brasileira. Não há sentido em realizar uma reforma na legislação trabalhista, ao contrário. O que se faz necessário é a dinamização da economia, com o intuito de gerar crescimento em longo prazo, aumentando a produtividade e melhorando as relações de trabalho. Desta forma, devemos lutar pela menor flexibilização das leis do trabalho, a fim de que não reste prejudicada a segurança das relações travadas e as garantias fundamentais já conquistadas. (KRIEGER e HAS-
SON, 2014)

Destarte, percebe-se cristalinamente que um consenso doutrinário está longe de existir. Por um lado, parte da doutrina jurídica e econômica aponta que a flexibilização do Direito Laboral serve como um importante instrumento de desenvolvimento econômico, permitindo que os índices de emprego e o

lucro das empresas cresçam veementemente, maximizando a economia. De outra banda, estudiosos são incisivos ao afirmar que flexibilizar as normas jusslaborais é um grande engano, pois as consequências desta inovação jurídica são muito mais gravosas que seus benefícios, o que, ao ponderarem-se os prós e os contras, levará a conclusão de que a econômica acaba sendo arrefecida.

Inobstante o debate doutrinário acima exposto, a prática tem mostrado que diversos países têm flexibilizado suas normas laborais no intuito de desenvolver-se economicamente. Pode-se utilizar como exemplo os países europeus, os quais, diante da crise econômica iniciada em 2008, retiraram inúmeros direitos trabalhistas de seus operários em busca da neutralização da recessão.

Um dos mais conceituados jusslaboristas da União Europeia, João Leal Amado, defendeu ferrenhamente a flexibilização das normas trabalhistas no continente quando instalada a crise, afirmado que “um dos desafios hoje é que o direito do trabalho seja flexível na sociedade pós-moderna e que ele possa adaptar-se às mudanças sem quebrar a ‘espinha dorsal’ do Direito do Trabalho”.¹

O próprio BCE – Banco Central Europeu, através de seu relatório “Os Mercados Trabalhistas na Zona do Euro e a Crise”, elogiou os países que tomaram a iniciativa de flexibilizar suas regras trabalhistas por incluírem “medidas importantes para aumentar a flexibilidade nas negociações salariais e reduzir a excessiva proteção do emprego” (EUROPEAN CENTRAL BANK, 2012, p.10. Tradução livre dos autores).² Tal relatório aponta ainda que estas reformas no mercado de trabalho constituem importantes passos para melhorar a competitividade dos países afetados e do conjunto da Zona do Euro.

Poul Mathias Thomsen, um dos mais conceituados economistas europeus e Presidente do Troika para a Grécia, tem caminhado por todo o Velho Mundo difundindo suas ideias capitalistas e defendendo a necessidade de uma redução no protecionismo laboral para se pôr um fim à crise. Em uma de suas famigeradas entrevistas coletivas, concedida em Londres, o economista afirmou que, inobstante as drásticas medidas já tomadas, países arrasados como a Grécia necessitam ainda reduzir em mais 15% (quinze por cento) seu custo trabalhista para ter chance de recuperação.³

Desde a eclosão da crise econômica, o Reino Unido tem assistido a diversas propostas de mudanças às suas leis trabalhistas. Des-

¹ UNIPÊ. Professor da Universidade de Coimbra fala sobre a crise do trabalho na Europa. Disponível em: <<http://www.unipe.br/graduacao/marketing/noticia/2013/05/23/professor-da-universidade-de-coimbra-fala-sobre-a-crise-do-trabalho-na-europa>>. Acessado em: 30 jul., 2014.

² “[...] important measures to increase wage bargaining flexibility and reduce excessive employment protection [...]”

³ RUSSO, Rodrigo. Europa mexe na lei trabalhista contra crise. **Folha de S. Paulo**, Caderno Mundo, 01 abr. 2012.

pedimentos em massa sob argumentos econômicos foram introduzidos. Procedimentos de demissão foram facilitados e o acesso aos tribunais trabalhistas foi restrinido. Além disso, foram impostos mecanismos alternativos de resolução de litígios. Um estudo realizado pelo Instituto Europeu de Sindicatos, intitulado “A crise e as reformas nacionais de direito do trabalho: um exercício de mapeamento” demonstra que o Reino Unido, nesse aspecto, não é uma ilha isolada. O estudo, que abrange 24 Estados-Membros da União Europeia, descreve as principais mudanças que, sob o argumento de abrandamento das leis trabalhistas, têm servido para fazer disposições em vigor da legislação laboral mais flexível e para retirar garantias trabalhistas mínimas. Em alguns países, as mudanças são parciais – embora longe de serem insignificantes –, enquanto em outros elas envolvem uma revisão abrangente da legislação trabalhista como um todo. (PUBLIC SERVICE EUROPE, 2013. Tradução livre dos autores⁴).

Contudo, não obstante a teoria destes brilhantes economistas – que vem sendo energicamente colocada em prática pelos governantes europeus –, dados apurados pelas principais organizações laborais em âmbito mundial, bem como estudos aprofundados de autoria dos mais renomados juristas da seara trabalhista fizeram cair por terra esta famigerada ideia tão disseminada pelos países em crise.

A OIT – Organização Internacional do Trabalho, órgão máximo da regulamentação trabalhista em nível mundial, acompanhando o posicionamento de seu membro Raymond Torres, tem rebatido com vigor a atitude dos países europeus, e principalmente dos PIIGS – grupo formado pelos principais países em crise: Portugal, Itália, Irlanda, Grécia e Espanha (Spain, em inglês) –, em aniquilar os Direitos Trabalhistas na desesperada busca por uma solução. Um relatório expedido por tal organização, denominado de “Global Employment Outlook – April 2012 Projections”, afirmou categoricamente que as políticas de austeridade adotadas por governos da União Europeia fizeram com que o índice de desemprego nos países em recessão apenas aumentasse (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 2012).

⁴ “Since the outbreak of the economic crisis, the United Kingdom has witnessed several proposals for and actual changes to its labour laws. Economic reasons for collective redundancies have been introduced. Dismissal procedures have been made easier and access to employment tribunals has been restricted. In addition, alternative dispute resolution mechanisms have been imposed. A paper by the European Trade Union Institute entitled *The crisis and national labour law reforms: a mapping exercise* demonstrates that the UK is, in this regard, not ‘living on an island’. The study, covering 24 European Union member states, describes the main changes that, by shifting the emphasis to soft law or deregulation, have served in a nutshell to make existing labour law provisions more flexible and to loosen minimum standards. In some countries the changes consist only of piecemeal - albeit far from insignificant, deregulatory measures - while in others they involve a far-reaching overhaul of the labour code as a whole.”

Outro relatório não menos importante, o “Trade and Development Report, 2012”, expedido pela Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento – UNCTAD, também argumenta que o paradigma da flexibilidade do mercado de trabalho, além de ter falhado ao tentar reduzir o desemprego, tende a agravá-la. Se a produtividade global cresce sem um aumento proporcional dos salários, a demanda ficará aquém do potencial de produção, reduzindo, assim, a capacidade de utilização e, consequentemente, os lucros e os investimento.

Destarte, tem-se que, ao contrário do pretendido, as políticas que têm sido adotadas pelas administrações europeias tendem apenas a elevar o déficit no futuro na medida em que esfriam a economia, acabam com postos de emprego e reduzem agressivamente a demanda agregada. Não se pode esquecer também que, por óbvio, restrições no poder de compra dos trabalhadores tendem a acentuar os efeitos de uma recessão econômica. Quanto menos poder aquisitivo nas mãos da população, menor a circulação de bens e mercadorias. Assim, não há sentido em se realizar uma reforma trabalhista de forma tão gravosa como tem sido feito.

Assim, duas conclusões podem ser obtidas através da flexibilização do Direito do Trabalho, especialmente analisando o recente cenário europeu, onde se aplicou largamente tal ideia: a um, a flexibilização tem como consequência imediata a retirada de diversos direitos secularmente conquistados pelos trabalhadores e, a dois, o objetivo desta inovação jurídica, que é o desenvolvimento econômico, especialmente em tempos de crise, não consegue ser atingido.

Deste modo, necessária se faz a análise deste instituto sob o prisma de um importante princípio jurídico-social estampado em nossa Constituição Federal: o da vedação ao retrocesso social, com o que se poderá concluir se a dinamização das normas trabalhistas – nos moldes que tem sido aplicada no estrangeiro – seria permitida em nosso ordenamento jurídico, até porque movimentos legislativos tentando aqui aplicá-la já podem ser observados.

3. O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

A Constituição Federal brasileira foi criada para convir como um organismo supremo, servindo como filtro para todos os demais instrumentos legislativos e normativos, os quais, se não abonados por seus crivos, perdem sua eficácia e força mandamental. Baseia-se ela na atual hermenêutica jurídica, calculada em valores axiológicos, a qual determina que os direitos fundamentais sejam interpretados de maneira expansiva, dentro do denominado bloco de constitucionalidade, ou seja, que os regramentos constitucionais sirvam como norte para a criação e regulamentação das normas infraconstitucionais, não

apenas funcionando como indicadores, mas sim como verdadeiros limites (BONNA, 2008).

Dentro dos preceitos trazidos pela ordem constitucional, está implícito o princípio da vedação do retrocesso social, também conhecido como princípio do não-retrocesso social, o qual traduz-se na possibilidade de “invalidação da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva equivalente” (BARCELLOS, 2002, p.69).

Tal princípio tem sua gênese consolidada nos ordenamentos jurídicos europeus, especialmente o alemão, italiano e português, neste último reforçado pelos ensinamentos de J. J. Canotilho, para o qual os direitos sociais têm força de direitos fundamentais, apresentando, portanto, uma natureza subjetiva, servindo como verdadeiros direitos de defesa em face de medidas socialmente retrocedentes. (CANOTILHO, 2001)

A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de “contrarrevolução social” ou da “evolução reaccionária”. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direitos dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente uma garantia institucional e um direito subjetivo. Desta forma, e independentemente do problema fáctico da irreversibilidade das conquistas sociais (existem crises, situações econômicas difíceis, recessões econômicas), o princípio em análise justifica, pelo menos, a subtração à livre e oportunística disposição do legislador, da diminuição de direitos adquiridos [...]. O reconhecimento desta proteção de direitos prestacionais de propriedade, subjetivamente adquiridos, constituiu um limite jurídico do legislador, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente. Esta proibição justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada justiça social. (CANOTILHO, 1995, p.468-469)

Em outras palavras, todos os direitos sociais – entre os quais se podem destacar os de natureza trabalhista – só são obtidos através do tempo. Nenhum direito social coevo foi reconhecido através de um único ato; todos eles demandaram intensas lutas e vigorosas batalhas.

Deste modo, não pode um instrumento legislativo, infraconstitucional, ceifar dos cidadãos aquilo que conquistaram ao longo dos séculos. O princípio da vedação do retrocesso social surge da união de outros dois preceitos constitucionais: o da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica. Serve ele como garantidor do cumprimento dos mínimos direitos do homem.

Para J. J. Canotilho, os direitos sociais e econômicos, uma vez garantidos, constituem-se em garantia institucional e direito subjetivo. O princípio da

vedação do retrocesso social aparece como protetor destes direitos, servindo como seu núcleo social, bem como incentivador e regulador das inovações legislativas, determinando como inconstitucionais quaisquer medidas estatais que, sem a devida compensação, venham a anular, revogar ou aniquilar esse núcleo social (CANOTILHO, 2002).

Neste sentido, tem-se que os direitos sociais possuem a característica da progressividade. Ou seja, suas alterações com intuito de adaptar a sociedade às corriqueiras mutações econômicas e sociais são permitidas, mas sempre com o escopo de progressão, isto é, desde que tais alterações impliquem em acréscimos à carga de fruição (MELO, 2010).

É Ingo Wolfgang Sarlet quem traz para o conjunto jurídico brasileiro a ideia da vedação do retrocesso social. Segundo ele,

A segurança jurídica, na sua dimensão objetiva, exige um patamar mínimo de continuidade do (e, no nosso sentir, também no) Direito, ao passo que, na perspectiva subjetiva, significa a proteção da confiança do cidadão nesta continuidade da ordem jurídica no sentido de uma segurança individual das suas próprias posições jurídicas. [...] Importa lembrar aqui o fato de que a proteção da confiança constitui um dos elementos materiais do princípio da boa-fé, tendo por corolário - notadamente no âmbito das relações negociais - o dever da parte de não fraudar as legítimas expectativas criadas pelos próprios atos, o que evidencia a conexão direta da boa-fé com a proteção da confiança no sentido de uma certa auto-vinculação dos atos e, portanto, de uma inequívoca relação com a noção de proibição do retrocesso. (SARLET, 2012, p. 24)

Lênio Luiz Streck caminha no mesmo sentido:

Dito de outro modo, a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente a relevante função de proteger os direitos já conquistados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade. (STRECK, 2003, p.53)

Sem destoar, veja-se a lição de Rodrigo Goldschmidt:

Tal princípio, nesta linha, estabelece limites à atividade do legislador no sentido de evitar que um determinado direito fundamental, já contemplado como conquista civilizatória e incorporado ao sistema jurídico, não seja deste extirpado, inadequadamente restrinrido ou incorporado ao sistema jurídico, não seja deste extirpado, inadequadamente restrinrido ou impedida sua eficácia. Com efeito, o princípio da proibição do retrocesso social

fornecer um critério objetivo com o qual é possível controlar a adequação e a correção da atividade restritiva dos direitos fundamentais. (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 105)

Para Sarlet, o princípio da vedação do retrocesso social aparece de maneira tácita em três momentos de nossa Carta Maior: ao instituir um Estado Democrático e Social de Direito, trazendo a segurança como um valor supremo da sociedade já em seu preâmbulo; ao positivar o princípio da máxima eficiência e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, através do § 1º de seu Artigo 5º; e, ainda, ao acrescentar a dignidade da pessoa humana entre os fundamentos republicanos. E, além do texto constitucional, pode-se encontrar tal preceito também nos tratados de direitos econômicos, sociais e culturais ratificados pelo Brasil, especialmente aqueles assinados junto a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA) (BONNA, 2008).

A Ministra Cármem Lúcia também defende a ideia:

[...] prevalece, hoje, no direito constitucional, o princípio do não retrocesso, segundo o qual as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas ou combalidas, por se cuidarem de avanços da humanidade, e não de dádivas estatais que pudessem ser retiradas segundo opiniões de momento ou eventuais maiorias parlamentares. Não se há cogitar de retroceder no que é afirmador do patrimônio jurídico e moral do homem havidos em conquistas de toda a humanidade, e não apenas de um governante ou de uma lei. Os direitos conquistados, especialmente aqueles que representam um avanço da humanidade no sentido do aperfeiçoamento da sociedade e que se revelam nos direitos sociais, não podem ser desprezados ou desconhecidos, devendo, antes, ser encarecidos e podendo ser ampliados. (ROCHA, 1999, p.12)

J. J. Canotilho, conforme dantes exposto, já havia ventilado a vertente positiva do princípio da vedação do retrocesso social, afirmando que o mesmo também deveria servir como inspiração para o legislador. Adaptando tal vertente para a realidade brasileira, Ricardo Soares faz uma interessante observação. Para ele, o Brasil ainda não atingiu a acepção de um Estado Democrático de Direito. Assim, não basta que o princípio aqui abordado sirva apenas para impedir a ação lesiva estatal no campo dos direitos fundamentais; deve ele também impor aos agentes públicos o dever de buscar e fazer prevalecer a justiça social, perpetrando isto por intermédio de instrumentos e medidas legislativas, administrativas e também jurisdicionais de modo a proibir omissões estatais que acarretem no famigerado retrocesso social (ROCHA, 1999).

A vedação do retrocesso é uma derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos

fundamentais. Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais (isto é: freqüentemente, os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio da legislação ordinária) e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais. Partindo desses pressupostos, o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. (BARCELLOS, 2008, p.370)

Mas a aplicabilidade de tal preceito em nosso ordenamento jurídico não é unânime. Roger Stifelmann Leal advoga em sentido contrário aos posicionamentos acima. Para ele, os direitos fundamentais inscritos na Constituição Federal são excessivos, bem como muitas vezes fogem ao caráter “fundamental” (LEAL, 2012). Suzana de Toledo Barros não destoa, afirmando ainda que o princípio da vedação do retrocesso social vai ao desencontro da liberdade de conformação do legislador (BARROS, 2003).

Porém, dado do devido respeito aos argumentos contrários, conformar-se com a ideia de que o princípio da vedação do retrocesso social é inaplicável em nosso sistema jurídico é o mesmo que defender a livre atuação dos órgãos estatais, concedendo à eles o poder de tomar deliberadamente suas decisões, ainda que motivadas por questões meramente políticas ou em flagrante desrespeito aos preceitos constitucionais e à vontade expressa e originária do poder constituinte (SOARES, 2011). Assim, necessário se faz o pleno reconhecimento da aplicabilidade de tal princípio em nosso ordenamento jurídico. E, sob seu prisma, mister se faz uma análise da anteriormente conceituada flexibilização do Direito do Trabalho, a qual parece, em sede de cognição sumária, afrontar tal preceito.

4. A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO ANALISADA SOB O PRISMA DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Que as normas trabalhistas possuem conotação de direitos sociais – e, consequentemente, de direitos fundamentais – não há como deprecar em sentido contrário. Isto porque, na seara constitucional, vêm elas previstas, em sua maioria, no Artigo 7º da Carta Maior, o qual pertence ao “Capítulo II – Dos Direitos Sociais” do “Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. E nem poderia ser diferente. De todos os direitos sociais, aqueles cuja conquista e consolidação demandaram mais intensa luta, sem sombra de dúvidas, foram os trabalhistas; sem contar seu histórico papel civilizatório e sua conotação como fator de integração do homem na sociedade.

Definidas, pois, as normas trabalhistas como direitos sociais constitucionalmente garantidos, bem como vislumbrada a aplicabilidade do princípio da vedação do retrocesso social em nosso sistema jurídico, necessária se faz uma análise conjunta dos dois temas para se concluir até que ponto a redução dos direitos trabalhistas é permitida pela hermenêutica constitucional.

Conforme bem observado por Ana Cristina Costa Meireles, o princípio da vedação do retrocesso social é ainda mais vivo quando se fala em direitos trabalhistas, isto porque, ao contrário da regra geral, onde tal preceito encontra-se implícito no texto constitucional, nos direitos sociais laborais ele aparece de maneira explícita. Tal observação funda-se na parte final do *caput* do Artigo 7º, que estabelece como direito dos trabalhadores aqueles trazidos em seus incisos, “além de outros que visem à melhoria da sua condição social”. Ou seja, o próprio texto constitucional veda a criação de normas constitucionais derivadas ou instrumentos infraconstitucionais que tenham por objeto a supressão ou o agravamento de direitos trabalhistas, piorando ainda mais a condição social dos trabalhadores. Igual situação ocorre com o § 2º do Artigo 114 da Constituição Federal, o qual prevê que o Poder Judiciário, quando provocado para solucionar dissídios coletivos do trabalho, deverá decidir, desde que “respeitadas as disposições legais mínimas de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente” (MEIRELES, 2008, p.48-49).

Especialmente acerca do Direito Coletivo do Trabalho, Maurício Godinho Delgado faz uma interessante observação. Para o autor, o princípio da vedação do retrocesso social – chamado por ele de princípio da adequação setorial negociada – se faz presente também nas negociações coletivas, ou seja, muito além da atividade legiferante do Estado, mas também nas relações privadas, onde trabalhadores e empregadores, representados por seus entes sindicais, podem livremente negociar seus direitos, desde que respeitem o mínimo legal. Isto reside no fato de que

As normas autônomas juscoletivas para incidirem sobre uma determinada comunidade econômico-profissional, podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justrabalhista desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados: [...] a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta). (DELGADO, 2001, p.58)

Gustavo Jaques corrobora o entendimento de Godinho Delgado:

Nessa linha, as normas coletivas, previstas por vontade dos particulares, incorporam-se à legislação trabalhista, merecendo, inclusive pelas características da generalidade e abstração, igual estatura. Reforçando tais características há a previsão legal do art.

872 da CLT que não prevê execução de normas coletivas, mas, sim, ação de cumprimento. Sob outro aspecto, sabemos que, em geral, as normas coletivas têm vigência limitada ao período em que estabelecidas. No entanto, em matéria de direitos fundamentais há que se fazer uma ponderação. A proteção dos direitos fundamentais passa pela garantia do mínimo existencial e pela dignidade da pessoa humana, valores essenciais do nosso atual Estado Democrático. Em função disso, os particulares também devem se engajar neste compromisso social de melhoria das condições mínimas de dignidade. (JAQUES, 2010, p.61)

Assim, muito embora a liberdade sindical garantida pelo texto constitucional, só serão reputadas como válidas as normas coletivas do trabalho se estas flexibilizarem o texto legal de forma a garantir mais proteção aos trabalhadores. Todas aquelas que visem suprimir ou atenuar as normas positivadas esbarrão no princípio da vedação do retrocesso social, eis que a negociação coletiva “não prevalece se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta” (JAQUES, 2010, p.59), como é o caso dos direitos sociais.

Se dito princípio interfere até mesmo nas negociações privadas, com muito mais vigor deve subsistir na atividade estatal. Aline Paula Bonna bem explicita que, ainda que os direitos sociais trabalhistas levem a qualificação – por ela chamada de pejorativa – de normas pragmáticas, “gozam de eficácia negativa imediata própria das normas constitucionais, ou seja, condicionam a atividade legiferante, evitando de nulidade regras posteriores que atentem contra o seu conteúdo” (BONNA, 2008, p.62). Edilton Meireles, em profundo estudo do tema, conclui:

a) a Constituição brasileira adotou expressamente o princípio do não retrocesso social em matéria de direito do trabalho, na parte final do caput do art. 7º, ao estabelecer que podem ser assegurados aos trabalhadores outros direitos que visem à melhoria de sua condição social; b) o princípio do não-retrocesso social veda qualquer medida legislativa, inclusive ao nível constitucional (emendas), que constitua, em si, um retrocesso na condição social do trabalhador; c) as normas trabalhistas somente serão constitucionais se visam a melhorar a condição social do trabalhador; d) a inconstitucionalidade da norma pode ser contornada se forem criados “outros esquemas alternativos ou compensatórios” ao direito social modificado ou suprimido. (MEIRELES, 2004, p.56)

Tal preceito é tão intenso no Direito do Trabalho que outro princípio merece análise conjunta: o da norma mais favorável. Por força deste último, em caso de conflito de leis, independentemente de sua escala hierárquica, deverá prevalecer aquela que trouxer conteúdo mais benéfico para os trabalhadores. Destarte, se uma lei ordinária posterior ao texto constitucional criar condições mais favoráveis aos obreiros do que aquelas previstas da Carta Magna,

esta prevalecerá, não importando o fato de se encontrar hierarquicamente inferior (AFONSO, 2006).

As noções de progresso e de não retrocesso social ainda se relacionam ao princípio da proteção ao trabalhador, pedra angular do Direito do Trabalho. O princípio da proteção ao trabalhador, como se sabe, grava a originalidade do justabalhismo, enunciando o seu sentido teleológico. Com lastro na dignidade da pessoa humana e no valor ínsito ao trabalho do homem, o princípio tutelar enuncia ser a missão deste ramo jurídico a proteção do trabalhador, com a retificação jurídica da desigualdade socioeconômica inerente à relação entre capital e trabalho. O sentido tuitivo, em uma perspectiva dinâmica, se relaciona à idéia de ampliação e aperfeiçoamento de institutos e normas trabalhistas. Assim, afiança-se o compromisso da ordem jurídica promover, quantitativamente e qualitativamente, o avanço das condições de pactuação da força de trabalho, bem como a garantia de que não serão estabelecidos recuos na situação sociojurídica dos trabalhadores. (MURADAS, 2007, p.2-3)

Entretanto, é certo que não se pode aplicar o princípio da vedação do retrocesso social de maneira absoluta, impedindo que qualquer alteração legislativa que retire direitos trabalhistas seja validada. O mundo está em plena globalização e o Direito precisa se adequar à ela. Não são todas as normas trabalhistas criadas, por exemplo, com a Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 que ainda hoje se adequam com perfeição à realidade fática e jurídica. Por esta razão, há de se consentir que inovações legislativas sejam realizadas, muitas vezes suprimindo ou atenuando determinados trechos de lei que tramam alguma garantia aos trabalhadores. Todavia, sempre que isto ocorrer, deve haver a respectiva compensação, e isso é próprio do princípio aqui estudado.

O que não se pode permitir são alterações legislativas e aplicação de políticas públicas que venham tão somente a aniquilar direitos dos trabalhadores, especialmente sob o discurso neoliberal da necessidade de redução dos custos trabalhistas para gerar mais empregos. Inovações serão sempre necessárias, mas não se podem afastar os alicerces do juslaboralismo, quais sejam, o princípio da proteção e a busca da justiça social (BONNA, 2008). Toda matéria que venha a modificar substancialmente os direitos dos trabalhadores, deles retirando alguma garantia, deve ser compensada de modo a não prejudicar sua esfera social.

E esta compensação deve ser legítima e real. A mera garantia da redução de custos e o consequente incremento de empregos, por exemplo, não serve como preleção para abrandar direitos trabalhistas. Estamos vivendo a era do capital e da sociedade de risco. Crises eclodem cotidianamente e o alto custo

do trabalho certamente não ajuda a neutralizá-las. Entretanto, mitigar os direitos trabalhistas já demonstrou não ser a solução; muito pelo contrário, é nos momentos de recessão que o protecionismo laboral mostra-se necessário.

Dallegrave Neto bem expõe que, assim como a gênese do Direito do Trabalho ocorreu em uma época de extrema exploração propiciada principalmente pela Revolução Industrial e por um momento de reconstrução dos Direitos Humanos pós-Guerra Mundial, o atual momento é de fazer valer os postulados sociais do Direito do Trabalho a fim de evitar o caos da sociedade como um todo. Pequenas e pontuais flexibilizações na legislação trabalhista são oportunas quando utilizadas no estrito sentido da lei. Entretentanto, não se pode admitir a mitigação da proteção ao trabalhador ou mesmo a desregulamentação do Direito do Trabalho em razão do nefasto discurso da crise (DALLEGRAVE NETO, 2009).

Sempre que houver a modificação *in pejus* de algum direito social dos trabalhadores, outro deve adaptado ou até mesmo criado para não permitir que tudo aquilo secularmente conquistado pelos obreiros seja retrocedido. A própria etimologia do princípio assim define: vedação do retrocesso social. Não há qualquer impedimento para que um ou outro direito seja reformado; o que não se admite é que, isoladamente, esta reforma retroceda a condição social dos trabalhadores. Aline Paula Bonna mais uma vez abrillanta o tema:

Em suma, tão logo possuam alguma concretude no plano infra-constitucional, os direitos sociais não podem ser simplesmente restringidos ou abolidos por medidas estatais retrocessivas, não acompanhadas de uma previsão compensatória que mantenha nível similar de proteção social. E, advirta-se, a compensação aqui exigida deve ser específica e real; não se exaure na mera promessa de criação de mais empregos, pois, como visto, esse discurso, via de regra, é falacioso e, mesmo que ocorra a criação de novos postos de trabalho, esses são francamente mais precários que os anteriores, muitas vezes não atendendo sequer ao patamar básico de uma existência condigna. (BONNA, 2008, p.63)

Essa proteção decorre da inexorável constatação da desigualdade fática que permeia as relações trabalhistas (BONNA, 2008). E, para suprir tal deficiência, se faz necessária a atuação estatal, não apenas como intermediadora, mas sim outorgadora e garantidora dos mais basilares direitos. É o chamado Estado-providência, o qual, nas palavras de Jorge Luiz Souto Maior,

Não foi um obstáculo ao normal percurso histórico. Não foi uma invenção artificial dos governantes. Foi, isto sim, uma necessidade e mesmo uma decorrência natural da nova sociedade de riscos, a sociedade industrial, onde o mal se poderia localizar e, por isso, poderia e deveria ser atacado. [...] Essa realidade ainda não se alterou, sobretudo no Brasil, mesmo que retoricamente se queira apresentá-la diferente. (SOUTO MAIOR, 2000, p.257)

Destarte, é necessário que o Direito – inclusive o laboral – se adeque à realidade. A globalização e as constantes modificações fáticas – sociais, econômicas e políticas – fazem com que a letra morta da lei se perca no tempo. Alguns direitos outorgados aos trabalhadores precisam ser revisados e, por vezes, atenuados, sob pena até mesmo de se inviabilizar determinadas formas de trabalho. O que não se pode aceitar, contudo, é que o discurso da recessão econômica mundial prevaleça sobre os direitos conquistados à duras penas pelos trabalhadores.

O princípio da vedação do retrocesso social, estampado cristalinamente no texto constitucional quando o assunto é direitos sociais dos trabalhadores, deve ser aplicado para evitar que a atuação estatal se dê de modo a retirar dos obreiros os direitos por eles conquistados. Ressalta-se: nada impede que determinadas legislações trabalhistas sejam flexibilizadas, mas tão somente com o intuito de adequar o trabalho à realidade hodierna, jamais prejudicando os trabalhadores ou deles retirando ainda que seja o mais agreste dos direitos alcançados, sem que haja a devida compensação.

Redução salarial, extinção de adicionais por jornada extraordinária ou trabalho noturno, aumento da jornada de trabalho, facilitação dos processos de dispensa, extinção dos entes sindicais, extensão do tempo de serviço para fins de aposentadoria, entre outras inovações legislativas observadas em países em crise, como nos casos europeus citados inicialmente neste trabalho, devem ser repelidos com a máxima veemência em nosso ordenamento jurídico, sob pena de rasgo ao texto constitucional e desrespeito aos seus preceitos.

A criação de soluções dignas para um trabalho mais barato e eficiente deve ser estudada, mas jamais poderemos aceitar a mitigação do trabalhador, instrumento mais importante das relações sociais em um Estado Democrático de Direito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo não teve como finalidade esgotar a matéria, até porque demasiadamente vasta. O que se pretendeu – e se alcançou – foi demonstrar que a flexibilização das normas trabalhistas tem respaldo se aplicada nos moldes inicialmente planejados, ou seja, a adaptação da realidade laboral ao mundo globalizado e em constante mutação que hoje vivemos. Entretanto, aceitar a flexibilização – ou até mesmo a desregulamentação – do Direito do Trabalho da forma como foi aplicada no continente europeu – e que muitos juslaboristas defendem a sua extensão ao território brasileiro – é, além de moral e eticamente condenável, medida inconstitucional por violar um dos mais sagrados preceitos da Carta Magna: a vedação do retrocesso social.

Permitir-se a flexibilização na sua forma mais gravosa é admitir que uma única medida legislativa ou administrativa extinga a conquista de séculos. É

aceitar o assolamento da dignidade da pessoa humana – através da destruição de direitos sociais – pelo simples discurso da necessidade de crescimento econômico, sem que isso seja garantido na prática.

A atual hermenêutica determina a progressividade da proteção à pessoa humana em favor da civilização. O retrocesso social, portanto, fica vedado. Há de se admitir medidas que acompanhem o capitalismo e o discurso neoliberal com o fito de buscar o desenvolvimento econômico, a geração de empregos e o incremento da renda. Mas, que elas não deteriorem a pessoa humana – máxime em sua face laborativa – e que, se for para mitigar alguns de seus direitos, que compense com outros ainda mais protetivos. Caso contrário, a inconstitucionalidade destas ações, por violação ao princípio da vedação do retrocesso social, é medida que se impõe.

REFERÊNCIAS

- AFONSO, Túlio Augusto Tayano. Direitos sociais e o princípio do não retrocesso social. **Revista de Direito do Trabalho**, v. 32, n. 124, out./dez. 2006.
- AGUIAR, Marcelo Dias. **Flexibilização das leis trabalhistas**, 20 ago. 2007. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br/materias/noticias/flexibilizacao-leis-trabalhistas>>.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**. 3. ed. Brasília: Renovar, 2008.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2003.
- BONNA, Aline Paula. A Vedaçāo do Retrocesso Social como Limite à Flexibilização das Normas Trabalhistas Brasileiras. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3^a Região**, Belo Horizonte, v. 47, n. 77, jan./jun. 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- _____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- _____. **Direito constitucional**. 5. ed., Coimbra: Almedina, 1995.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **O Direito do Trabalho em tempos de crise econômica**. Revista Consultor Jurídico, 3 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jun-03/desafios-direito-trabalho-tempos-crise-economica>>.

DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

EUROPEAN CENTRAL BANK. **Euro Area Labour Markets and the Crisis**. Frankfurt Am Main, 2012.

FERRAZ, Fábio. **Evolução Histórica do Direito do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/estudantesdireito/anhembimorumbi/fabioferraz/evolucaohistorica.htm>>.

GHISLENI, Maria Salete Dalla Vecchia. **Flexibilização do Direito do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.univates.br/files/files/univates/graduacao/direito/FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO.pdf>>.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Flexibilização dos direitos trabalhistas**. São Paulo: LTR, 2009.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Global Employment Outlook, April 2012 Projections**. Genebra: ILO, abr/2012

JAQUES, Gustavo. Proibição de retrocesso social nas relações de trabalho – direito coletivo e plano de saúde. **Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região**, n. 5, 2010.

KRIEGER, Mariana Gusso. HASSON, Roland. **O Direito do Trabalho em tempos de crise**. Disponível em: <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=2046&categoria=Arbitragem>.

LEAL, Roger Stiefelmann. **Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>>.

MARTINS, Sergio Pinto. **Flexibilização das Condições de Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Jus Podium, 2008.

MEIRELES, Edilton. Princípio do não-retrocesso social no direito do trabalho. **Revista Síntese Trabalhista**, Porto Alegre, v. 15, n. 179, 2004.

MELO, Geraldo Magela. A vedação ao retrocesso e o Direito do Trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3^a Região**, Belo Horizonte, v. 52, n. 82, jul./dez. 2010.

MURADAS, Daniela. **Contributo ao Direito Internacional do Trabalho: a reserva implícita ao retrocesso sociojurídico do trabalhador nas convenções da Organização Internacional do Trabalho**. 2007, 392p. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 29. ed. São Paulo: LTr, 2003.

PUBLIC SERVICE EUROPE. **EU Member States Deconstructing Labour Laws**. 06 set. 2012. Disponível em: <<http://www.publicserviceeurope.com/article/2414/the-deconstruction-of-labour-laws-by-eu-member-states>>.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 1, n. 4, out. 1999.

RUSSO, Rodrigo. **Europa mexe na lei trabalhista contra crise**. Folha de S. Paulo, Caderno Mundo, 01 abr. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica**: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro, 2012. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>.

SOARES, Ricardo Maurício Freitas. **A vedação ao retrocesso social**. Disponível em: <http://www.bahianoticias.com.br/2011/imprime.php?tabela=justica_artigos&cod=62>.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

UNIPÊ. **Professor da Universidade de Coimbra fala sobre a crise do trabalho na Europa**. 23 mai. 2013. Disponível em: <<http://www.unipe.br/graduacao/marketing/noticia/2013/05/23/professor-da-universidade-de-coimbra-fala-sobre-a-crise-do-trabalho-na-europa>>.

URIARTE, Oscar Ermida. **A flexibilidade**. São Paulo: LTr, 2002

VASCONCELOS, Vagner Morás. **Flexibilização das Normas Trabalhistas: Um Avanço Necessário ou um Retrocesso Social?**, 22 jul. 2010. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4377>.

* Recebido em 07 jan. 2015.



NOTAS SOBRE O PAPEL DA AUTONOMIA PRIVADA NO EXERCÍCIO DE SITUAÇÕES JURÍDICAS DE NATUREZA REAL

*Eduardo Nunes de Souza**

Resumo

O princípio da autonomia privada desenvolveu-se historicamente no âmbito da seara contratual, afastado dos direitos reais, que eram guiados pela lógica da tipicidade e taxatividade de conteúdo. Em perspectiva contemporânea, contudo, com a flexibilização das diferenças clássicas entre direitos reais e obrigacionais em torno de uma disciplina comum a todos os direitos patrimoniais, torna-se possível perceber relevante espaço à autonomia privada também em matéria de direito das coisas. Nesse contexto, a incidência da boa-fé objetiva em suas variadas funções no âmbito de uma relação jurídica real se revela importante e inovadora aplicação do princípio.

Palavras-chave

Direitos reais. Autonomia privada. Boa-fé objetiva.

NOTES ON THE ROLE OF PRIVATE AUTONOMY IN THE EXERCISE OF IURA IN RE

Abstract

The principle of private autonomy has been historically developed in the sphere of contract law, away from the *iura in re*, which were guided by the logic of typical law provisions. In a contemporary perspective, however, and with the mitigation of the classic differences between *iura in re* and credit rights towards a common discipline of all patrimonial rights, it becomes possible to notice a relevant space of private autonomy also in the *iura in re* sphere. In this context, the incidence of objective good faith in its various functions over this kind of juridical relation becomes an important and innovative application of this principle.

Keywords:

Iura in re. Private autonomy. Objective good faith.

1. A TÍTULO DE INTRODUÇÃO: UM CASO PARADIGMÁTICO

Por vezes, o esforço interpretativo empreendido pelo magistrado na busca da normativa do caso concreto pode revelar mais sobre a lógica que orienta o sistema jurídico do que se poderia supor. Assim parece ter acontecido

* Doutorando e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor substituto de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Assessor jurídico junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

no julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do Recurso Especial n. 1.124.506/RJ.¹ O caso envolvia o exercício de uma servidão de águas, por força da qual certo lote de terra, que contava com uma nascente, deveria fornecer água a outros dois lotes, pelo tempo que fosse necessário para que estes adquirissem capacidade plena para obter água alhures (momento em que se daria por extinta a servidão). A relatora do acórdão, Min. Nancy Andrighi, propôs uma abordagem inovadora para a questão, afirmando que a condição resolutiva que determinava o momento da extinção do direito real de servidão fosse interpretada conforme os ditames do princípio da boa-fé objetiva, princípio que é tipicamente aplicado aos direitos obrigacionais.²

A hipótese apresenta diversas peculiaridades relevantes. Trata-se de recurso interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. A ação original pretendia o cumprimento de obrigação de fazer, cumulada com pedido de reparação de danos materiais e morais. No caso, três irmãos eram proprietários de uma fazenda, posteriormente desmembrada para a criação de um loteamento. No momento do desmembramento, os ex-condôminos constituíram servidão mediante a qual um deles, que ficara com a propriedade sobre o lote onde se encontrava uma nascente de água, obrigava-se a fornecer parte da respectiva vazão aos demais lotes.

Essa servidão foi estabelecida com a condição resolutiva de valer somente até que o lote vizinho se tornasse autônomo, obtendo toda a água necessária às suas necessidades por fontes independentes. Anteriormente à assinatura do contrato de servidão, contudo, o proprietário do prédio serviente teria formalizado, perante o Departamento Nacional da Produção Mineral (DNPM), um pedido de pesquisa para exploração comercial da água, com exclusividade, constituindo para tanto uma empresa. O pedido foi deferido e a exploração da nascente inviabilizou o abastecimento de água dos ex-condôminos. Posteriormente, o dono do prédio serviente veio a falecer.

Os proprietários dos dois outros lotes ajuizaram, em seguida, ação de servidão em face do espólio, com o objetivo de condenar o réu a fornecer 1/3 (um terço) da vazão de água da nascente aos outros lotes; indenizar o valor correspondente, caso o fornecimento fosse impossível; e reparar o dano moral causado. A sentença de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos formulados. Os ex-condôminos, irresignados, apelaram da decisão, assim como o espólio do proprietário do prédio serviente, que pretendia a majoração dos

¹ STJ, REsp. 1.124.506, 3^a T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 19.6.2012, publ. 14.11.2012.

² De fato, em sua matriz tedesca, o princípio da boa-fé objetiva desenvolveu-se como fundamento do direito obrigacional. A relevância da boa-fé objetiva para o direito das obrigações alemão, sobretudo por interpretação do § 242 do BGB, é registrado por ENNECERUS, KIPP e WOLF, que reconhecem como “*principio supremo y absoluto que domina todo el derecho de obligaciones, el de que todas las relaciones de obligación, en todos los aspectos y en todo su contenido, están sujetas al imperio de la buena fe*” (Tratado de derecho civil. Volume II, tomo 1. Barcelona: Bosch, 1947, p. 19).

honorários advocatícios fixados na sentença *a quo*. O acórdão deu parcial provimento apenas ao recurso do espólio, ao passo que negou provimento ao recurso dos ex-condôminos.³

Em sede de Recurso Especial interposto pelos ex-condôminos em litisconsórcio, arguiu-se a violação dos arts. 1.387, 1.383 e 1.388 do Código Civil (uma vez que a servidão somente poderia ser cancelada por meio de ação judicial, não se podendo reconhecer sua caducidade incidentalmente); do art. 71, §3º do Código de Águas (Decreto 24.643/1934) e do art. 1º, III, da Lei 9.433/1997 (que estabelecem, como prioridade para a utilização dos recursos hídricos, as necessidades da vida, o consumo humano e a dessedentação de animais). O acórdão, de relatoria da Min. Nancy Andrichi, deu provimento ao recurso em votação por maioria, vencido o Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Entendeu-se, então, que a falta de requerimento de implementação da servidão por anos após firmado o contrato indicava que o condomínio havia cumprido com seu dever de colaboração, buscando seu abastecimento por fontes autônomas. Constatando-se, porém, que tais fontes eram insuficientes, não havia de se falar em *suppressio*, sendo ainda possível o exercício da servidão.

O exemplo ora relatado remete ao instigante tema da aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva em sede de direitos reais. O princípio, cuja incidência sobre as relações civis tem provocado, nos últimos anos, verdadeira reformulação axiológica da autonomia privada, demanda, para sua aplicação em matéria de direito das coisas, uma investigação preliminar: a do espaço disponível para a autonomia no exercício de situações jurídicas de natureza real.

2. O ESPAÇO CONFERIDO À AUTONOMIA PRIVADA NO ÂMBITO DOS DIREITOS REAIS

A autonomia privada pode ser considerada o mais basilar dos princípios (e talvez a própria razão de ser) do direito civil.⁴ De fato, se a propriedade figura, por muito tempo, como o mais relevante direito subjetivo tutelado pelo

³ Vale observar que, no julgamento pelo Tribunal de Justiça, houve voto vencido, de lavra do então Des. Luís Felipe Salomão, reconhecendo que a servidão anteriormente estabelecida para os lotes representava um acréscimo de valor para as propriedades, de modo que sua extinção, provocada por ato do réu, somente poderia ser admitida mediante indenização.

⁴ Na doutrina italiana, assevera Rosario NICOLÒ: “se si volesse sintetizzare in una proposizione l’oggetto, a prima vista così vario e complesso, del diritto civile, [...] si potrebbe dire che esso è rappresentato da quel settore dell’esperienza giuridica in cui esercita un ruolo preminente l’autonomia riconosciuta all’individuo” (“Diritto civile”. *Enciclopedia del diritto*. Volume XII. Milão: Giuffrè, 1964, p. 909). No direito brasileiro, Miguel REALE, em clássico elenco dos princípios fundamentais do direito civil, alude à autonomia privada como o segundo mais relevante princípio, logo após a personalidade, conceituando-a como “o reconhecimento de que a geral capacidade jurídica da pessoa humana lhe confere o poder de praticar certos atos ou abster-se deles, segundo os ditames de sua vontade” (*Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 359).

Código Civil,⁵ a liberdade de atuação dos particulares para, com o poder (juridicamente reconhecido) de sua vontade, negociarem seus bens e demais interesses sempre constituiu a outra face da moeda, construindo o arcabouço jurídico necessário à circulação de riquezas tão cara ao ideário liberal que inspirou a primeira codificação.⁶ Mesmo no cenário contemporâneo, em que a dignidade humana encontra-se elevada à categoria de valor máximo da ordem constitucional brasileira, não seria incorreto afirmar que, do ponto de vista do direito privado, essa dignidade é tutelada prioritariamente pela proteção ao livre desenvolvimento do indivíduo em suas escolhas existenciais e pela tutela – hoje entendida como subordinada a tais escolhas – da liberdade de ação desse mesmo indivíduo nas relações patrimoniais em que se encontrar, dentro dos limites da legalidade constitucional.⁷

Com efeito, se antes o direito civil se ocupava primordialmente dos bens e de sua circulação, o valor que parece unificar a civilística contemporânea, marcada pelos fortes traços personalistas que se tornaram comuns ao ordenamento como um todo, consiste na liberdade do indivíduo em desenvolver suas relações existenciais e patrimoniais, uma vez demarcados os limites normativos dentro dos quais essa liberdade pode ser legitimamente exercida. Esse traço comum pode ser verificado na própria organização sistemática do direito civil, antes construído em torno de uma *summa divisio* que apartava direitos reais e obrigatoriais, e ora cada vez mais estruturado em torno da distinção, que se considera muito mais relevante, entre direitos existenciais e patrimoniais⁸ (justamente porque a liberdade de exercício dos primeiros é pautada por

⁵ Conforme leciona Stefano RODOTÀ, “*l’antica assimilazione della proprietà alla libertà – che già nell’esperienza giuridica medievale si era significativamente espressa in definizioni della proprietà ricalcate su quella che il Digesto dava per la libertà – aveva trovato nella filosofia giunsaturalistica prima, e successivamente nell’idealismo tedesco, una celebrazione che sarebbe apparsa definitiva già alle fine del XVII secolo e che, da allora in poi, sarebbe stata identificata con il pensiero liberale*” (Proprietà (diritto vigente). In *Novissimo Digesto Italiano*. Volume XIV. Torino: UTET, 1957, p. 133).

⁶ Registra Emílio BETTI que o negócio jurídico não é necessário “se non in quegli ordinamenti economico-sociali che riconoscono ai singoli una cerchia di beni di loro spettanza, in ordinamenti cioè basati sul riconoscimento della proprietà individuale. Solo sulla base di questo riconoscimento, infatti, la circolazione dei beni, come la prestazione di servizi fra singoli, è rimessa necessariamente all’autonomia privata” (Teoria generale del negozio giuridico. Napoli: ESI, 1994, p. 46).

⁷ Conforme analisa Gustavo TEPEDINO a respeito da autonomia privada, “tal poder, cujo conteúdo se comprime e se expande de acordo com opções legislativas, constitui-se em princípio fundamental do direito civil, com particular inserção tanto no plano das relações patrimoniais – na teoria contratual, por legitimar a regulamentação da iniciativa econômica pelos próprios interessados –, quanto no campo das relações existenciais – por coroar a livre afirmação dos valores da personalidade” (Evolução da autonomia privada e o papel da vontade na atividade contratual. In FRANÇA, Erasmo; ADAMEK, Marcus Vieira von (Coord.). *Temas de direito empresarial*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 317).

⁸ A criação desta nova dicotomia é propugnada por Gustavo TEPEDINO: “a dignidade da pessoa humana impõe transformação radical na dogmática do direito civil, estabelecendo uma dicotomia essencial entre as relações jurídicas existenciais e as relações jurídicas patrimoniais” (Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. *Temas de Direito Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 13). Torna-se, assim, “ociosa a partição entre direitos

valores bastante distintos da liberdade de exercício dos segundos).⁹ É a essa liberdade, corolário fundamental da dignidade humana,¹⁰ que, nas relações particulares, costuma-se denominar autonomia privada ou, em outra formulação, autonomia negocial.¹¹

Tais constatações, hoje amplamente difundidas, permitem alcançar duas outras inferências. De um lado, é possível concluir que a reestruturação dogmática do direito civil tem ocasionado uma aproximação cada vez mais marcante entre direitos reais e obrigacionais, outrora fundamentalmente dissociados, e hoje reunidos no âmbito de uma mesma autonomia privada patrimonial.¹² De outra parte, seria possível afirmar que todas as matérias de direito civil se relacionam, de um modo ou de outro, ao exercício da liberdade nas relações particulares – são, em outros termos, questões de autonomia privada.¹³ Curiosamente, porém, uma longeva tradição civilista nos países da família romano-germânica poderia pôr em xeque tais ilações: o termo “autonomia privada” é raríssimas vezes utilizado em matéria de direitos reais, desti-

reais e direitos obrigacionais”, vez que fundada nos aspectos estruturais das situações jurídicas, “não já nos seus aspectos funcionais” (*Ibid.*).

⁹ Trata-se de liberdades guiadas por valores muito dispare: a autonomia existencial propõe-se a promover diretamente o desenvolvimento da dignidade humana, ao passo que a autonomia patrimonial o faz apenas mediamente. Essa diversidade valorativa torna-se evidente se analisada a influência do princípio da solidariedade social sobre a liberdade em um campo e no outro: “no âmbito patrimonial os institutos são tutelados em razão e nos limites da sua função social. Já no âmbito extrapatrimonial não se deve cogitar de direitos-deveres para com a sociedade porque não cabe esperar o exercício de função social com relação aos atributos existenciais-constitutivos da pessoa humana” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os direitos da personalidade*. In VIEIRA, José Ribas (Org.). *20 anos da Constituição Cidadã de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 388).

¹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 106 e ss.

¹¹ Ao lembrar que diversos atos de autonomia são realizados também pelo Estado, negociando com particulares ou com outros entes públicos, Pietro PERLINGIERI propõe a expressão “autonomia negocial” como mais adequada do que autonomia privada, definindo-a como “o poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito público ou privado de regular com próprias manifestações de vontade, interesses públicos ou privados, ainda que não necessariamente próprios” (*O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 338).

¹² Afirma Pietro PERLINGIERI que a contraposição entre direitos reais e obrigacionais “perdeu nitidez nas suas fronteiras. Existem situações mistas que têm características típicas e tradicionais dos direitos reais (*realità*) e das relações obrigacionais” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., pp. 896-897). Sustenta, assim, o autor: “as situações subjetivas patrimoniais podem ser objeto de uma abordagem unitária, embora ainda não tenha sido elaborada, interpretativamente, uma normativa comum que lhe sirva de referência. Esta normativa comum não se pode identificar exclusivamente com o direito das obrigações ou com aquele das relações reais, mas deve ser concebida como a síntese da disciplina de todas as relações patrimoniais” (*Ibid.*, p. 892).

¹³ Assevera Rosario NICOLÒ: “in definitiva le nuove forme giuridiche, che si sono venute gradualmente elaborando, hanno sempre come fondamento e presupposto specifiche manifestazioni di quell'autonomia privata che costituisce il principio essenziale del diritto civile” (“*Diritto civile*”, cit., p. 910).

nando-se quase sempre ao campo das obrigações. Esse uso predominantemente setorial de noção tão relevante para o direito privado como um todo parece decorrer do somatório de alguns fatores.

Se, do ponto de vista axiológico, são bem conhecidos os valores que orientam a civilística contemporânea (precipuamente, a dignidade humana, a proteção dos princípios que dela decorrem e a tutela privilegiada de pessoas vulneráveis em relações específicas; além desses, a vedação ao enriquecimento sem causa, a tutela da confiança, a reparação integral dos danos, o aproveitamento dos bens conforme à sua função social, dentre tantos outros), do ponto de vista técnico o problema central do direito civil reside na atribuição de efeitos jurídicos a atos particulares, quando compatíveis com tais valores. De fato, se outros ramos do direito atribuem efeitos a atos eminentemente estatais,¹⁴ cabe ao direito civil conferir ou não eficácia a atos realizados por particulares (não pelo ente público).¹⁵

A complexidade dessa tarefa resulta ainda mais evidente na perspectiva civil-constitucional, segundo a qual todo ato humano, sem exceção, constitui um fato jurídico, porque resultante de uma liberdade juridicamente tutelada. A doutrina tradicional costuma designar “fato jurídico” aos fatos do mundo material que repercutem em efeitos jurídicos;¹⁶ para a metodologia civil-constitucional, em vez disso, absolutamente todos os fatos humanos reputam-se juridicamente relevantes, *ainda que* não apresentem efeitos jurídicos específicos, porque sua simples realização tem de ser conforme a uma liberdade garantida pelo Direito¹⁷ (sob pena de sua repressão em caso de desconformidade – o que também constitui, afinal, um tipo de relevância jurídica). Atrai-se, com isso, uma multiplicidade de atos cujos efeitos se submetem à chancela (e consequente proteção) do ordenamento.

A dificuldade em se reconhecerem efeitos jurídicos decorrentes da vontade particular (e não seria preciso lembrar o relevante o papel da vontade para a dogmática civilista, nos moldes liberais que a caracterizam até hoje) levou a uma graduação: a tarefa mostra-se mais complexa quanto maior for o pa-

¹⁴ Pense-se nos atos do administrador público (via de regra vinculados pela lei), nos atos do legislador (submetidos a rígido procedimento de validação) ou mesmo nos atos processuais, conduzidos perante a autoridade judicial e submetidos a regras procedimentais bem demarcadas.

¹⁵ Ao tratar dos variados problemas colocados pela noção de autonomia privada, ressalta Salvatore PUGLIATTI as dificuldades de reconhecer na autonomia privada uma fonte de efeitos jurídicos: “*Sotto altro profilo, la volontà verrebbe qualificata come autonomia, in quanto fonte degli effetti negoziali, e, coerentemente, sarebbe considerato come atto negoziale anche l’atto legislativo. Secondo un’altra tendenza, la volontà negoziale sarebbe eteronoma, in quanto costituirebbe uno degli elementi della fattispecie legale, si che la fonte degli effetti sarebbe sempre la legge*” (“Autonomia privata”. *Encyclopedie del diritto*. Volume IV. Milano: Giuffrè, 1959, p. 368).

¹⁶ Nesse sentido, v., por todos, AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 341.

¹⁷ Afirma-o PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 640.

pel da vontade individual na atribuição de efeitos ao ato. Distinguem-se, assim, os atos privados cujos efeitos decorrem da lei e os atos que, também empreendidos por particulares, têm seus efeitos por eles escolhidos.¹⁸ Trata-se da clássica divisão entre, de um lado, atos jurídicos em sentido estrito e atos-fatos jurídicos e, de outro, negócios jurídicos. O primeiro grupo recebe da lógica jurídica menor resistência: os atos-fatos e os atos jurídicos em sentido estrito funcionam de certo modo como fatos naturais, aos quais o próprio ordenamento atribui efeitos; neles, a consideração da vontade do agente (especialmente nos atos jurídicos em sentido estrito, para os quais se exige vontade juridicamente qualificada) visa mais à proteção do próprio interessado do que à legitimação dos efeitos produzidos.¹⁹ Nos negócios jurídicos, de outra parte, a resistência revela-se maior, pois cabe ao Direito apenas homologar efeitos jurídicos buscados pelas partes se reconhecer sua compatibilidade com os limites estruturais e os alicerces funcionais estabelecidos pelo sistema – a ensejar maior suspeita (ou, ao menos, cautela) na admissão dessa eficácia.

Muitas evidências dessa desconfiança em relação à eficácia escolhida pelas partes no negócio jurídico poderiam ser oferecidas. Pense-se, por exemplo, na enorme controvérsia doutrinária a respeito da teoria preceptiva do negócio jurídico, que sustentava ser a fonte negocial criadora de normas jurídicas concretas, auto-regulamento de interesses privados, mais do que simples exteriorização da vontade individual.²⁰ Do ponto de vista legislativo, pense-se

¹⁸ Alguns autores, levando ao extremo tal distinção, chegam a considerar que nos atos jurídicos em sentido estrito não há qualquer liberdade, seja quanto à ação, seja quanto ao conteúdo, inserindo no campo do negócio jurídico atos em que se verifique alguma atuação de vontade do sujeito. Assim, por exemplo, Pietro RESCIGNO, para quem “la qualifica di atto e, al tempo stesso, la negazione del carattere di negoziabilità potrebbero giustificarsi soltanto per l’adempimento dell’obbligazione, e più in generale per gli atti dovuti”. Remata o autor: *Anche quando l’atto di adempimento consista nel trasferire la proprietà o un altro diritto, l’atto conserva l’indicata natura esecutiva, e non assume perciò carattere dispositivo di un interesse, in virtù della efficacia traslativa (della proprietà o del diritto), già spiegata dall’atto (contratto con effetti reali, legato con effetti reali) [...]”* (*Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene, 1994, p. 290). Embora tal construção encontre óbice na vedação, no ordenamento brasileiro, da transmissão de direito real *solo consensu*, ainda assim ilustra bem a graduação da autonomia percebida amplamente pela doutrina entre atos com efeitos determinados por lei e atos negociais.

¹⁹ A diferença entre as duas categorias é registrada por PONTES DE MIRANDA: “Se o direito entende que é relevante essa relação entre o fato, a vontade e o homem, [...] o ato humano é ato jurídico, lícito ou ilícito, e não ato-fato, nem fato jurídico *stricto sensu*. Se, mais rente ao determinismo da natureza, o ato é recebido pelo direito como fato do homem [...], pondo-se entre parenteses o *quid* psíquico, o ato, fato (dependente da vontade) do homem, entra no mundo jurídico como ato-fato jurídico” (*Tratado de direito privado*. Tomo II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 457-458).

²⁰ O principal defensor da teoria foi Emilio BETTI, que afirmava: “il negozio contiene ed è essenzialmente una statuizione, una disposizione, un precezzo dell’autonomia privata in ordine a concreti interessi propri di chi lo pone; precezzo destinato ad avere efficacia costitutiva, a spiegare cioè immediatamente gli effetti ordinativi corrispondenti nella vita di relazione. La dichiarazione, pertanto, ha natura precettiva o dispositiva, e quindi carattere impegnativo; il comportamento ha di per se parimenti tale caratteri” (*Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 56).

ainda nos oitenta artigos dispensados pelo codificador de 2002 à disciplina geral do negócio jurídico (arts. 104-184), quando comparados ao único dispositivo (art. 185) que o Código Civil reserva ao regime geral dos atos jurídicos em sentido estrito. De fato, não há tanta desconfiança em relação a efeitos que a própria lei atribui: além de não partirem da vontade particular (destinada tão somente à realização material do ato), tais efeitos são necessariamente típicos – e sua abrangência, portanto, é conhecida previamente. O negócio jurídico, ao revés, tem efeitos derivados da vontade declarada; suas possibilidades, assim, são infinitas, desde que obedientes às restrições legais ou, em visão contemporânea, compatíveis com a axiologia do sistema (no qual a própria autonomia privada constitui um valor relevante).

Pelo mesmo motivo, indubitavelmente, o negócio jurídico corresponde ao instrumento por excelência da autonomia privada.²¹ De fato, não há expressão maior de liberdade juridicamente relevante do que a escolha dos efeitos jurídicos do ato praticado. Tais efeitos podem ser atípicos, dispensando previsão legal: os negócios jurídicos existem em *numerus apertus*, o que se exemplifica usualmente pela figura do contrato. Esse exemplo, aliás, parece mesmo ter se tornado mais forte que a teoria: sendo o contrato uma das principais fontes de obrigações, o princípio conhecido como autonomia privada passou a ser associado com enorme frequência à atipicidade peculiar dos direitos de crédito.²² Esse itinerário, relativamente simples, parece ser ao menos uma das razões pelas quais a autonomia privada, valor fundamental a todos os setores do direito civil, acabou por ter sua aplicação prática circunscrita, no mais das vezes, aos direitos obrigacionais.

De fato, no que tange aos direitos reais, a lógica de sua formação revela-se diametralmente oposta. A constituição de boa parte dos direitos reais ocorre por meio de atos-fatos jurídicos (os denominados “atos reais”²³ – pense-se em formas de aquisição da propriedade como a ocupação, o achado de tesouro, a especificação, a confusão, a comistão, a adjunção, a construção, a plantação). O direito brasileiro afasta ainda mais a constituição de direitos reais da figura do negócio jurídico, pois, ao contrário de sistemas como o francês e o italiano, nele a modalidade derivada de aquisição da propriedade não decorre apenas

²¹ Assim, por exemplo, define Francisco AMARAL: “A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica” (*Direito civil*, cit., p. 345).

²² Provavelmente para evitar essa redução, Miguel RÉALE denominava *autonomia da vontade* a capacidade geral de realizar atos ou evitá-los pelo poder da vontade, e designava como *princípio da liberdade de estipulação negocial* “a faculdade de outorgar direitos e aceitar deveres, nos limites da lei, dando existência a relações ou situações jurídicas, como os negócios jurídicos em geral e os contratos em particular” (*Lições preliminares de direito*, cit., p. 359).

²³ Segundo PONTES DE MIRANDA, os atos-fatos “abrangem os atos reais, a responsabilidade sem culpa, seja contratual seja extracontratual, e as caducidades sem culpa (exceto o perdão). Ainda quando, no suporte fático, de que emanam, haja ato humano, com vontade ou culpa, esses atos são tratados como ato-fato” (*Tratado de direito privado*. Tomo II, cit., p. 457).

do contrato, exigindo-se ainda a tradição ou o registro.²⁴ A usucapião, outra modalidade de aquisição da propriedade, tampouco reveste a forma negocial. Aparentemente, a disciplina em *numerus clausus* dos direitos reais, tanto quanto à sua constituição quanto ao seu conteúdo, afastaram em larga medida o modelo negocial e, por conseguinte, a noção de autonomia da vontade deste inteiro setor do direito civil.²⁵ Outras características ínsitas aos direitos reais, como a oponibilidade *erga omnes* e o direito de sequela, estariam relacionadas a esta aparente falta de autonomia.²⁶

Essas características, porém, têm sido relativizadas, deixando aos poucos de ser consideradas exclusivas dos direitos reais. Admitem-se, por exemplo, obrigações com eficácia real e, portanto, oponíveis contra terceiros,²⁷ as obrigações *propter rem*, segundo boa parte da doutrina, aderem à coisa de cuja titularidade decorrem.²⁸ Como se percebe progressivamente, os atributos dos

²⁴ A regra, reproduzida amplamente em doutrina, é assim enunciada por Caio Mário da Silva PEREIRA: “No sistema jurídico brasileiro, com efeito, a propriedade não se adquire *solo consenso*, isto é, pelo contrato exclusivamente”. Exige-se, ao revés, “um fato cuja materialidade determina a transmissão da propriedade. Neste passo, como em tantos outros, a tônica de nosso direito reside na inspiração romana, que informa o jogo dos princípios. Ali se dizia que pela tradição e pelo usucapião é que o domínio das coisas se transfere, não pelo contrato: *traditionibus et usucpcionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferuntur*” (*Instituições de direito civil*. Volume IV. Rio de Janeiro: GEN, 2014, p. 99).

²⁵ Contemporaneamente, contudo, tem-se criticado esse afastamento, a partir de uma análise funcional. No ponto, v. Enrico CATERINI, para quem as categorias da autonomia negocial e da propriedade deveriam ser “portadoras dos valores do ordenamento jurídico constitucional” e não apenas das “instâncias de liberdade pelas quais foram historicamente concebidas e teorizadas”. Explica o autor: “Il principio di tipicità dei diritti reali ha trovato la sua ragione nell’assoluta ed indiscriminata, libera ed incondizionata atipicità dell’autonomia negoziale. Il venir meno nell’ordinamento giuridico costituzionale delle stesse premesse che hanno retto vicendevolmente l’affermazione della tipicità dei diritti reali come limite dell’autonomia, e dell’atipicità negoziale come tutela della libertà del singolo che non sia proprietario – verso cui la libertà sulla cosa finisce per prevalere sulla libertà di iniziativa –, ha posto l’esigenza di una rilettura delle categorie giuridiche ed in particolare del principio di tipicità dei diritti reali. Nell’ambito di un differente titolo costituzionale dei singoli rapporti reali (esistenziali o patrimoniali), bisogna verificare la funzione costituzionale dei principi di tipicità dei rapporti reali e di autonomia negoziale [...]” (Il principio di legalità nei rapporti reali. Napoli: ESI, 1998, pp. 28-29).

²⁶ Sobre a intrínseca relação entre tipicidade e oponibilidade *erga omnes*, particularmente nos direitos reais limitados, cf. NATUCCI, Alessandro. *La tipicità dei diritti reali*. Padova: CEDAM, 1988, p. 157.

²⁷ É o caso, por exemplo, previsto pela Lei n. 8.245/1991: “Art. 8º Se o imóvel for alienado durante a locação, o adquirente poderá denunciar o contrato, com o prazo de noventa dias para a desocupação, salvo se a locação for por tempo determinado e o contrato contiver cláusula de vigência em caso de alienação e estiver averbado junto à matrícula do imóvel. [...]”.

²⁸ Na análise de Michele GIORGIANNI: “Posta di fronte a talune particolari situazioni (cosidette obbligations propter rem, oneri reali) la dottrina dominante rimane imbarazzata nel catalogarle, in base ai cennati criteri, nell’una o nell’altra delle due categorie, dato che in esse trova la presenza di taluni caratteri propri del diritto reale accanto a caratteri propri del diritto di credito; essa afferma di solito che esiste in realtà una zona di confine tra i diritti reali e i diritti di credito, diminuendo in tal modo assai chiaramente l’importanza ed il valore di quella distinzione” (GIORGIANNI, Michele. “Diritti reali (diritto civile)”. *Novissimo Digesto Italiano*, vol. V, Torino: UTET, 1960, p. 748). Vale registrar que a equiparação das obrigações *propter rem* aos ônus reais, contudo, é criticada por autorizada doutrina, que entende ingressarem tais obrigações no patrimônio do titular, desvinculando-se da coisa. A respeito, v. TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil*. Volume XIV, cit.

direitos reais não decorrem precipuamente de sua taxatividade e tipicidade, mas muito mais de sua publicidade.²⁹ Isso tem permitido até mesmo a admisão de direitos reais atípicos, tais como a multipropriedade imobiliária³⁰ ou os chamados condomínios de fato.³¹ A fronteira entre direitos reais e de crédito torna-se cada vez mais tênue, permitindo vislumbrar um espaço de atuação da autonomia privada no direito das coisas.

Nem seria necessário ir tão longe. A dissociação entre direitos reais e autonomia privada ignora ao menos dois aspectos fundamentais. De um lado, muitos direitos reais (sobretudo os limitados, de fruição ou garantia) dependem de negócio jurídico que os institua – este será justamente o título a ser levado ao registro adequado, no caso dos direitos que exigem a transcrição, e constituirá, em qualquer caso, a base a partir da qual será possível determinar se a posse foi transferida juntamente com o domínio, se foi desdobrada para a criação de um direito real limitado ou se a entrega da coisa representou mero efeito obrigacional. De outra parte, e talvez este seja o aspecto mais importante, existe um considerável grau de autonomia no perfil dinâmico dos direitos reais, vale dizer, no momento de seu exercício,³² muito embora o conteúdo essencial desses direitos esteja necessariamente previsto na lei, diversos aspectos de sua fruição abrem-se, na prática, à vontade (e ampla discricionariedade)

²⁹ Leciona Michele GIORGIANNI: “poiché l’essenza del diritto reale consiste, più che nel collegamento del potere con una cosa, nella inerenza di questo sulla cosa stessa in modo che il titolare possa ricevere soddisfazione del suo interesse a prescindere dalla situazione di fatto o di diritto in cui la cosa si trovi, l’ordinamento assicura tale soddisfazione solo se i terzi siano messi in condizione di conoscere l’esistenza di quel potere: i mezzi più idonei sono a tal uopo costituiti dal possesso per le cose mobili ovvero dalle annotazioni in speciali registri per gli immobili e per un certo numero di cose mobili” (Diritti reali (diritto civile), cit., p. 752). A respeito, basta pensar, no ordenamento brasileiro, na já aludida eficácia real dos contratos de locação imobiliária que, contendo cláusula de vigência, sejam levados a registro.

³⁰ Trata-se da “relação jurídica de aproveitamento econômico de uma coisa móvel ou imóvel, repartida em unidades fixas de tempo, de modo que diversos titulares possam, cada qual a seu turno, utilizar-se da coisa com exclusividade e de maneira perpétua” (TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 1).

³¹ Segundo Sylvio CAPANEMA, “é o que acontece em muitas cidades, nas quais se constroem conjuntos de casas, que se classificam, equivocadamente, como condomínios edilícios, mas não o são, considerando que as ruas internas são públicas e os lotes, com as respectivas acessões, são de propriedade exclusiva, não havendo partes comuns em todo o conjunto” (em atualização a PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2014, p. 67).

³² A noção de que o exercício dos direitos reais aproxima-se dos direitos de crédito não é recente; de fato, CARNELUTTI, ao distinguir os direitos reais dos obrigacionais, explicava que nestes sobressaía a situação passiva, ao passo que nos direitos reais o papel predominante era o da posição ativa, pois “frente ao *ius [in re]* não há uma obrigação, mas uma sujeição, situação bem menos visível que a obrigação”; rematava, porém: “a obrigação só mais tarde surgirá, no momento em que o *ius* com o *iussum* for exercido” (*Teoria geral do direito*. São Paulo: Saraiva, 1942, p. 287).

dos interessados.³³ *Mutatis mutandis*, trata-se de um exercício que pouco se distancia da liberdade para modificar os efeitos negociais que teriam as partes em um contrato típico que não desejassem desnaturá-lo em atípico.³⁴

Autonomia privada na constituição, modificação e exercício: eis um aspecto pouco ressaltado,³⁵ e ainda assim indissociável das relações reais. A proximidade com o direito contratual mostra-se pouco evidente no âmbito do direito de propriedade, em particular por se tratar de direito absoluto, adquirido de forma originária ou derivada translatícia – vale dizer, de modo que o novo dono não terá com o anterior, em regra, uma relação distinta daquela que terá, de todo modo, com o passivo universal. Nos direitos reais limitados (adquiridos, em geral, de forma derivada constitutiva), porém, a existência de dois direitos específicos sobre a mesma coisa (nu-proprietário e usufrutuário, usuário ou habitante; credor pignoratício, hipotecário ou anticrétilo e respectivo devedor; proprietários do prédio dominante e do prédio serviente; e assim por diante) põe em foco, no polo passivo do direito real, devedores específicos, cujo dever jurídico de abstenção ou tolerância será particularmente relevante

³³ Poder-se-ia falar, assim, em elementos naturais ou acidentais aos tipos reais, abertos à modificação das partes. Nesse sentido, afirma José de Oliveira ASCENSÃO: “a tipologia taxativa não impede que se admitam modificações dos direitos reais. Efetivamente, o direito real tem todo um conteúdo acessório, que é vastamente moldável pelas partes, mediante a substituição de disposições supletivas. Esse conteúdo é estranho à descrição fundamental em que consiste o tipo” (*A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa: Minerva, 1968, p. 332). Analogamente, pondera Marco COMPORTI: “Per quanto concerne il nucleo fondamentale della situazione reale, dunque, il limite dell’autonomia privata è ricollegato alla ineliminabilità delle situazione semplici che compongono tale nucleo fondamentale. Le altre situazioni semplici di vantaggio o di svantaggio, che, pur facendo parte della situazione reale, non ne rappresentano il nucleo fondamentale, ma costituiscono essenzialmente regole per il suo esercizio, potranno invece essere liberamente disciplinate dall’autonomia privata” (*Diritti reali in generale*. In CICU, Antonio e MESSINEO, Francesco. *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. III, t. 1. Milano: Giuffrè, 1980, p. 158).

³⁴ De fato, mais importante do que a diferença entre elementos essenciais ou acidentais do tipo de direito real, a distinção essencial parece residir entre a constituição estrutural do direito e o perfil dinâmico do exercício, residindo neste último o espaço aberto à autonomia. A esse propósito, afirma Marco COMPORTI: “Questa dualità di momenti, del resto, può prospettarsi anche per le situazioni conformanti il nucleo essenziale del diritto, le quali, quando configurano la struttura della situazione, appaiono ineliminabili e disciplinate dalla normativa dei diritti reali; quando invece si presentano sul piano operativo dell’esercizio del diritto, sono disciplinate dalla normativa delle obbligazioni per quanto non derogata da norme speciali” (*Diritti reali in generali*, cit., p. 170). Conclui o autor que, para fins de estabelecer a disciplina aplicável ao direito real, “appare più utile differenziare il momento della struttura dal momento dell’esercizio del diritto reale nel suo insieme, indipendentemente dal riferimento al nucleo essenziale o alle regole di esercizio di esso” (p. 172).

³⁵ Não sem valiosas exceções, como a análise contundente de Marco COMPORTI: “In proposito è subito il caso di precisare che l’ordinamento ammette chiaramente uno spazio all’autonomia privata, nella determinazione concreta dei poteri, delle facoltà, dei limiti e degli obblighi costituenti il contenuto delle varie situazioni reali, prevedendo al riguardo, in certe ipotesi, la possibilità che il titolo disponga altrimenti dalla disciplina normativa” (*Diritti reali in generale*, cit., p. 150). Como assinala o autor, o problema maior não é a admissão desse espaço de autonomia, mas a identificação de seus limites para além da simples alusão a normas de ordem pública.

para o exercício do direito correspondente.³⁶ A proximidade com os direitos de crédito resulta evidente:³⁷ de fato, tanto funcional quanto estruturalmente, a principal diferença entre a transferência meramente contratual da posse e a transferência para a constituição de direito real restringe-se ao fato de, nesta última, poder o possuidor direto opor seu direito contra terceiros, mas em ambos os casos poderá opô-lo ao indireto.

Quais são as consequências práticas das considerações empreendidas até o presente momento? Basicamente, a afirmativa de que existe um espaço para a autonomia privada tanto na constituição quanto no exercício dos direitos reais permite, primeiramente, demonstrar que não se verifica apenas um interesse coletivo ou social contraposto ao titular do direito real, mas que também pode haver interesses particulares. Em outros termos, a oponibilidade contra terceiros constitui princípio que não exclui o aspecto, menos característico dessa espécie de direito subjetivo, da exigibilidade de certos deveres jurídicos em face de um devedor específico. Assim, se não há dúvida de que toda a coletividade deve respeitar o exercício do usufruto de certo bem por seu titular (dever geral de abstenção), por outro lado o dever de tolerar a cessão do usufruto para terceiros pelo usufrutuário recai, ao fim e ao cabo, sobre um indivíduo específico (o nu-proprietário, possuidor indireto), pelo simples fato de que ninguém além dele estaria legitimado, em princípio, a manejá-los interditos possessórios ou de qualquer outro modo questionar judicialmente o exercício do direito de usufruto.

Mas, muito mais importante do que isso, demonstrar que há espaço para a autonomia privada no âmbito dos direitos reais permite ao intérprete atrair para esse setor, na medida em que forem com ele compatíveis, normas destinadas à disciplina dos direitos obrigacionais. De fato, se a autonomia privada costuma ser aludida como o princípio maior regente dos contratos (acompanhado, em geral, da obrigatoriedade dos pactos e da relatividade, e atualmente mitigado pelos chamados “novos princípios contratuais”, como a boa-fé objetiva, a função social e o equilíbrio contratual), há uma série de re-

³⁶ Na lição de Pietro PERLINGIERI: “A contraposição entre dever genérico e dever específico não é conforme à disciplina de todas as situações ditas reais: se é possível configurar um dever genérico na hipótese típica de direito real, que é a propriedade nas suas diversas formas e acepções, isto não é possível na maior parte das outras situações reais. Em regra, nas situações reais ditas de fruição, ao lado do dever genérico por parte de terceiros existe também uma relação entre um centro de interesses (usufruto, enfitéuse, direito de servidão) e um outro já individualizado (nua-propriedade, propriedade do senhorio, direito do prédio serviente)” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., pp. 897-898).

³⁷ Cite-se, ainda uma vez, PERLINGIERI: “as situações reais não se reduzem ao exclusivo dever genérico de abstenção por parte de terceiros; elas, especialmente aquelas limitadas de fruição, caracterizam-se pela presença de deveres específicos integrativos. Não existe, assim, uma nítida separação entre situações creditórias e reais: frequentemente situações obrigacionais se integram com interesses mais amplos e constituem situações complexas” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 898).

gras e princípios dessa área do direito civil que passam a fazer sentido no âmbito dos direitos reais, quando se percebe que nestes não figura única e simplesmente um interesse individual contraposto a um interesse geral, mas podem também existir interesses individuais contrapostos.

3. PERSPECTIVAS PARA A INCIDÊNCIA DAS FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA SOBRE O EXERCÍCIO DE DIREITOS REAIS

O já mencionado acórdão proferido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp. n. 1.124.506/RJ fornece exemplo claro e pioneiro dessa aplicação. Com efeito, na perspectiva que vislumbra nos direitos reais a simples contraposição de um interesse individual e um interesse geral, dificilmente faria sentido a aplicação da boa-fé objetiva. De fato, a boa-fé figura como o princípio que foi responsável por remodelar o direito contratual, de modo que a relação obrigacional deixasse de funcionar como o estatuto de tutela do credor em face do devedor e passasse a ser vista como um processo cooperativo entre ambos,³⁸ criando deveres recíprocos que, quanto apresentem fonte legal,³⁹ agregam-se ao conteúdo do negócio jurídico.⁴⁰ Como é intuitivo, a noção de cooperação não se aplica com facilidade entre um indivíduo e toda a coletividade; cooperam entre si, em geral, sujeitos determinados.⁴¹ Entre os titulares do prédio dominante e o dono do prédio serviente, porém, faz sentido falar em atuação de boa-fé.

³⁸ No ponto, indispensável a referência a SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

³⁹ Trata-se do processo que se denomina heterointegração do contrato, assim sintetizado por Stefano RODOTÀ: “*In definitiva, con l’eterointegrazione [...] si allude a forme di intervento sul contratto che varino al di là del pur ampio svolgimento della logica della dichiarazione e che, quindi, si aggiungono all’attività delle parti nella costruzione del definitivo regolamento contrattuale*” (*Le fonti di integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè, 1969, p. 9).

⁴⁰ Ao ponto de seu descumprimento, segundo parte da doutrina, ensejar verdadeiro inadimplemento contratual. Para um estudo recente e com ampla indicação bibliográfica sobre o tema, cf. SILVA, Rodrigo da Guia. Inadimplemento contratual decorrente do descumprimento de deveres anexos. *Revista da EMARF*, vol. 18. Rio de Janeiro, jul/2013, pp. 308 e ss.

⁴¹ A esse propósito, é tradicional, particularmente na doutrina italiana, a distinção que associa as situações jurídicas de crédito a relações de *cooperação* e as situações jurídicas reais a relações de *concorrência*. A distinção é assim sintetizada por Marco COMPORTI: “*V’è chi ha ritenuto che i rapporti sociali si svolgano essenzialmente sulle due direttive della concorrenza e della cooperazione: nella prima direttiva della concorrenza i rapporti giuridici, regolati dalle norme distributive, diretti all’attribuzione a ciascun soggetto di una sfera di godimento dei beni della vita, darebbero luogo ai rapporti reali; nella seconda direttiva della cooperazione i rapporti giuridici, costituiti dalle norme commutative e diretti alla variazione della sfera di godimento delimitata dalle norme distributive, per il miglior raggiungimento dei fini di ciascuno, costituirebbero i rapporti obbligatori*” (*Diretti reali in generale*, cit., pp. 63-64). A distinção entre relações de cooperação e concorrência é normalmente atribuída a Francesco CARNELUTTI, que, no entanto, reconhece sua insuficiência para esclarecer a distinção entre direitos obrigacionais e reais, sobretudo conforme se compreendeu que o credor poderia dispor de seu crédito como se se tratasse de um bem (marca que outrora caracterizou a propriedade), ao passo que ao proprietário a lei passou a impor restrições à disposição (*Teoria geral do direito*, cit., pp. 286-289).

Foi o que reconheceu o STJ, fazendo incidir ao caso a mesma lógica que orienta as relações obrigacionais ao identificar no exercício da servidão amplo espaço para a autonomia privada e, consequentemente, relevante necessidade de cooperação entre as partes envolvidas.⁴² Essa aplicação da boa-fé exemplifica com clareza a aproximação verificável entre o perfil do exercício de uma situação jurídica subjetiva de crédito e de uma situação jurídica subjetiva real.⁴³ De fato, conforme amplamente difundido em doutrina, atribuem-se à boa-fé objetiva três funções principais.⁴⁴ Todas encontram-se previstas no Código Civil em dispositivos específicos, duas na Parte Geral e uma no Livro das Obrigações. A distribuição topográfica, embora não deva servir de argumento definitivo, talvez seja um indício importante para a investigação do alcance e das possibilidades da aplicação da boa-fé objetiva para além das relações obrigacionais. Trata-se de princípio decorrente da solidariedade social e, por isso, mais voltado às relações patrimoniais, revelando-se controversa em doutrina a possibilidade de se imporem interesses coletivos ou sociais como parâmetros valorativos nas relações existenciais.⁴⁵ O direito das coisas, assim, parece ser o terreno mais fértil para a aplicação do princípio em sede extracontratual.

⁴² A servidão, aliás, costuma ser indicada pela doutrina como um dos direitos reais que mais abrem espaço à autonomia privada: “*La servitù è il diritto reale che riserva il maggior campo all'autonomia privata in quanto, nel vasto ambito dell'utilità oggettiva del fondo dominante, che funge da criterio di qualificazione privatistica dello schema generale della servitù*” (COMPORTI, Marco. *Diritti reali in generale*, cit., p. 150).

⁴³ Observa Marco COMPORTI que, na doutrina alemã, “*la questione più grave e più dibattuta resta l'applicabilità del principio di buona fede* (Treu und Glauben *di cui al § 242 B.G.B.*), per paralizzare l'esigibilità di certe pretese in tema di servitù, di oneri reali, di azioni reali, od addirittura per determinare il contenuto ed i limiti del diritto reale: e l'orientamento dominante appare favorevole all'estensione del fondamentale principio di buona fede anche nel settore dei diritti reali” (*Diritti reali in generale*, cit., p. 168). De outra parte, na doutrina italiana, “*non sono mancate voci recenti che hanno evidenziato la questione, specie riguardo agli iura in re aliena. È stato infatti sostenuto che la parte generale delle obbligazioni dovrebbe servire ad integrare la disciplina dei diritti reali su cosa altrui, con riguardo non solo ai modi di estinzione, ma anche all'esercizio del diritto ed all'adempimento del dovere ed il principio di correttezza e buona fede dovrebbe valere anche per la disciplina suddetta, senza bisogno di particolari adattamenti*” (pp. 168-169). Não significa, por outro lado, que os deveres de cooperação não atuem de forma mais marcada em sede de direitos obrigacionais. Segundo Pietro PERLINGIERI, um dos aspectos que devem ser verificados diante de um caso concreto para distinguir entre direitos reais e obrigacionais é justamente “a existência, a qualidade e a quantidade da cooperação que um sujeito é obrigado a dar para alcançar o resultado que constitui o conteúdo da situação subjetiva” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 899).

⁴⁴ Por todos, v. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 427. Trata-se de tripartição bastante difundida pela obra de Franz WIEACKER (cf. *El principio general de la buena fé*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1982, p. 50), segundo o qual “o parágrafo 242 BGB atua também *iuris civilis iuvandi, supplendi ou corrigendi gratia*”.

⁴⁵ Ilustrativamente, a suposta função social de situações existenciais é negada, dentre outros, por Maria Celina BODIN DE MORAES (*Ampliando os direitos da personalidade*, cit., p. 388): “Como consequência direta da constitucionalização do direito civil, portanto, no âmbito patrimonial os institutos são tutelados em razão e nos limites da sua função social. Já no âmbito extrapatrimonial não se deve cogitar de direitos-deveres para com a sociedade porque não cabe esperar o exercício de função social com relação aos atributos existenciais-constitutivos da pessoa humana”.

As funções da boa-fé previstas na Parte Geral do Código Civil correspondem à função interpretativa (art. 113) e à função restritiva do exercício de direitos (art. 187). Trata-se de duas funções cuja aplicação na seara dos direitos reais não deveria causar grande perplexidade. De fato, a primeira, de índole hermenêutica, permite reconhecer que pode (e costuma) haver um negócio jurídico na constituição dos direitos reais, e que as cláusulas nele pactuadas devem ser interpretadas de modo a promover a cooperação entre as partes; desnecessário dizer que o conteúdo dos direitos reais tipificado pelo legislador também deve ser interpretado à luz do princípio. A segunda função, parâmetro valorativo do abuso do direito, promove o controle axiológico do exercício de qualquer situação subjetiva, inclusive real: mesmo em direitos que têm o seu conteúdo tipificado (aparentemente, sem grande liberdade criativa para as partes quanto ao seu exercício), espera-se que seu titular não aja de modo contrário ao ordenamento, seja de modo ilícito (contrariando a estrutura que o legislador previu para seu direito), seja de modo abusivo (contrariando a função subjacente à disciplina legal).⁴⁶

A terceira grande função da boa-fé objetiva, aquela que prevê deveres positivos de cooperação entre as partes, encontra-se prevista no Livro das Obrigações do Código Civil, em seu art. 422. Para além do fato de não estar inserida na disciplina geral do negócio jurídico, mas sim no regime das relações contratuais (o que poderia indicar uma opção legislativa mais restritiva quanto à sua incidência), esta função afigura-se mais delicada em sua aplicação, justamente por impor às partes novos deveres positivos, para além daqueles oriundos do regramento contratual ou, caso estendida às relações reais, do tipo legal. Outros princípios derivados da solidariedade social, como a própria função social, enfrentaram dificuldade inversa, tendo encontrado aplicação mais sólida no âmbito dos direitos reais do que nos contratos (justamente por contraporem interesses individuais a interesses coletivos ou sociais, o que explica que se adaptem melhor a direitos oponíveis *erga omnes*).⁴⁷ O trabalho doutrinário e jurisprudencial no sentido de se determinar um conteúdo específico para esta terceira função da boa-fé em matéria de direito das coisas (seguindo-se o exemplo da função social) afigura-se, desse modo, muito mais árduo.

As duas primeiras funções mencionadas parecem ter sido aquelas aplicadas ao caso julgado pelo STJ que ora se comenta. De fato, ao negócio jurídico que constituiu a servidão foi apostila uma condição resolutiva: a que previa a

⁴⁶ Sobre esta distinção entre ato ilícito e abuso do direito, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 50, abr-jun/2012, pp. 66 e ss.

⁴⁷ Sobre as diferenças de aplicação da função social no âmbito contratual e no direito de propriedade, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, vol. 54, abr-jun/2013, pp. 85 e ss.

extinção do direito real no momento em que os titulares do direito pudessem obter água de outro modo. Como se sabe, salvo no caso de desapropriação, as servidões levadas a registro apenas se extinguem formalmente (ao menos em face de terceiros) uma vez cancelado este.⁴⁸ Embora tal seja um requisito para que cessasse sua eficácia em face de terceiros, a doutrina sempre admitiu que entre as partes o dever jurídico do titular do prédio serviente termine concomitantemente com a cessação da utilidade para o prédio dominante,⁴⁹ cessação esta que pode estar prevista em cláusula do próprio negócio que instituiu a servidão⁵⁰ – o que aconteceu no caso em questão.⁵¹ O legislador de 2002 também consagrou esta modalidade de cessação no art. 1.388, II,⁵² mas exigiu do dono do prédio serviente que a prove judicialmente.

Não tendo havido cancelamento da servidão no registro nem instrução judicial provando a cessação da utilidade, é de se duvidar que o titular do prédio serviente pudesse, em regra, dar por extinta a servidão; a existência de condição resolutiva expressa, porém, poderia autorizá-lo a negar o fornecimento de água (a rigor, jamais utilizado pelos prédios dominantes), desde que interpretada a cláusula conforme a boa-fé objetiva – vale dizer, de modo a promover uma relação cooperativa entre as partes. Caso se entendesse que não restou plenamente configurada a cessação da utilidade, o comportamento do dono do prédio serviente ao se recusar ao fornecimento de água resultaria abusivo. Eis a aplicação das duas aludidas funções da boa-fé objetiva.

In casu, considerou o Superior Tribunal de Justiça que o fato de o fornecimento de água jamais ter sido requisitado pelos prédios dominantes não era suficiente para caracterizar a extinção da servidão. Com efeito, a doutrina tradicional sempre afirmou que o não uso era uma forma legítima de exercício

⁴⁸ A regra, já existente sob a égide do Código Civil de 1916, foi reproduzida pelo Código Civil em vigor: “Art. 1.387. Salvo nas desapropriações, a servidão, uma vez registrada, só se extingue, com respeito a terceiros, quando cancelada [...]”. Assim também em doutrina: “a efetiva extinção de uma servidão, perdendo sua eficácia de direito real, importa, como regra geral, em um ato complexo: causa extintiva mais cancelamento no Registro de Imóveis” (NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Direito real de servidão*. Rio de Janeiro: AIDE, 1985, p. 199).

⁴⁹ O Código Civil de 1916 apenas aludia, em seu art. 709, II, à servidão de passagem que tenha cessado pela abertura de acesso à via pública. A doutrina, porém, ampliava tal previsão. Por todos, v. ESPÍNOLA, Eduardo. *Os direitos reais limitados ou direitos sobre a coisa alheia e os direitos reais de garantia no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquista, 1958, p. 158.

⁵⁰ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Direito real de servidão*, cit., p. 226.

⁵¹ Conforme se extrai do inteiro teor do acórdão do STJ, a cláusula do instrumento particular de servidão de água estabelecia que: “[...] Fica, outrossim, acordado que, quando a data de terras remanescente possuir água com capacidade própria para o seu abastecimento, a presente servidão estará automaticamente extinta, para todos os efeitos de direito. [...]”.

⁵² *Verbis*: “Art. 1.388. O dono do prédio serviente tem direito, pelos meios judiciais, ao cancelamento do registro, embora o dono do prédio dominante lho impugne: [...] II - quando tiver cessado, para o prédio dominante, a utilidade ou a comodidade, que determinou a constituição da servidão; [...]”.

dos direitos reais⁵³ – e mesmo atualmente, à luz do princípio da função social, o descumprimento desta pode até acarretar a desapropriação do bem, ou a negativa de tutela ao proprietário no caso de uma disputa possessória, mas não propriamente a extinção automática do direito.⁵⁴ No entanto, justamente em matéria de servidão, prevê o legislador, desde a vigência do Código Civil de 1916, uma raríssima hipótese em que o não uso de certo direito real acarreta sua perda, ao dispor, no art. 1.389 do atual Código Civil, que a servidão se extingue pelo não uso por dez anos contínuos.⁵⁵ De qualquer forma, no caso concreto, transcorreram apenas oito anos de não uso, não sendo possível invocar o dispositivo citado em favor do prédio serviente.

O acórdão faz, ainda, uma consideração: lembra que a água constitui bem público de fundamental importância, e ressalta que o art. 1º, III da Lei n. 9.433/1997 determina que, “em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação dos animais”, ao mesmo tempo que o art. 71, §3º do Decreto n. 24.643/1934 (Código de Águas) dispõe que “terá sempre preferência sobre quaisquer outros, o uso das águas para as primeiras necessidades da vida”. Assim, esclarece a ementa do acórdão, “não é possível, em ponderação de valores, privilegiar o uso comercial da água, pelo titular do prédio serviente, em detrimento de seu uso para o abastecimento humano”. A alusão à ponderação de valores é significativa: sugere que, mesmo se a negativa do prédio serviente ao fornecimento após tantos anos fosse considerada legítima (não abusiva) em si mesma, igualmente o seria a pretensão dos prédios dominantes – e que, balanceando-se os valores em jogo, considerou-se esta última merecedora de tutela⁵⁶ em face da primeira, a privilegiar o uso para subsistência sobre o uso para fins comerciais. A complexidade desse juízo de valor evidencia ainda uma vez como o exercício de uma situação jurídica real abrange um espaço de liberdade, carente de controle valorativo, que não se esgota na tipificação legal.

⁵³ Por todos, veja-se a lição de Caio Mário da Silva PEREIRA: “Uma pessoa pode, na verdade, deixar de exercer qualquer ato em relação à coisa, sem perda do domínio. Temos dito e repetido que o não-uso é uma forma de sua utilização. A casa pode permanecer fechada, o terreno inculto, e nem por isso o dono deixa de sê-lo” (*Instituições de direito civil*. Volume IV, cit., p. 200).

⁵⁴ O não uso se torna, assim, apenas mais um aspecto a ser valorado à luz do caso concreto. A respeito do direito de propriedade, afirma Gustavo TEPEDINO: “a inação apenas merecerá tutela do ordenamento se e enquanto atender à função econômica e social da propriedade” (In AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil*, vol. 14. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 472).

⁵⁵ *Verbis*: “Art. 1.389. Também se extingue a servidão, ficando ao dono do prédio serviente a faculdade de fazê-la cancelar, mediante a prova da extinção: [...] III - pelo não uso, durante dez anos contínuos”.

⁵⁶ Sobre o significado da expressão “merecimento de tutela” e sua relação com a ponderação, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, vol. 58, abr-jun/2014.

Seria teoricamente possível, de outra parte, alegar *suppressio*, uma aplicação da boa-fé que prescinde de prazo fixo,⁵⁷ que permitiria considerar abusivo o exercício do direito após anos de inércia dos titulares dos prédios dominantes. Contudo, tal possibilidade, aludida pelo Tribunal Estadual, foi afastada pelo Superior Tribunal de Justiça,⁵⁸ ao argumento de que o fato de os titulares dos prédios dominantes não terem buscado o fornecimento de água por tantos anos, longe de indicar omissão ou desnecessidade da servidão, evidenciava o cumprimento de seu dever de buscar formas alternativas de obtenção de água. Em outros termos, os oito anos de não exercício seriam a prova cabal de que observaram seu dever de cooperação, procurando fontes alternativas; se, em dado momento, a obtenção de água não foi possível, e justamente por não ter sido extinta a servidão, faziam jus ao fornecimento pelo prédio serviente.

Por outro lado, diversas decisões, tanto do Superior Tribunal de Justiça quanto dos tribunais estaduais, já têm admitido a aplicação da boa-fé objetiva em sede de direitos reais, ainda que de modo incidental na fundamentação dos acórdãos, justamente por meio das chamadas figuras parcelares⁵⁹ da boa-fé objetiva, tais como a *suppressio*, a *surrectio* e a vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*). Todas essas aplicações correspondem ao emprego da boa-fé objetiva como parâmetro de aferição do exercício disfuncional (abusivo) de uma situação jurídica subjetiva – portanto, à função restritiva do exercício de direitos que se atribui ao princípio.

Tome-se inicialmente a figura da *suppressio*. Diversos casos a respeito da utilização exclusiva e prolongada no tempo de áreas comuns em condomínio edilício por um ou alguns condôminos invocam tal aplicação da boa-fé objetiva. Em controvérsia a respeito do fechamento de *hall* comum de certo edifício por dois condôminos, com alteração do projeto para a unificação das respectivas unidades autônomas (a justificar o uso exclusivo da área, que, de resto, já havia sido autorizado em assembleia condominial), registrou o relator, Min. Ruy Rosado, a aplicação da *suppressio* como modalidade de tutela da confiança

⁵⁷ A respeito, v. a célebre lição de MENEZES CORDEIRO: “Diz-se *suppressio* a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé. (...) O tempo sem exercício é eminentemente variável, consoante as circunstâncias, para que possa haver *suppressio*; o segundo fator – o dos indícios objetivos de que não haverá mais atuações – cuja necessidade é muito sublinhada, mas de conteúdo pouco explicitado, pode ter, na sua determinação, um papel fundamental” (*Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 797-811).

⁵⁸ Colhe-se do inteiro teor do acórdão: “A discussão dos autos não mergulhou em razões subjetivas do agir do instituidor da servidão – as quais podem ter existido, escusáveis ou não, consentidas, ou não, por titulares do imóvel serviente – mas a verdade é que os atos praticados arredam a configuração de boa-fé de caráter objetivo” (voto-vista do Min. Sidnei Benetti).

⁵⁹ Sobre a terminologia, cf. PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*. *Revista de Direito Privado*, vol. 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/2006.

e restrição ao exercício abusivo de direitos. Concluiu-se, no caso, pela impossibilidade de retomada da área comum pelo condomínio, salvo se alguma mudança nas circunstâncias justificasse a modificação desse benefício. A todo tempo, porém, asseverou-se que não era o caso de usucapião da área ocupada exclusivamente pelos condôminos, na medida em que o uso da mesma ainda se reputava autorizado pelo condomínio.⁶⁰ Outras decisões da Corte sobre a mesma matéria alcançam idêntica conclusão com base na *suppressio*.⁶¹

A aplicação da *suppressio* ao exercício de um direito real mostra-se especialmente relevante por não se aplicar à matéria a prescrição extintiva.⁶² Com efeito, como já observado, o não uso reiterado no tempo não corresponde, em regra, a uma hipótese de perda do direito real – justamente porque, não se tratando de direito de crédito, o exercício da situação jurídica não depende da exigência de uma prestação específica em face de outro centro de interesses. A abstenção devida, ao revés, é geral e imputada ao chamado passivo universal, devendo ser cumprida sempre, motivo pelo qual a inércia do titular do direito real não parece causar qualquer insegurança jurídica (motivo que funda-

⁶⁰ STJ, REsp. 214.680, 4^a T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julg. 10.8.1999, publ. 16.11.1999. Exrai-se do voto do relator: “[...] pode ser invocada a figura da *suppressio*, fundada na boa-fé objetiva, a inibir providências que já poderiam ter sido adotadas há anos e não o foram, criando a expectativa, justificada pelas circunstâncias, de que o direito que lhes correspondia não mais seria exigida. A *suppressio* tem sido considerada com predominância como hipótese de exercício inadmissível do direito e pode bem ser aplicada neste caso, pois houve o prolongado comportamento dos titulares, como se não tivessem o direito ou não mais quisessem exercê-lo; os condôminos ora réus confiaram na permanência desta situação [...]”.

⁶¹ Cf. STJ, REsp. 356.821, 3^a T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 23.4.2002, publ. 5.8.2002; STJ, REsp. 325.870, 3^a T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julg. 14.6.2004, publ. 20.9.2004. Assim também nos tribunais estaduais. Em certo caso, julgado pelo TJSP, no qual se pretendia a demolição de uma cozinha de restaurante construída em área comum de edifício, decidiu-se que, “na hipótese, não obstante não ocorrente a prescrição, há que se reconhecer terem os autores perdido o direito à retomada da área e demolição da respectiva construção face à inatividade no exercício da pretensão por período significativamente longo, o que tornou legítima, considerado o princípio da boa-fé objetiva, a ocupação promovida pelos réus” (TJSP, A. Resc. 90094170920098260000, 15º G.C.D.Priv., Rel. Des. Orlando Pistoresi, julg. 12.12.12, publ. 27.1.2013).

⁶² O campo privilegiado para a aplicação da *suppressio*, aliás, consiste nas relações que não se sujeitam a prazo prescricional, muito embora não se descarte a incidência da figura sobre direitos prescritíveis. A respeito, afirma Anderson SCHREIBER: “Parece, todavia, razoável admitir que, neste confronto com os prazos legais (prescricionais ou decadenciais), o valor da segurança que os inspira ceda em favor da tutela da confiança naquelas hipóteses em que ao simples decurso do tempo se somem comportamentos do titular do direito [...] ou circunstância de fato, imputáveis a ele ou não, que justifiquem uma tutela da boa-fé objetiva independentemente e acima dos prazos fixados em leis, em uma espécie de prescrição de fato. Assim, nas hipóteses de (i) omissão somada a comportamento comissivo inspirador da confiança; ou de (ii) omissão qualificada por circunstâncias que, na ausência de qualquer comportamento do titular, sejam capazes de gerar a confiança de terceiros, pode se tornar aceitável a aplicação do [...] *Verwirkung*, mesmo na pendência de um prazo legal fixo. A efetiva ponderação, todavia, somente poderá ser feita em cada caso concreto” (*A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 185).

menta, de outra parte, a prescrição extintiva). Em sede de direitos reais, a consequência do não exercício será, quando houver, a prescrição aquisitiva⁶³ – consequência, portanto, no campo possessório, sancionando-se a inércia do titular do direito que tarda em defender sua posse.⁶⁴

O reconhecimento, porém, dos diversos aspectos de autonomia privada inseridos no conteúdo dos direitos reais tem permitido a atração da lógica da extinção de prerrogativas pelo decurso do tempo também para essa matéria e independentemente da questão possessória ou da própria titularidade do direito, que permanece intacta: com efeito, em todos os casos aludidos reconhece-se a manutenção do condomínio e assevera-se que o uso exclusivo por determinados condôminos corresponde a posse consentida pelos demais – não se tratando, portanto, de posse *ad usucaptionem*, havendo mesmo decisões que caracterizam tal uso exclusivo, de modo pouco técnico, como detenção. Ainda assim, nega-se à comunidade de condôminos a retomada da área comum por simples controle valorativo do exercício da copropriedade à luz da boa-fé objetiva, tutelando-se a confiança despertada pela autorização do uso exclusivo enquanto as circunstâncias permanecerem as mesmas, vale dizer, enquanto nenhum prejuízo maior advenha da manutenção desse estado de coisas. Trata-se, como se percebe, de aplicação inovadora da boa-fé, resolvendo-se a questão não pelo prisma da titularidade ou pela tutela possessória, mas pelo controle valorativo da autonomia inserida no exercício do direito.

Não raro, nasce a *suppressio* geminada com a *surrectio*, outra figura parcial da boa-fé que corresponde ao fenômeno contrário, a saber, à aquisição de uma prerrogativa pela reiteração do comportamento nela contido ao longo do tempo, independentemente de titularidade formal.⁶⁵ A *surrectio* foi invocada, por exemplo, no caso de certo condomínio edilício que, por muito tempo,

⁶³ A distinção é explicitada em doutrina por meio das figuras das faculdades legais e das faculdades convencionais, conforme leciona Caio Mário da Silva PEREIRA: “Não prescrevem, igualmente, as chamadas faculdades legais, também designadas como direitos facultativos, que pertencem ao sujeito como consequências naturais do próprio direito, e se distinguem das denominadas faculdades convencionais, suscetíveis de prescrição, como direitos que são. Assim, não está sujeita à prescrição a faculdade que tem o proprietário de utilizar a coisa sua (facultas inerente ao domínio), mas prescreve a que lhe concede o vizinho de atravessar seu prédio (servidão de trânsito, que é um direito subjetivo). Imprescritível é o direito de propriedade, exerça-o ou não o dono, por qualquer tempo que seja. Mas se tolera que um terceiro o exclua da utilização da coisa, e se não se insurgir contra a criação de uma situação de fato contrária ao seu direito, pode vir a perder o domínio por usucapião. A conciliação dos princípios está em que a falta de exercício das faculdades legais não importa em causa de sua extinção; mas, se tolera o titular que um terceiro adquira um direito contrário ao seu exercício, perde-as” (*Instituições de direito civil*. Volume I. Rio de Janeiro: GEN, 2014, pp. 577-578).

⁶⁴ Ou, quando muito, a desapropriação diante do descumprimento da função social ou a tutela privilegiada de outro exercício possessório que se revele mais promovedor dos valores do ordenamento. Sobre esta última hipótese, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. Meu recimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil, cit., pp. 99 e ss.

⁶⁵ Conforme leciona MENZES CORDEIRO: “A *suppressio* é, apenas, o subproduto da formação, na esfera do beneficiário, seja de um espaço de liberdade onde antes havia adstricção, seja de

deixou de cobrar taxa condominial a uma unidade autônoma. Compreendeu-se que essa atitude resultou em prerrogativa para o titular da unidade, que se transmitia até mesmo ao novo adquirente desta.⁶⁶ Outra relevante figura parcial da boa-fé objetiva consiste na vedação ao comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*). Trata-se da proibição de que o titular de certa situação jurídica passe a exercê-la de modo contraditório ao exercício anterior, contrariando confiança despertada no outro centro de interesses da relação.⁶⁷ Na matéria, já se considerou contraditória a conduta do proprietário que repentinamente bloqueou rampa em seu terreno que dava acesso ao lote vizinho, incomodado com o comportamento das moradoras do lote ao lado, após ter permitido a passagem por certo tempo – muito embora se tenha afirmado que ele poderia fazê-lo legitimamente, se assinasse prazo bastante para que as vizinhas fizessem construir acesso próprio.⁶⁸

Aplicação dúplice da função restritiva do exercício de direitos e da função interpretativa da boa-fé objetiva pode ser colhida de decisão do STJ a respeito de supermercado que fez instalar no prédio em que se situava equipamento de refrigeração ruidoso, que incomodava um dos moradores.⁶⁹ Com efeito, embora a convenção de condomínio declarasse que o edifício se destinava exclusivamente ao fim comercial, sempre se admitiu também o uso residencial no prédio, a caracterizar a abusividade na instalação de equipamento cujas imissões sonoras não seriam compatíveis com este segundo uso. No caso, a boa-fé objetiva funcionou, ainda, como critério auxiliar para a interpretação da convenção condominial, exigindo-se a devida consideração dos dois usos (residencial e comercial) concretamente desenvolvidos do prédio. A mesma função interpretativa pode ser observada em caso julgado pelo Tribunal de

um direito incompatível com o do titular preterido, seja, finalmente, de um direito que vai adstringir outra pessoa por, a esse mesmo beneficiário, se ter permitido atuar desse modo, em circunstâncias tais que a cessação superveniente da vantagem atentaria contra a boa fé. O verdadeiro fenômeno em jogo é o da *rectio*, entendida em sentido amplo. [...] Assim, o beneficiário tem de integrar uma previsão de confiança [...]” (*Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 824). No mesmo sentido, AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE, 2004, p. 255.

⁶⁶ TJDFT, Ap. Civ. 912152020028070001, 4^a T.C., Rel. Des. Cruz Macedo, julg. 30.6.2005, publ. 20.9.2005.

⁶⁷ Segundo MENEZES CORDEIRO, “A locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Esse exercício é tido, sem contestação por parte da doutrina que o conhece, como inadmissível” (*Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 742). A respeito, v. também SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 114.

⁶⁸ TJSP, Ap. Civ. 00122822820088260281, 12^a C.D.Priv., Rel. Des. Sandra Galhardo Esteves, julg. 29.8.2014, publ. 29.8.2014.

⁶⁹ STJ, REsp. 1.096.639, 3^a T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 9.12.2008, publ. 12.2.2009.

Justiça de São Paulo no qual se pretendia a extinção de usufruto por modificação da destinação econômica do imóvel.⁷⁰ Afirmou-se, na hipótese, que a noção de destinação econômica deve ser interpretada conforme a boa-fé objetiva e com atenção às peculiaridades do caso concreto, o que permitiu concluir que o acréscimo de nova destinação (extração de areia em pequena área cujo solo não servia à agricultura) não representava violação da destinação principal do imóvel (atividade agrícola e pastoril).⁷¹

De se questionar, aliás, se não seria possível identificar, no mesmo caso sobre o usufruto, a criação de um dever positivo para o nu-proprietário, com base na aplicação da boa-fé objetiva, de tolerar o uso do imóvel para extração de areia, à revelia do acordo original que constituiu o usufruto para fins de exploração agrícola. Com efeito, a boa-fé impôs o temperamento da destinação principal pactuada, de modo que não apenas se reputaria abusiva a pretensão do nu-proprietário de ter extinto o usufruto com base na mudança de destinação (ferindo-se um dever geral de não exercer seu direito de forma disfuncional), como se poderia mesmo dizer que o princípio impõe a ele um dever específico de permitir essa exploração secundária. Ingressa-se, aqui, no campo da terceira função da boa-fé objetiva, aquele de criação de deveres anexos – aplicação do princípio que, como já se observou, afigura-se mais complexa e muito menos usual que as outras duas em matéria de direitos reais.

A maior complexidade na criação de deveres positivos aos titulares de direitos reais baseados na incidência do princípio da boa-fé não deve servir de óbice ao seu reconhecimento doutrinário e jurisprudencial. Com efeito, não se deve afastar *a priori* o surgimento de deveres de cooperação em situações reais, sobretudo aquelas decorrentes de relações de vizinhança, de condomínio ou de direitos reais sobre coisa alheia, hipóteses em que costuma haver um contato intenso entre as partes envolvidas. Pode-se cogitar, por exemplo, de específicos deveres de sigilo nas relações entre vizinhos, para além do simples dever legal de abstenção de interferências indevidas, deveres de cooperação e colaboração entre condôminos na administração da coisa em comum ou deveres de cuidado e proteção da coisa alheia pelo detentor de direito real limitado para além daqueles previstos pelo tipo legal ou pelo negócio de constituição do direito.

⁷⁰ TJSP, Ap. Civ. 6210154100, 4^a C.D.Priv., Rel. Des. Maia da Cunha, julg. 9.2.2009, publ. 18.3.2009.

⁷¹ De fato, também em doutrina se entende que a disciplina do exercício desse direito real visa à preservação da substância da coisa e, portanto, “se esta não for afetada, perde sentido a restrição, em homenagem ao princípio da boa-fé objetiva e da função social do negócio jurídico” (LOUREIRO, Francisco Eduardo. In: PELUSO, Cesar (Coord.). *Código Civil comentado*. Barueri: Manole, 2013, p. 1467).

As possibilidades são incontáveis, bastando para tanto considerar que a boa-fé encontra suas raízes na noção de contato social⁷² – onde existir esse contato, e quanto mais próximo e duradouro for ele, aí incidirão os deveres derivados da boa-fé objetiva, incluídas muitas relações de natureza real nas quais o contato constante entre sujeitos específicos mostra-se indissociável de seu próprio exercício. A tarefa é desafiadora, mas parece uma parada obrigatória no itinerário de aproximação que têm sofrido os dois grandes campos do direito civil patrimonial nos últimos anos.

4. SÍNTESE CONCLUSIVA

Sabe-se que o direito das obrigações e o direito das coisas, dois principais setores do direito civil patrimonial, não apresentam mais a distinção rígida que os caracterizava no passado, admitindo-se, por exemplo, cada vez mais que direitos obrigacionais possam ser oponíveis a terceiros, que direitos reais sejam criados de modo atípico e assim por diante. Esta fase de aproximação justifica a associação desses dois setores, guardadas as disciplinas específicas que continuam a lhes ser inerentes, a uma lógica comum de autonomia privada patrimonial. Com efeito, a autonomia privada, princípio que caracteriza o próprio objeto de estudo do direito civil, é muitas vezes aplicada na prática apenas como um princípio orientador do direito contratual, dado o caráter atípico que caracteriza este último, como se a tipicidade dos direitos reais ne-gasse um significativo espaço de autonomia tanto na constituição desses direitos como no momento de seu exercício.

O caso apreciado pelo STJ por ocasião do julgamento do REsp. 1.124.506/RJ, nesse sentido, fornece uma importante consequência da verificação desse espaço de autonomia no âmbito dos direitos reais, ao lançar mão das funções da boa-fé para a valoração do exercício de situações jurídicas reais. A aplicação desse princípio, normalmente restrita ao direito obrigacional, nestes casos demonstra como o controle valorativo do exercício dos direitos reais não se esgota na disciplina prevista pelo tipo legal, exigindo uma análise funcional do merecimento de tutela desse exercício como espaço de autonomia privada que representa – característica comum, aliás, a todo o direito civil patrimonial. Nesse sentido, aplicam-se as tradicionais funções da boa-fé objetiva (hermenêutica, restritiva do exercício disfuncional de direitos e criadora de deveres

⁷² A respeito do contato social, leciona Judith MARTINS-COSTA, “o contato social obedece a uma inesgotável multiplicidade de tipos, definidos consoante os igualmente inesgotáveis graus de proximidade ou distância e conforme as concretas situações em que operam” (*A boa-fé no direito privado*, cit., p. 402). Conforme observa a autora, há deveres que, “no contato social juridicamente valorizado, nascem de atos não negociais, como os atos-fatos, os atos jurídicos em sentido estrito e os atos ilícitos” (p. 403). A autora propõe, com base em Clóvis do Couto e Silva, o contato social como fonte imediata de todos os deveres obrigacionais.

positivos) também em matéria de direitos reais, tendência que se consolida na jurisprudência brasileira.

Dentre as três funções, predomina em sede de direito das coisas a aplicação da boa-fé como parâmetro de aferição do exercício abusivo dos direitos, sobretudo por meio da aplicação das chamadas figuras parcelares, como a *suppresso*, a *surrectio* e a vedação ao *venire contra factum proprium*. No entanto, verifica-se também a aplicação da função interpretativa, não sendo de se afastar, tampouco, a possibilidade de criação de deveres positivos aos titulares de direitos reais. Esta última aplicação, mais complexa e menos usual que as demais, deve ter por base o reconhecimento dos espaços de autonomia no conteúdo dos direitos reais e a incidência da boa-fé objetiva às situações de contato social, contato este que se verifica em diversas relações reais, como as de vizinhança, de condomínio e de direito sobre coisa alheia.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE, 2004.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **A tipicidade dos direitos reais**. Lisboa: Minerva, 1968.
- BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. Napoli: ESI, 1994.
- CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**, São Paulo: Saraiva, 1942.
- CATERINI, Enrico. **Il principio di legalità nei rapporti reali**. Napoli: ESI, 1998.
- COMPORTI, Marco. **Diritti reali in generale**. In CICU, Antonio e MESSINEO, Francesco. **Trattato di diritto civile e commerciale**. Volume III, tomo 1. Milano: Giuffrè, 1980.
- CORDEIRO, António Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.
- ENNECKERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martin. **Tratado de derecho civil**. Volume II, tomo 1. Barcelona: Bosch, 1947.
- ESPÍNOLA, Eduardo. **Os direitos reais limitados ou direitos sobre a coisa alheia e os direitos reais de garantia no direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Conquista, 1958.
- GIORGIANI, Michele. "Diritti reali (diritto civile)". **Novissimo Digesto Italiano**. Volume V. Torino: UTET, 1960.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MIRANDA, F.C. Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In VIEIRA, José Ribas (Org.), **20 anos da Constituição Cidadã de 1988**, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. O princípio da dignidade da pessoa humana. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Direito real de servidão**. Rio de Janeiro: AIDE, 1985.

NATUCCI, Alessandro. **La tipicità dei diritti reali**. Padova: CEDAM, 1988.

NICOLÒ, Rosario. "Diritto civile". **Enciclopedia del diritto**. Volume XII. Milano: Giuffrè, 1964.

PELUSO, Cesar (Coord.). **Código Civil comentado**. Barueri: Manole, 2013.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e **venire contra factum proprium**. **Revista de Direito Privado**, vol. 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2014.

_____. **Instituições de direito civil**. Volume I. Rio de Janeiro: GEN, 2014.

_____. **Instituições de direito civil**. Volume IV. Rio de Janeiro: GEN, 2014.

_____. **Responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PUGLIATTI, Salvatore. "Autonomia privata". **Enciclopedia del diritto**. Volume IV. Milano: Giuffrè, 1959.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2006.

RESCIGNO, Pietro. **Manuale del diritto privato italiano**. Napoli: Jovene, 1994.

RODOTÀ, Stefano. **Le fonti di integrazione del contratto**. Milano: Giuffrè, 1969.

_____. Proprietà (diritto vigente). In: **Novissimo Digesto Italiano**. Volume XIV. Torino: UTET, 1957.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo.** Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SILVA, Rodrigo da Guia. Inadimplemento contratual decorrente do descumprimento de deveres anexos. **Revista da EMARF**, vol. 18. Rio de Janeiro, jul/2013.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 50, abr-jun/2012.

_____. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. **Revista de Direito Privado**, vol. 54, abr-jun/2013.

_____. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. **Revista de Direito Privado**, vol. 58, abr-jun/2014.

TEPEDINO, Gustavo. Evolução da autonomia privada e o papel da vontade na atividade contratual. In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo; ADAMEK, Marcus Vieira von (Coord.). **Temas de direito empresarial: homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães**. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Multipropriedade imobiliária**. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. **Temas de Direito Civil**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. In AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). **Comentários ao Código Civil**. Volume XIV. São Paulo: Saraiva, 2011.

WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fé**. Madrid: Cuadernos Civitas, 1982.

* Recebido em 10 nov. 2015.



“CRISE” DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E A FUNÇÃO POLÍTICA DO JUDICIÁRIO: É O JUDICIÁRIO A “TÁBUA DE SALVAÇÃO” DA DEMOCRACIA?

*Fernando de Brito Alves**

*Guilherme Fonseca de Oliveira***

Resumo

Diante das manifestações populares ocorridas no cenário brasileiro em 2013 é possível fazer duas importantes indagações: poderíamos afirmar que a democracia representativa no Brasil entrou em crise? Teria o Poder Judiciário a legitimidade para tomar a voz das minorias e agir de modo ativista em favor delas visando salvaguardar a democracia? A partir de raciocínios indutivos, o presente artigo científico busca examinar essas duas questões à luz de considerações feitas por teóricos do direito e filósofos da democracia. Ao final, sustenta-se que, ao contrário de uma suposta crise, a hiperpolitização das sociedades significa o amadurecimento da democracia e que, ao optar pela adoção de posturas ativistas, o Poder Judiciário incorre na indignidade de falar pelos outros, fragilizando a democracia.

Palavras-chave

Crise. Democracia Representativa. Manifestações Populares. Nova Hermenêutica.

“CRISIS” OF REPRESENTATIVE DEMOCRACY AND THE POLITICAL ROLE OF JUDICIARY: IS THE JUDICIARY THE “LIFELINE” OF DEMOCRACY?

Abstract

In the face of popular demonstrations that took place in the Brazilian scene in 2013, it is possible to make two important questions: could we say that that representative democracy in Brazil is in crisis? Has the judiciary the legitimacy to speak for minorities and to adopt an activist way to judge causes in favor of them with the aim of the safeguarding the democracy? From inductive reasoning, this scientific paper seeks to examine those two questions in the light of considerations of legal theorists and philosophers of democracy. Finally, it is argued that, contrary to

* Pós-doutor em Direito Constitucional e Democracia pelo *Ius Gentium Conimbrigae* da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino. Mestre e Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor Adjunto da UENP (graduação, mestrado e Doutorado em Direito). Professor das Faculdades Integradas de Ourinhos (SP). E-mail: alvesfb@uol.com.br

** Mestrando em Ciência Jurídica pela UENP (Bolsista CAPES). Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: guilherme.advc@hotmail.com e guilherme@bni.adv.br

a supposed crisis, the hyperpolitzation of the society means the maturing of democracy and that, by opting for the adoption of activists postures, the judiciary incurs on the indignity of speaking for others, weakening democracy.

Keywords

Crisis. Representative Democracy. Popular Manifestations. New Hermeneutics.

1. INTRODUÇÃO

Diante das manifestações populares ocorridas no cenário brasileiro em 2013 é possível fazer duas importantes indagações: poderíamos afirmar que a democracia representativa no Brasil entrou em crise? Teria o Poder Judiciário a legitimidade para tomar a voz das minorias e agir de modo ativista em favor delas visando salvaguardar a democracia? Tais indagações importam na medida em que desde a ocorrência das manifestações populares no Brasil de 2013, têm-se observado discussões renitentes sobre uma suposta *crise da democracia representativa*, cujo fundamento consistiria basicamente no embate entre a atuação dos representantes do povo e a vontade do povo de atuar por si (participação popular).

A partir de raciocínios indutivos, o presente artigo científico busca examinar essas duas questões à luz de considerações feitas por teóricos do direito e filósofos da democracia. O estudo se divide basicamente em duas partes principais.

Inicialmente será ressaltado que o próprio conceito de *crise* é polissêmico, levantando a questão da (in)existência de uma crise efetiva no cenário político brasileiro. Seria tal crise uma constatação real ou apenas fruto de um discurso que se desenvolve por induções preguiçosas e falsos dilemas, frutos do senso comum teórico? Ainda no primeiro tópico, almeja-se demonstrar que o surgimento de oposições entre maiorias e minorias é corriqueiro dentro da democracia e que o alargamento da participação popular que evidencia este fenômeno não deve ser observado sob um viés negativo. Isto, pois, entende-se que tal movimento político torna a democracia verdadeiro instrumento de autodeterminação popular, desde que não desague em monopólios políticos espúrios.

O segundo tópico discorrerá sobre a universalização retórico-pragmática do argumento democrático para legitimar qualquer causa, regime, ou pretensão... ainda que na prática isto indique muito pouco ou nada de legitimidade democrática substantiva. Ainda no segundo tópico, será discutido a (viabilidade da) intervenção ativista do Judiciário em favor de minorias, isto quando dada maioria tentar se agigantar e impor-se tiranicamente, esboçando pontuações filosóficas, jurídicas e políticas sobre o tema. Discute-se, ao fim, a função do Judiciário enquanto instância de controle externo da política,

opondo-se ao ativismo e empregando uma saída à luz da nova hermenêutica, de tal forma que a aplicação do direito não prejudique a própria democracia.

2. A DEMOCRACIA BRASILEIRA ESTÁ EM CRISE?

Antes do enfrentamento da questão da suposta crise da democracia representativa, é necessário esboçar as características preliminares sobre a nossa compreensão a respeito do que vem a ser *crise*, tendo em vista que se trata de conceito polissêmico e de que, além disso, se trata de um signo presente em quase todos os tipos de narrativas, mobilizado como categoria definidora do contemporâneo (ROITMAN, 2012).

Com Michaela Richter e Reinhart Koselleck (2006, p. 357-400), comprehende-se o conceito de *critica* e *crise* enquanto cognatos. Desta forma, toda vez que se fala em crise, o discurso oculto (ou o não dito) encerra um juízo moral e comparativo entre o passado e o futuro, de modo que nessa esteira somos levados a nos perguntar sobre o que deu errado. É necessário entender, no entanto, que não há *crise* ou *não-crise*: tudo não passa de uma “observação lógica que gera significado em um sistema auto-referencial, ou um não-lugar a partir do qual a significar contingência e paradoxo” (ROITMAN, 2012).

Dito de outra forma, e retomando as reflexões de Koselleck e Richter, fortemente influenciadas pela obra *The Concept of Political* (2007) de Carl Schmitt, é necessário repolitizar as discussões contemporâneas sobre democracia representativa, resgatando que o conflito é da natureza da vida política, de modo que, não é possível a ocorrência do político sem a crise ou a crítica: e esta conclusão aparece porque os regimes democráticos devem favorecer uma cultura de contestação, uma ampliação das demandas sociais e uma hiperpolitização das sociedades.

As críticas à democracia representativa não são recentes. Philippe Lauvaux (1990, p. 84-85) afirma que elas já ocorrem de forma bastante veemente nos textos de Rousseau, Carré de Malberg e Kelsen, por exemplo. Apesar dessas críticas – que atravessam a história –, parte da literatura (ARDANT, 1999, p. 172-173) acertadamente apresenta razões de ordem prática e política para a adoção das técnicas de representação: entre as razões de ordem prática, a democracia representativa parece ser uma exigência do bom senso, já que existem severos óbices práticos para a concretização de qualquer proposta de democracia direta, de modo que os problemas comuns de um povo devem ser resolvidos por um parlamento, cujos integrantes tenham recebido uma delegação específica e temporalmente limitada para tanto. Ademais, do ponto de vista político, não é razoável considerarmos que a democracia direta seja o parâmetro ideal do governo popular, já que também apresenta suas complicações, especialmente se considerarmos que não é incomum que ela se degenera em bonapartismo (LOSURDO, 2004, pp. 9; 51), que inspira uma espécie de

coup d'état permanent, entregando o governo a líderes carismáticos extremamente hábeis capazes de manipular a vontade do povo, como temos visto recentemente na América Latina (ALVES, 2013).

Essa desconfiança na democracia direta – que não é exclusiva dos partidos conservadores – constitui a principal justificativa política para a adoção das técnicas representativas. Nada obstante, frise-se: as técnicas representativas não excluem (e jamais deverão excluir) a participação popular.

Trazendo a questão para o nosso cenário político, as manifestações de meados de 2013 – e também o dia a dia das discussões nas redes sociais, na mídia e em todo o meio público – exemplificam justamente isso: o interesse do povo pela política, ou seja, a hiperpolitização e o avivamento da participação popular, o que não se pode entender como crise no sentido apresentado por determinada parcela de comentadores.

As democracias contemporâneas têm desenvolvido uma série de mecanismos capazes de assegurar o controle da agenda pública dos representantes pelos diretamente interessados e, de toda forma, longe de um processo acabado, o acréscimo das técnicas de participação popular constituem uma pulverização, ou pluralização da esfera pública (que Nancy Fraser chama de “espaços contra-públicos subalternos” – FRASER, 1992, p. 123), capazes de gerar demandas em espaços ou fóruns políticos mais gerais, como o Parlamento (MIGUEL, 2003, p. 135).

Outro argumento, de natureza política, em defesa da democracia representativa, consiste em que essa técnica pode remediar a *ditadura das maiorias*: como não existe uma transitividade estrita entre a vontade dos eleitores e a atuação dos representantes, o parlamento poderia resistir legitimamente a “*force irrésistible au point de vue de la majorité*” (ARDANT, op. cit., p. 172). E esse argumento ganha força justamente porque a principal dificuldade institucional da democracia é agregar as vontades (preferências) individuais de forma justa, tanto para as maiorias, quanto para as minorias, questão que passa pela organização de um sistema eleitoral adequado, pelo desenvolvimento e incremento das formas institucionais da participação popular, além da cultura da transparência e *accountability*.

A teoria clássica presume que uma Assembleia tenda a ser mais razoável e menos demagógica com relação aos interesses e liberdades das minorias do que a agregação eventual e específica da massa dos eleitores.

Não é possível concordar com o argumento *in totum*.

Como as principais técnicas de decisão das Assembleias consistem na aplicação (mais ou menos incrementada, dependendo da matéria posta em deliberação) do princípio majoritário, não é incomum que em seus processos de decisão se formem maiorias e minorias políticas.

O que é preciso ter em mente, então, é que a formação de maiorias e minorias é razoável no sistema democrático.

Nessa esteira, contudo, surge a dúvida se a consolidação de maiorias estáveis não produziria monopólios políticos espúrios, hipótese na qual seria bastante razoável o controle externo das decisões assembleares. Mas, de qualquer forma, nas democracias maduras, o controle externo do Poder Legislativo - inclusive do processo legislativo -encontra-se a cargo dos Tribunais Constitucionais, cuja principal tarefa consiste na proteção da Constituição, dos direitos fundamentais e das minorias.

De acordo com Pietro Costa “a democracia dos modernos pressupõe uma nova antropologia política, uma nova visão do ser humano e de sua relação com a ordem política” (COSTA, 2010, p. 240) e pressupõe, por fim, protagonismo do sujeito (que é ao mesmo tempo origem e destinação funcional da ordem política).

Por essas razões não é razoável derivar das manifestações populares na história recente do Brasil a crise da democracia representativa. Isto porque, diga-se, participação popular e representatividade não são excludentes entre si, mas complementares.

As manifestações populares indicam que talvez a solidariedade não tenha desaparecido por completo e que, apesar do individualismo e do desmembramento das formas de vida correntes na sociedade industrial (como classe, gênero, status, família, etc.), relações orgânicas decorrentes das demandas concretas do povo são possíveis com o auxílio das novas tecnologias.

Sobre a desaparição da solidariedade, Ulrich Beck irá relacioná-la a uma “regressão antipolítica ao privado”, como “regresso à interioridade” (BECK, 2006, p. 81). Essa regressão antipolítica ao privado é acompanhada pelas ameaças de uma *depauperação projetada* (BECK, 2006, p. 93), que, sendo uma espécie de subproduto do desenvolvimento econômico e técnico da civilização ocidental, ameaça sob o viés biopolítico as próprias condições de existência da humanidade.

Sem prejuízo de todo o exposto, uma última pontuação é necessária para que se possa adentrar à segunda parte do texto: as manifestações populares no Brasil em meados de 2013, bem como os movimentos *occupy* que protagonizaram importantes manifestações na Europa e na América do Norte, possuem características em comum, consistentes na ausência de plataforma política, ausência de uma concepção objetiva de igualdade e a não apresentação de alternativas (HARVEY; ŽIŽEK; ALI, 2012). E isto, de um modo geral, denota uma espécie de atomismo, que embora sirva para manifestar o descontentamento com o sistema, ainda é produto da ideologia porque carece de utopia.

Nesse sentido, esse tipo de movimento social é como a rebeldia adolescente: é contestadora, mas não apresenta qualquer alternativa concreta, completa ou estruturada. É o romantismo político.

De qualquer forma, não há razões para se perder a esperança, o renascimento do político como demanda das democracias pluralistas contemporâneas é evidenciada pela consciência crescente de que a democracia é colocada em risco não apenas quando os valores encarnados por ela são insuficientes, mas principalmente, quando o “[...] excesso de consenso [...] mascara uma apatia inquietante” (MOUFFE, 1996, p. 17).

A democracia, dessa forma, caracterizada pela dissolução dos indicadores de certeza, momento no qual o povo experimentaria uma espécie de indeterminação relativa às bases do poder, da lei e do conhecimento, bem como, dos fundamentos das relações entre o si e o outro (LEFORT, 1988, p.19), abriria a possibilidade do estabelecimento de novos imaginários.

A concepção contemporânea de democracia, como sugerimos, emerge de um republicanismo cívico, também contemporâneo, que reconhece a prevalência do direito sobre o bem, mas que sabe que isso é o resultado de práticas hegemônicas que definem o razoável para contextos democráticos.

Dito de outra forma, a prioridade do direito existe, porque as sociedades democráticas são constituídas por instituições que definem os sujeitos políticos como sujeitos de direito que lhe são atribuídos, em boa medida, por essas mesmas sociedades, e que constroem algum consenso sobre a própria ideia de bem e de justiça (MOUFFE, 1996, p. 66).

Sem reduzir a vida política a uma unidade (ao modo de Rousseau ou Rawls), é preciso compreender a política em seu aspecto operativo de construção simbólica das relações sociais, ou como afirmara Roland Barthes (1980, p. 129), a política em seu sentido profundo, como capacidade de construção do mundo, para que uma revolução democrática tenha sentido.

3. DEMOCRACIA, MINORIAS E ATIVISMO JUDICIAL.

Das exposições preliminares conclui-se: a ideia de crise da democracia representativa é fruto de uma análise pouco profunda dos fenômenos sociais supracitados e mesmo da dinâmica da política. Não há que se falar em crise da democracia representativa em razão da insatisfação da população com a atuação de seus representantes e do consequente desejo de participação direta no meio público. Há que se ver este cenário sobre outro viés: a hiperpolitização das sociedades significa o amadurecimento da democracia, de modo que a vontade de participação e o interesse pelo público só podem significar justamente o contrário do conceito atribuído ao signo crise pelo denominado senso comum teórico.

Todavia, sem prejuízo desta análise positiva da hiperpolitização da sociedade, sendo admitida a oposição entre maioria e minorias no cenário democrático e considerando a referida *rebelia adolescente* que ocupou as manifestações populares iniciadas em 2013 – vale dizer: ausência de plataforma política, ausência de uma concepção objetiva de igualdade e a não apresentação de alternativas, bem como o consequente risco advindo desse tipo de manifestação - é necessário se ter em mente a real finalidade da democracia e mesmo do Estado Democrático de Direito, discutindo-se a viabilidade do controle externo dessa participação popular quando se pretender trilhar caminhos que firam determinado núcleo de direitos fundamentais de outros cidadãos – em especial de minorias.

Mesmo temendo parecer *antidemocrata*, afirma-se: a democracia é a melhor forma de governo, mas só se justifica a sua defesa na medida em que são compreendidas as razões para tanto. Há que se ponderar, neste ponto, o grau de efetivação de direitos fundamentais para todos, no sentido de se reconhecer uma democracia real e viva, que se preocupa ao fim e ao cabo com a dignidade humana.

A Constituição Federal de 1988 escolheu a democracia como base do Estado Brasileiro, sob o primado de que “todo o poder emana do povo”. No entanto, é interessante se ter em mente que o signo *povo* aparece na teoria jurídica da democracia enquanto bloco e que, dessa forma, são encobertas diferenças entre retórica ideológica e democracia efetiva (CHRISTENSEN, 2011 p. 34). Do mesmo modo, o signo *democracia* às vezes é utilizado para encobrir retóricas ideológicas.

Disto decorre a necessidade de se entender a razão para adoção da democracia como o primordial sistema de governo: parece-nos – e para tanto se busca socorro em José Afonso da Silva - que essa adoção se deu justamente pelo fato de que a democracia se trata do melhor instrumento na realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem, verdadeiramente, nos direitos fundamentais (SILVA, 2011, p. 125). Com efeito, Ingo Sarlet - com fincas em Schneider - demonstra que os direitos fundamentais podem ser considerados concomitantemente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo a partir do indivíduo, por intermédio do direito à igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um espaço de liberdade real e por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade), no ajustamento da comunidade e do processo político (SARLET, 2012, p. 61).

Pensando nessa proposta, acredita-se que a democracia – e a participação popular num geral, à exemplo das manifestações de meados de 2013 - não é e nem deve ser imune a críticas; a democracia deve ser analisada de forma constante para que se mantenha firme no sentido de construir uma sociedade mais justa e igualitária, reconhecendo e efetivando direitos fundamentais nas

suas mais variadas dimensões. Preocupado com essa problemática, Gustavo Zagrebelsky idealizou o conceito de *democracia crítica*, segundo o qual a democracia nunca será um regime arrogante e seguro de si, que recusa autocritica, mas é um regime inquieto, circunspecto e desconfiado, sempre pronto a reconhecer os próprios erros e a recomeçar do zero (ZAGREBELSKY, 2011, p. 132). Com base nesse conceito construído em *A crucificação e a democracia*, percebe-se que a divinização da vontade da maioria transforma a democracia em um governo irracional e manipulável.

Analizando as manifestações mencionadas incansáveis vezes neste artigo, notadamente representadas pela ausência de pautas e chegando a flertar com regimes ditatoriais e com a supressão de direitos fundamentais, se evidencia que a democracia não pode se equiparar à *voz de deus* (*Vox populi vox dei*).

Não se pode permitir uma participação popular que pretenda tiranicamente decidir sobre aquilo que não se pode decidir ou deixar de decidir sobre aquilo que se deve decidir, até porque, como pontua Luigi Ferrajoli, “não é precisamente que sobre tudo se deva decidir por maioria, mas que nem tudo se pode decidir (ou não decidir), nem mesmo pela maioria” e que “[m]esmo a democracia política mais perfeita, representativa ou direta, é precisamente um regime absoluto ou totalitário se o poder for nela ilimitado” (FERRAJOLI, 2002, p. 689).

A relevância dessas ponderações se agiganta quando analisada tomando a questão sob a ótica das minorias¹. Para delimitação da crítica, é preciso esmiuçar o conceito de minorias. Calcado em Ortega y Gasset, Fernando de Brito Alves, sustenta: “construir-se-á o seu conceito [de minorias] a partir daquilo que a distingue da maioria, ou das massas (Ortega y Gasset, 1987), ou seja, a diferença” (2009, p. 13). Além disso, considerando que se fala em diferenças inferiorizantes, cabe invocar as precisas palavras de Boaventura de Sousa Santos:

Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alienamente ou reproduza as desigualdades (SANTOS, 2003, p. 458).

¹ “Não se toma a expressão minoria no sentido quantitativo, senão que no de qualificação jurídica dos grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros, que detém o poder. [...] em termos de direitos efetivamente havidos e respeitados numa sociedade, a minoria, na prática dos direitos, nem sempre significa o menor número de pessoas. Antes, nesse caso, uma minoria pode bem compreender um contingente que supera em número (mas não na prática, no respeito etc.) o que é tido por maioria. Assim o caso de negros e mulheres no Brasil, que são tidos como minorias, mas que representam maior número de pessoas da globalidade dos que compõem a sociedade brasileira.” (ROCHA, 1996, p. 285)”

A luta das minorias, já de há muito e tanto mais incisiva quanto mais evolui a sociedade no sentido de dar lugar ao pluralismo, braveja pelo reconhecimento de direitos - seja pelo anseio da vivência livre de preconceitos, seja pelo anseio de exercitar direitos que outros tantos grupos já ostentam de longa data. A luta pelo reconhecimento do direito à diferença (inferiorizante) é luta que não cessa. No entanto, a democracia enquanto se pauta exclusivamente no já mencionado dogma de estrita vontade majoritária - que em alguns setores das manifestações de 2013 tentaram se engrandecer a fim de tiranicamente decidir ou não decidir sobre aquilo que não poderiam - por vezes obsta a todos vencer a dita diferença inferiorizante, ou mesmo afirmar a sua diferença caracterizante.

E é desse ponto que emerge a seguinte dúvida: é possível defender a ideia da tutela de direitos de minorias pela via judicial? Afirmou-se neste artigo a impossibilidade de deixar às maiorias dispor de toda a legalidade; mas disto decorre logicamente a possibilidade de que o Judiciário intervenha na política para efetivar direitos de minorias? Em outras palavras, uma eventual tirania da maioria justificaria de pronto o ativismo judicial?²

Em outra oportunidade, em artigo veiculado na Revista Argumenta, intitulado “Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias”, este mesmo questionamento já assolou estes autores, e defendeu-se naquela hipótese a viabilidade. Novos estudos, no entanto, levaram-nos a analisar com maior parcimônia tal posicionamento: não parece mais acertado defender o ativismo judicial – e aqui se optou por adotar argumentos filosóficos, jurídicos e políticos questionadores dessa postura. E para melhor elucidar essa mudança, explicitam-se esses argumentos de maneira concisa, considerando a necessária brevidade deste artigo.

Michel Foucault (2013, p. 42) reconhece o Judiciário como uma instituição de *sujeição do discurso* e ressalta que “o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo pelo que se luta, o poder de que queremos nos apoderar” (FOUCAULT, 2013, p. 10). Ora, se o Judiciário se manifesta enquanto limitador do discurso, e é por este que as mi-

² Há que se salientar a impossibilidade de se confundir ativismo judicial e judicialização da política: “Essa dificuldade conceitual deve ser enfrentada, especialmente porque vivemos sob um regime democrático, cujas consequências do ativismo podem ser muito prejudiciais. É nesse sentido que é possível afirmar que a judicialização da política é um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do Judiciário na deficiência dos demais Poderes. Por outro lado, o ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, consistindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma “corrupção” na relação entre os Poderes, na medida em que há uma extração dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos” (STRECK, 2014, p. 65).

norias alcançariam a tão almejada liberdade/igualdade, o Judiciário se prestaria ao reconhecimento de tais direitos? O Judiciário teria legitimidade para tomar a voz das minorias? Acredita-se que não: Deleuze, dialogando com e elogiando o próprio Foucault, em excerto extraído da *Microfísica do Poder*, arremata: “A meu ver, você foi o primeiro a nos ensinar – tanto em seus livros quanto no domínio da prática – algo de fundamental: a indignidade de falar pelos outros” (2014, p. 133).

Immanuel Kant, no escrito intitulado “Resposta à pergunta: Que é esclarecimento?”, pontua que o homem é o próprio culpado de sua *menoridade*, conceito este que representa a pessoa (ou o grupo, para o que se pretende justificar) incapaz de se fazer guiar por si. Desta feita, acreditando que “o homem é o próprio culpado dessa menoridade se a causa dela não se encontra na falta de entendimento, mas na falta de decisão e coragem de servir-se de si mesmo sem a direção de outrem”, se questiona se do ponto de vista democrático um paternalismo jurisprudencial não iria a desencontro do que se espera de um modelo de governo adequado, ao passo que o Judiciário se manteria dirigindo as causas de determinados grupos obstando o sadio desenvolvimento do sistema: falar-se-ia também aqui na *indignidade de falar pelos outros*.

Não bastassem essas ponderações filosóficas, são fartos os argumentos jurídicos e políticos que justificam a oposição ao ativismo judicial.

É verdade que a separação de poderes não mais remonta à concepção estática de outrora. Não é mais possível falar em determinado Poder responsável pela elaboração da norma e outro responsável pela sua aplicação. Isto é assim porque a própria compreensão da diferença entre *texto* e *norma* derruba essa ideia: o Judiciário (intérprete autêntico) é o Poder competente para a elaboração da norma.

Disto não decorre, contudo, que o Judiciário crie a *norma* a seu bel-prazer: a *norma* parcialmente preexiste, no invólucro do *texto* ou *enunciado normativo*, aguardando ser preenchida com elementos da realidade (*mundo do ser*) (GRAU, 2014, p. 44-45). E necessariamente, se adotada esta posição de matriz gadameriana, na interpretação-aplicação do direito o intérprete age *contido pelo texto*: ao emitir juízos de legalidade, e não de oportunidade, o intérprete atua no campo da prudência (GRAU, 2014, p. 89). Dentro do campo da prudência e observada a moldura da legalidade, não há lugar para o ativismo judicial.

Ademais, o ativismo judicial demonstrou, no berço onde se concebeu esse modelo interpretativo específico, atuações em sentido oposto ao de inclusão tão propalado:

Não se pode esquecer, por outro lado, que o ativismo judicial, nos Estados Unidos, foi feito às avessas num primeiro momento (de modo que não se pode considerar que o ativismo seja sempre

algo positivo). O típico caso de um ativismo às avessas foi a postura da Suprema Corte estadunidense com relação ao *new deal*, que, aferrada aos postulados de um liberalismo econômico do tipo *laissez-faire*, barrava, por inconstitucionalidade, as medidas intervencionistas estabelecidas pelo governo Roosevelt (STRECK, 2014, p. 61).

Caminhando para as considerações finais, a resposta para o questionamento feito alhures seria a de que haveria de existir para cada caso uma decisão *conforme o direito*, reafirmando a autonomia do direito em relação à política. Não se trataria ao fim e ao cabo de um controle judicial externo sem limites, mas um controle que se justificasse pelo direito, a fim de dar uma resposta adequada à constituição. Nas palavras de Eros Grau: “Explicitando: juízes decidem (=devem decidir) não subjetivamente, de acordo com seu senso de justiça, mas aplicando o direito (a Constituição e as leis)” (GRAU, 2014, p. 19). Dessa forma, não se justificaria analisar o direito como política, nem que eventualmente seja uma *política do bem*. E essa colocação nos leva ao derradeiro argumento: a distinção entre Justiça e Direito.

Não faltaram, no curso da história, discussões a respeito de ética e justiça. São tantas éticas quantas as religiões, os costumes e as culturas em cada momento histórico. Nenhuma dessas justiças, porém, foi suficiente para resolver a contradição entre o universal e o particular. A única tentativa viável encontrada, embora precária, foi a da *legalidade*. Mas, para tanto, foi necessário reconhecer a distinção abismal entre Justiça e Direito. No direito moderno opera-se a separação absoluta entre *posto* e *pressuposto*, entre *Lex* e *Ius* (GRAU, 2014, p. 16-17). Daí que, sendo o ativismo judicial a mais clara transgressão do *texto normativo*, buscar a justiça por essa via significa aplicar da *justiça* individual do julgador: é deixar que *subjetivamente* um juiz ou tribunal decida sobre o justo e o injusto.

Lenio Streck, arrematando a questão do ativismo judicial e também do que denomina solipísmo judicial, defendeu que discutir as condições de possibilidade da decisão jurídica – que tanto se discutiu na segunda parte deste artigo – é, antes tudo, uma questão de democracia. E que, qualquer concepção hermenêutico-interpretativa que continue a apostar no subjetivismo, estará fadada a sempre depender de um sujeito individualista (STRECK, 2013, p. 95-99).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Num primeiro momento, como a esta altura deve estar suficientemente claro, tentou-se desconstruir uma série de críticas que permeiam o imaginário do senso comum teórico quando trata de uma suposta crise da democracia representativa, mesmo sem uma imprescindível determinação do que vem a ser *crise*. Tentou-se, sobretudo, demonstrar que a democracia representativa,

embora não seja perfeita, é um canal adequado de influxo das demandas sociais, sem que isto exclua a (necessária) participação popular.

Tentou-se demonstrar, além disso, que a democracia representativa – em especial a democracia brasileira em seu atual contexto - *não vive uma crise*, ao menos não no sentido comumente empregado. Isto, pois, o fenômeno da hiperpolitização e as insatisfações diante de um cenário político específico não denotam necessariamente algo negativo, mas sim um meio de maior e melhor autodeterminação política; isto porque, diga-se, os desacordos não são algo negativo em si, mas simplesmente decorrem do seio social. Então, ao contrário de uma crise no sentido vulgar, vê-se um instrumento de canalização e difusão das várias vozes que ecoam no meio social, pois tem sido mais intensa a participação popular.

A suposta crise nega uma ideia de regressão do indivíduo à esfera privada (antipolítica) e manifesta um sentimento de solidariedade.

Mais adiante, caminhando para o segundo ponto, suscitou-se a questão sobre o *como* das manifestações de meados de 2013, que tal como os movimentos *occupy* se caracterizaram pela ausência de pautas. E bem aí se tentou enfrentar a questão de que mesmo a oposição entre maiorias e minorias decorrendo logicamente do sistema democrático, não é facultado que determinada maioria decida (ou não decida) sobre tudo, de forma a criar monopólios políticos espúrios. Ou seja, discutiu-se a necessidade de um controle externo que não deixe a “democracia” (dita exclusivamente enquanto *vontade da maioria*) degenerar as finalidades do Estado Democrático de Direito, que é a efetivação dos direitos fundamentais.

Bem nessa esteira, a discussão caminhou à questão sobre a viabilidade de o Judiciário intervir nessas questões, de modo ativista, como a se tornar uma espécie de “tábua de salvação da democracia”. Tal ideia, contudo, considerando os vários fundamentos filosóficos, políticos e pragmáticos apresentados, não pareceu acertada.

E isto é assim porque, ora, não há como defender um controle de Poder que não tenha também um controle. Em outras palavras, como criticar a faculdade das maiorias de decidir (ou não decidir) sobre qualquer coisa e, ao mesmo tempo, entregar a faculdade de atuar de maneira ativista ao Judiciário? Também aqui há que se controlar o poder!

É inviável continuar a defender um ativismo judicial como via de “correção” da democracia. Mas também, entende-se, se e enquanto uma democracia madura exige um controle externo, tal controle deve emergir do próprio direito. Ou seja, o direito *deve ser* ferramenta de controle da política, observando-se a ordem constitucional.

Por derradeiro, não há como deixar de ressaltar que em momento algum se retrocede em detrimento do pluralismo e da inclusão, mas o que se faz é questionar se de fato o ativismo judicial viria como forma legítima e adequada de sua efetivação.

A resposta que se apresenta, então, ao fim e ao cabo, reside na ideia de que esse controle externo seja de fato exercido – e pelo judiciário -, mas não de forma ativista, mas sim pelo direito e *contido* pelo direito. Há que se ter controle do poder, mas um controle *controlado* e legitimado pela ordem constitucional. Tal ideia, contudo, demanda uma rígida observância do *como* se interpretar o direito, que, entende-se, remonta à nova hermenêutica.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Fernando de Brito. "Democracia e Desconfiança". In: **Revista Argumenta**, Jacarezinho - PR, n. 16, p. 267-281, Fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/223/222> . Acesso em: 23 Jun. 2015.
- _____. **Constituição e Participação Popular**. Curitiba: Juruá, 2013.
- _____. **Para uma Fundamentação dos Direitos de Minorias em Tempos de Transição Paradigmática**. Jacarézinho, 2009. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2009.
- ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. "Democracia e Ativismo Judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias". In: **Revista Argumenta**, Jacarezinho - PR, n. 20, p. 33-45, jun. 2014. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/432>. Acesso em: 23 Jun. 2015.
- ARDANT, Philippe. **Institutions Politiques e Droit Constitutionnel**. 11 ed. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence (L.G.D.J.), 1999.
- BARTHES, Roland. **Mitologias**. Tradução de Hector Schmucler. Século veintiuno editores. México,DF/Madrid: 1980.
- BECK, Ulrich. **La Democracia y Sus Enemigos**: textos escogidos. Barcelona, Paidós, 2006.
- COMPARATO, Fábio Konder. "Prefácio". In: MULLER, Friederich. **Quem é o povo? a questão fundamental da democracia**. 6. ed. Tradução: Peter Neumann. Revisão da Tradução: Paulo Bonavides. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CHRISTENSEN, Ralph. "Introdução". In: MULLER, Friederich. **Quem é o povo? : a questão fundamental da democracia.** 6. ed. Tradução: Peter Neumann. Revisão da Tradução: Paulo Bonavides. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia: ensaios de história do pensamento jurídico.** Curitiba: Juruá, 2010.

DELEUZE, Gilles; FOUCAULT, Michel. "Os Intelectuais e o Poder" In: FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder.** Organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado. 28. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro e 1970.** Tradução: Laura Fraga de Almeida Sampaio. 23. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

FRASER, Nancy. "Rethinking the Public Sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy". In: CALHOUN, Craig (ed.). **Habermas and the Public Sphere.** Cambridge: The MIT Press, 1992.

GRAU, Eros Roberto. **Por Que Tenho Medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios).** 6ª edição refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. Porto Alegre: Editora Malheiros, 2014.

HARVEY, David. ŽIŽEK, Slavoj. ALI, Tariq et al. **Occupy: movimentos de protesto que tomaram as ruas.** São Paulo: Boitempo, 2012.

KANT, Immanuel. **Resposta à Pergunta: Que é Esclarecimento [<Aufklärung>]?** Disponível em: <http://coral.ufsm.br/gpforma/2senafe/PDF/b47.pdf>. Acesso em: 23 Jun. 2015.

KOSELLECK, Reinhart.; RICHTER, Michaela. "Crisis". In: **Journal of the History of Ideas.** Volume 67, Number 2, April 2006. pp. 357-400.

LAUVAUX, Philippe. **Les Grandes Démocraties Contemporaines.** Paris: Press Universitaires de France, 1990.

LEFORT, Claude. **Democracy and Political Theory.** Minneapolis: University of Minnesota Press, 1988.

LOSURDO, Domenico. **Democracia ou Bonapartismo: triunfo do sufrágio universal.** São Paulo: Ed. Unesp, 2004.

MIGUEL, Luis Felipe. "Representação Política em 3-D: elementos para uma teoria ampliada da representação política". In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais.** Vol. 18, nº 51, 2003.

MOUFFE, Chantal. **O Regresso do Político.** Tradução de Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. Revista Trimestral de Direito Público, nº 15, 1996, 85-99. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176462/000512670.pdf?sequence=3>. Acesso em 23 Jun. 2015.

ROITMAN, Janet. "Crisis". In: Political Concepts: a critical lexicon. Tel Aviv, New York, 2012: Disponível em: <http://www.politicalconcepts.org/issue1/crisis/> Acesso em 23 Jun. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SCHMITT, Carl. **The Concept of Political.** Trad. de George Schwab. Chicago: Chicago University Press, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 35. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **O Que é Isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 5ª ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A Crucificação e a Democracia.** Tradução: Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.

* Recebido em 20 out. 2015.



O MEIO AMBIENTE NATURAL E A PROTEÇÃO INTEGRAL DAS CRIANÇAS: A EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO DEVER FUNDAMENTAL DOS PAIS PARA A PRESERVAÇÃO DAS PRESENTE E FUTURAS GERAÇÕES[△]

*Heleno Florindo da Silva**

*Daury Cesar Fabriz***

Resumo

A presente pesquisa objetivou, entre outros aspectos, analisar os deveres fundamentais a partir da compreensão, num primeiro momento, do conceito de dever fundamental, para, a partir de então, desenvolver a análise do dever fundamental de proteção ao meio ambiente natural, bem como do dever dos pais de proteção integral e prioritária de seus filhos, sobretudo das crianças e, por fim, da educação ambiental como instrumento de efetivação desses deveres, ou seja, de como a educação ambiental pode ser compreendida como parte do dever fundamental dos pais em garantir um crescimento sadio e harmonioso em sociedade ao seus filhos, destacando-se, assim, como um mecanismo de preservação não somente do meio ambiente natural, mas, principalmente, de proteção integral e prioritária das crianças, do presente, bem como, das futuras gerações.

[△] Artigo desenvolvido no âmbito do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia e Direitos Fundamentais, do Programa de Pós Graduação *Strictu Sensu* da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) – doutorado – vinculado ao projeto de estudos e pesquisa dos deveres fundamentais, sob a coordenação e orientação dos profs. Drs. Daury Cesar Fabriz e Adriano Sant'Anna Pedra.

* Doutorando e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Pós Graduado em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Membro do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia e Direitos Fundamentais, do Programa de Pós Graduação *Strictu Sensu* da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Membro Diretor da Academia Brasileira de Direitos Humanos (ABDH). Coordenador do Núcleo de Pesquisa e Professor do Curso de Direito e da Pós-Graduação em Direito da Faculdade São Geraldo (Cariacica/ES) e do Centro de Evolução Profissional (CEP). Advogado. *E-mail* – hfsilva16@hotmail.com.

** Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais (Mestrado) da Faculdade de Direito de Vitória. Coordenador do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais. Presidente da Academia Brasileira de Direitos Humanos (ABDH). Professor e Advogado. *E-mail* – daury@terra.com.br.

Palavras-chave

Meio ambiente natural. Proteção integral e prioritária. Deveres fundamentais. Pais. Crianças.

NATURAL ENVIRONMENT AND FULL PROTECTION OF CHILDREN: ENVIRONMENTAL EDUCATION AS A FUNDAMENTAL DUTY OF PARENTS FOR THE PRESERVATION OF PRESENT AND FUTURE GENERATIONS

Abstract

This study aimed, *inter alia*, to examine the fundamental duties from the understanding, at first, the concept of fundamental duty to, from then develop the analysis of the fundamental duty to protect the natural environment, and the duty of parents strictly protected and priority of their children, especially children and, finally, environmental education as effective instrument of such duties, ie how environmental education can be understood as part of the fundamental duty of parents to ensure a healthy and harmonious growth in society to their children, especially, as well as a preservation mechanism not only the natural environment but, above all, full and priority protection of children of this as well, of future generations.

Keywords

Natural environment. Full protection and priority. Fundamental duties. Parents. Children.

1. INTRODUÇÃO

A atualidade dos seres humanos obriga a identificar e realizar atos, das mais variadas espécies e naturezas, sempre ao mesmo tempo, instantaneamente, pois o Homem de hoje – o aceito social, cultural e politicamente pela sociedade em que vive – é aquele que consegue acompanhar todo o cenário de virtualização das relações humanas, de patrimonialização dos padrões sociais e de conflito entre os papéis sociais desenvolvidos individual e coletivamente por todos.

É a partir desse contexto que o trabalho busca analisar os problemas inerentes ao debate acerca do meio ambiente natural¹, principalmente, discussões

¹ É importante destacar, antes de iniciar a análise durante o trabalho, daquilo que se comprehende como meio ambiente natural, qual é a perspectiva socioambiental e filosófico-política que embasará toda a construção racional da presente pesquisa. Desta feita, a perspectiva ambiental que se desenvolve neste trabalho se fará a partir de uma visão *múltiplo-dialética* da realidade, principalmente, em relação ao meio ambiente natural, objetivando, assim, compreender que a existência humana, animal, vegetal, mineral, está interligada, ou seja, tudo está relacionado e influenciando todas as outras coisas. Essa perspectiva será desenvolvida, por sua vez, a partir do que se convencionou chamar, no contexto latino-americano, de *ecocentrismo*, fruto de uma *ecofilia* latino-americana que efetuará o rompimento com a racionalidade antropocêntrica da modernidade iluminista ou, até mesmo, com a perspectiva biocêntrica. Assim, é a partir dessa perspectiva que Estermann apontará que “la ecología o – mejor – ecosofía no es una cuestión de protección ambiental, sino un paradigma holístico de vida y de economía que está en sintonía con las fuerzas y la red de relaciones del cosmos. La concepción andina del universo como organismo considera cualquier deterioro del equilibrio cósmico como efermidad que se vuelve, en caso del crecimiento ilimitado capitalista, en cáncer con metástases generalizadas” (2013, p. 11). Essa compreensão é percebida através do desenvolvimento de alguns princípios que embasam a racionalidade andina, sobretudo, a racionalidade Quêchua, quais sejam: a) o princípio da correspondência – que é a interligação cosmológica entre o micro e o macrocosmos; b) o princípio da complementariedade – que objetiva a necessidade da existência da diversidade e da pluralidade, pois há a percepção de que o ser só será completo na presença do outro ser, que

acerca dos deveres fundamentais de proteção desse meio ambiente, bem como de proteção integral e prioritárias das crianças à luz da atuação dos pais como mecanismo de educação ambiental para proteção das futuras gerações.

Para tanto, num primeiro momento, abordou-se acepções básicas sobre a ideia de deveres fundamentais, vistos aqui partir de uma construção múltiplo-dialética, o que possibilitou, ao final, apresentar um conceito de dever fundamental construído pelo Grupo de Pesquisa Estado, Democracia e Direitos Fundamentais.

A seguir, buscou-se trazer às discussões a inter-relação entre o dever fundamental de proteção ao meio ambiente natural e o dever fundamental dos pais em proteger prioritariamente e integralmente seus filhos, construindo, a partir daí, a ideia de um dever fundamental dos pais em possibilitar uma educação ambiental a seus filhos, o que foi visto como um importante instrumento de proteção tanto do meio ambiente, como das futuras gerações.

Partindo dessas premissas, sobretudo da ideia de que a proteção do meio ambiente natural é um dever imposto pela Constituição Federal de 1988 não só ao Estado, mas, também, a toda a sociedade – onde se incluem, principalmente, o núcleo familiar – que, através de um diálogo múltiplo dialético, buscou-se resposta ao seguinte problema de pesquisa: é possível visualizar dentro do dever de proteção ao meio ambiente natural uma inter-relação com o dever de proteção integral e prioritária das crianças, ou seja, a proteção do meio ambiente natural, bem como desses sujeitos em desenvolvimento passa por uma *educação para a proteção do meio ambiente*?

Portanto, tendo os pais o dever de proteger seus filhos integralmente e prioritariamente, bem como o fato de toda a sociedade ter o dever de proteção do meio ambiente natural, o presente trabalho se mostra importante para o debate dos deveres fundamentais, ao passo que trabalha a simbiose desses

assim como aquele, pertence ao cosmos; c) o princípio da reciprocidade – pelo qual se identifica que cada ato realizado corresponderá, consequentemente, a um ato ou fato que lhe é recíproco, desde o mais simples ao mais gravoso, ou seja, as atitudes tomadas e que desencadeiam determinado fato no Brasil, serão sentidas por todos e em todos os locais do cosmos, reciprocamente, considerado como uma grande teia que liga e arrama todos os seres que existem, pois esse princípio regerá, não só as inter-relações humanas, desencadeadas entre as pessoas ou as sociedades, mas, também, todos os outros tipos de inter-relação, sejam elas entre os seres humanos e a natureza ou o divino, haja vista a ética não se reduzir ao ser humano e seu atuar, possuindo a partir dessas premissas, dimensões cósmicas; d) o princípio da ciclicidade – que diz respeito a possibilidade de se perceber o movimento circular da história, ou seja, a infinidade não é entendida como uma linha sem fim, senão como movimento circular ou espiral interminável, sendo que cada um desses círculos ou espirais pode ser compreendido como as estações do ano, a sucessão de gerações ou as diferentes épocas históricas. Desse modo, nessa perspectiva ecofilosófica andina ecocêntrica todos os seres, interligados, devem cooperar para a existência e salvaguarda da *pachamama*, o que se dará através de um *bien vivir* (*allin kawsay; suma qamaña; sumak kawsay*).

dois deveres com objetivo de trazer novas teses ao movimento contínuo dos debates científicos.

2. OS DEVERES FUNDAMENTAIS: A CONSTRUÇÃO MÚLTIPLA-DIALÉTICA² DE UM CONCEITO

O estudo dos deveres fundamentais não é tarefa fácil, seja pelo fato do constitucionalismo moderno ocidental sempre buscar enaltecer os direitos, seja em decorrência dos poucos estudos sobre o tema, em que pese sua real importância social, política e cultural.

É a partir desse cenário que esse trabalho aborda aspectos gerais acerca da teoria dos deveres fundamentais, buscando contribuir para o desenvolvimento de um entendimento acerca dos deveres fundamentais, sobretudo, deveres inerentes a proteção do meio ambiente natural, bem como da proteção integral e prioritária das crianças – o que será discutido abaixo a partir da relação entre pais e filhos.

Assim, ao analisarmos as construções teóricas acerca dos deveres fundamentais, ou constitucionais, inerentes a um determinado ordenamento jurídico constitucional, percebemos que alguns autores apontam, de um lado, a falta de efeitos jurídicos desses deveres fundamentais constitucionais e, de outro, que tais deveres representariam uma forma de limitação aos limites materiais do poder público.

Neste sentido, aponta Llorente (2001, p. 16) que

Os enunciados de deveres não têm efeitos jurídicos algum, mas apenas, e se houver, uma função política, embora tampouco haja unanimidade em discernir qual função, se existir alguma, esses enunciados desempenham: para uns, tem, simplesmente, a função de servir de sustento ideológico ao poder, na tentativa de lhe

² O paradigma múltiplo-dialético pode ser compreendido desde sua matriz grega, até a contemporaneidade, como o modelo de racionalidade capaz de possibilitar a existência de inúmeras realidades que, mesmo sendo diferentes entre si, convivem em harmonia dentro de uma mesma realidade político-social, ou seja, é o que nos possibilitará perceber a multiplicidade de existência e de modos de compreensão possíveis, bem como a compreensão de que está tudo inter-relacionado, de que tudo o que existe está ligado a ponto de ser especial para a vida em harmonia. É neste sentido que Krohling apontará para o fato de que desde sua formação mais incipiente, na Grécia antiga, a perspectiva do múltiplo dialético ser um importante marco na ascensão e promoção do debate sobre quaisquer situações, o que possibilitará, não só o surgimento, mas a necessidade de sua realização prática, do que hoje chamamos de diferença ou, mais recentemente, de diversidade, pois segundo ele “Os gregos já tinham saído da mitologia, pois viviam a presença de um novo marco, isto é, a realidade da *pólis*, que modificou profundamente a sua maneira de ser e viver. (...) a *ágora* (praça pública) é o principal espaço e instrumento de poder. Nesse cenário descendências monárquicas, origens divinas da natureza e explicações mitológicas do poder não têm mais guarida. (...) tudo é debatido. As pessoas agora são iguais. Não há mais hierarquia absoluta e muito menos monarquia. (...). Esse é o marco inicial. Não há nada que não possa ser discutido. Não existem mais verdades eternas (2014, p. 23-24)”.

dar uma fundamentação ética; para outros, ao contrário, a função dos deveres, tal como a dos direitos, é a de impor limites materiais a potestade normativa do poder público³.

É possível visualizar, a partir de então, que as discussões acerca da configuração jurídica dos deveres fundamentais é campo arenoso, por onde se debruçam incansáveis teorias na tentativa de lhes dar normatividade ou, simplesmente, lhes reconhecer como meros deveres éticos das pessoas enquanto pertencentes ao grupo social que conforma o Estado.

Não são simples divagações ou elucubrações teóricas àquelas vertentes que não percebem nos deveres fundamentais um caráter normativo, mas, tão somente, um dever ético, haja vista o fato de que em suas origens, os deveres fundamentais ou constitucionais, terem surgido de discussões de cunho religioso, moral ou filosófico (MARTINEZ, 1986, p. 329).

A fim de fixar características que nos permitam identificar os deveres fundamentais, destacamos as palavras de Martinez (1986, p. 335), para quem esses deveres fundamentais apresentam três aspectos principais, que podem ser elencados da seguinte forma

(...) a) o dever jurídico existe com independência de que o dever trabalhado tenha tido previamente, ou não, uma dimensão moral (...); b) o dever jurídico tem que estar reconhecido por uma norma pertencente ao Ordenamento; c) normalmente os deveres jurídicos trazem consigo uma sanção para os casos onde houver o seu inadimplemento (...)⁴.

Em que pese à robustez dos citados argumentos, outros há, tão robustos quanto, que disciplinam os deveres fundamentais sob uma visão diferente. Há quem entenda que esses deveres, mesmo que não presentes expressamente em um determinado ordenamento poderão ser reconhecidos como tal, a partir, por exemplo, de uma leitura ampla da norma que regula um determinado direito que, para ser exercitado, necessitará que alguém cumpra um determinado dever.

É o que Valdés (1986b, p. 68), em resposta às críticas de Francisco Laporta e Juan Carlos Bayón, feitas a um artigo que aquele havia publicado

³ No original: "Los enunciados de deberes no tienen efectos jurídico alguno, sino sólo, si acaso, una función política, aunque tampoco hay unanimidad a la hora de discernir cual sea (si alguna), la que estas normas desempeñan: para unos, simplemente la de servir de sustento ideológico al poder, la de intentar dotarlo de una fundamentación ética; para otros, más bien al contrario, la función de los deberes, como la de los derechos, es la de imponer límites materiales a la potestad normativa del poder público" (Tradução nossa).

⁴ No original: "(...) a) El deber jurídico existe con independencia de que el deber de que se trata hay a tenido previamente o no una dimensión moral (...); b) El deber jurídico tiene que estar reconocido por una norma perteneciente al Ordenamiento; c) normalmente los deberes jurídicos llevan a pareja da una sanción en caso de incumplimiento (...)" (Tradução nossa).

acerca dos deveres positivos gerais e sua fundamentação, ressaltará, no sentido de que, para a imposição desses deveres, de um ponto de vista meramente ético, não é necessária a existência do Estado.

Para ele os deveres fundamentais existem, independentemente, da existência de uma codificação estatal sobre sua fundamentação, pois o Estado servirá, tão somente, para assegurar o cumprimento ou sancionar o não cumprimento desses deveres que são inerentes à sociedade humana.

Os deveres fundamentais ou constitucionais, neste sentido, conforme se depreende das análises teóricas acima, existem em decorrência de um direito fundamental contrário, ou seja, na medida em que a Constituição, base do Estado, nos assegura uma série de direitos fundamentais, em contrapartida, faz surgir uma série de deveres.

Tal construção hermenêutica é o que pode ser percebido da leitura, por exemplo, do artigo 75, da Constituição da República Dominicana de 26 de janeiro de 2010⁵, responsável por trazer um rol de deveres fundamentais para os dominicanos, que passam a ter uma Constituição que não está, tão somente, repleta de direitos, mas, também, de deveres.

Antes de continuar a discussão é necessário destacar, acerca dos deveres fundamentais, alguns pontos relevantes, tanto em relação às discussões acerca da existência, ou não, de deveres positivos gerais, quanto, no caso de haver essa possibilidade, sobre o modo como se daria a contraprestação ao direito,

⁵ O citado artigo dispõe que: "CAPÍTULO IV – DE LOS DEBERES FUNDAMENTALES – Artículo 75 – *Deberes fundamentales*. Los derechos fundamentales reconocidos en esta Constitución determinan La existencia de un orden de responsabilidad jurídica y moral, que obliga La conducta del hombre y La mujer en sociedad. En consecuencia, se declaran como deberes fundamentales de las personas los siguientes: 1) Acatar y cumplir la Constitución y las leyes, respetar y obedecer las autoridades establecidas por ellas; 2) Votar, siempre que se este em capacidad legal para hacerlo; 3) Prestar los servicios civiles y militares que la Patria requiera para su defensa y conservación, de conformidad con lo establecido por la ley; 4) Prestar servicios para el desarrollo, exigible a los dominicanos y dominicanas de edades comprendidas entre los dieciséis y veintiún años. Estos servicios podrán ser prestados voluntariamente por los mayores de veintiún años. La ley reglamentará estos servicios; 5) Abstener se de realizar todo acto perjudicial a la estabilidad, independencia o soberanía de la República Dominicana; 6) Tributar, de acuerdo con la ley y en proporción a su capacidad contributiva, para financiar los gastos e inversiones públicas. Es deber fundamental del Estado garantizar La racionalidad del gasto público y La promoción de una administración pública eficiente; 7) Dedicar se a um trabalho digno, de suelección, a fin de proveer el sustento propio y el de su familia para alcanzar El perfeccionamiento de su personalidad y contribuir al bien estar y progreso de La sociedad; 8) Asistir a los establecimientos educativos de la Nación para recibir, conforme lo dispone esta Constitución, La educación obligatoria; 9) Cooperar con el Estado en quanto a La asistencia y seguridad social, de acuerdo con sus posibilidades; 10) Actuar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo com acciones humanitarias ante situaciones de calamidad pública o que pongan en peligro la vida o La salud de las personas; 11) Desarrollar y difundir la cultura dominicana y proteger los recursos naturales del país, garantizando La conservación de un ambiente limpio y sano; 12) Velar por El fortalecimiento y La calidad de la democracia, El respeto Del patrimonio público y El ejercicio transparente de La función pública".

pois todo dever, consequentemente, deverá encampar um direito que lhe é oposto.

Neste ponto, Valdés (1986a, p. 17) qualifica quais seriam esses deveres fundamentais de natureza geral, ou seja, aqueles que todos nós estariámos obrigados a cumprir, independentemente de mantermos relação direta com aquele que possui o direito de lhe cobrar, expondo, neste sentido, que

Deveres positivos gerais são aqueles cujo conteúdo é uma ação de assistência ao próximo que requer um sacrifício trivial e cuja existência não depende da identidade do obrigado nem a do(s) destinatário(s) e tampouco é o resultado de algum tipo de relação contratual prévia⁶.

Com isso podemos perceber que por este entendimento quaisquer pessoas poderiam, em estado de necessidade, obrigar quaisquer outros, a lhes ajudar, não devendo essa ajuda ser maior que algo *trivial*, ou seja, algo que não imponha àquele que presta a ajuda, uma diminuição de suas posses capaz de levá-lo ao status daquele a quem ajuda (VALDÉS, 1986a, p. 25).

Entretanto, existem posições diversas a essa, principalmente no tocante a possibilidade, ou não, da construção de um entendimento acerca dos deveres fundamentais, reconhecendo-os como positivos e gerais, conforme se depreende em Laporta (1986) e Bayón (1986) – ambos criticam, conforme se aludi acima, as noções trazidas por Valdés (1986a) no tocante às discussões em destaque.

Laporta (1986, p. 55) apresenta suas divergências à Valdés, em relação àquilo que esse chama de deveres positivos gerais, no ponto acerca da responsabilidade pela omissão, ou seja, Laporta traz entendimento de que se levarmos às propostas de Valdés às últimas consequências, as regras acerca da responsabilidade em decorrência de um inadimplemento de uma obrigação restariam inócuas.

Ele chega a essa conclusão, tendo em vista que sendo os deveres gerais, àqueles que tivessem, em contrapartida, direitos, poderiam escolher, dentre um universo de obrigados, àquele que lhe aprovasse, o que retiraria toda e qualquer segurança jurídica dos processos judiciais, sendo que, àquele que tem direito frente a um coletivo de pessoas, frente a outras, possui o mesmo dever.

De outro lado, Bayón (1986) aponta críticas à postura de Valdés no tocante aos limites impostos a esses deveres positivos gerais que todos teríamos, destacando, especificamente, o critério da trivialidade entabulado por Valdés

⁶ No original: "Deberes positivos general es son aquéllos cuyo contenido es una acción de assistencia al próximo que requiere un sacrificio trivial y cuya existencia no depende de la identidad del obligado ni de la del (o de los) destinatario (s) y tampoco es el resultado de algún tipo de relación contractual previa" (Tradução nossa).

para limitar as obrigações, ou seja, os deveres dos indivíduos para com aqueles que lhes são comuns em uma sociedade.

Bayón (1986, p. 46) destacará, neste sentido, que “(...) o altruísmo mí-nimo, baseado na ideia de sacrifício trivial, parece que não nos serve (...). se alguém tem em seu poder recursos em abundância – sendo que frente a esses um terceiro tem direito – deve entregá-los em sua totalidade, não uma parte <<trivial>> dos mesmos⁷”, ou seja, para ele a trivialidade como sendo o ele-mento de limite ao *quantum* do dever, não corresponde ao melhor parâmetro.

Em que pesem as discussões sobre as características inerentes aos deve-ress fundamentais, o importante é saber que se trata de um campo ainda em conhecimento, onde não há verdades absolutas, mas, pelo contrário, inúmeras possibilidades, o que corrobora a necessidade de uma metodologia múltiplo-dialética.

Objetivando uma dessas possibilidades, o Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais, do Programa de Pós Gra-duação *Stritu Sensu* da Faculdade de Direito de Vitória, através de seus mem-bros, entabulou um conceito para os Deveres Fundamentais, a fim de fixar um posicionamento acerca do tema, definindo dever fundamental como *uma cate-goria jurídico-constitucional, fundada na solidariedade, que impõe condutas proporcio-nais àqueles submetidos a uma determinada ordem democrática, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de promoção de direitos fundamentais*⁸.

A partir daí, não restam dúvidas de que existe um dever fundamental, tanto em relação a necessidade de salvaguarda e efetivação de uma proteção ao meio ambiente natural – direito de todos –, bem como frente a proteção integral e prioritária das crianças – restrita aqui a atuação dos pais enquanto primeiro contato das crianças com os padrões de conduta dos indivíduos de um Estado.

Esses deveres fundamentais, portanto, como se debate neste trabalho, se inter-relacionam, pois um dos mecanismos de proteção ao meio ambiente

⁷ No original: “(...) el altruísmo mínimo, basado en la idea de sacrificio trivial, parece que no nos lo brinda. (...) si alguien tiene en su poder recursos sin título alguno – y a los cuales tiene derecho un tercero – debe entregarlos en su totalidad, no una parte <<trivial>> de los mismos”. (Tradução Nossa).

⁸ Conceito construído coletivamente pelos membros do grupo de pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais, no 1º semestre de 2013, coordenado pelos professores Dr. Daury Cesar Fabriz e Dr. Adriano Sant’Ana Pedra, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Para maiores informações sobre as discussões de onde extraiu-se o conceito destacado acima, ver GONÇALVES, Lúisa Cortat Simonetti e FABRIZ, Daury Cesar. *Dever Fundamen-tal: a construção de um conceito*. In. DE MARCO, Christian Magnus e OUTROS. *Direitos Fundamentais Civis: teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha*. Tomo I. Joaçaba: Editora UNOESC, 2013. p. 87-96.

natural é a prática de uma formação humana para esse fim, o que pode ser conseguido com a atuação dos pais durante o desenvolvimento de seus filhos.

A proteção integral e prioritária das crianças passará, sobretudo, pela preservação de um meio ambiente natural, equilibrando a partir das necessidades das presentes e futuras gerações, o que será melhor debatido nos próximos tópicos deste trabalho onde se desenvolverá melhor as ideias inerentes aos deveres fundamentais de proteção ao meio ambiente natural, bem como às crianças.

3. O DEVER FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE NATURAL⁹

A preocupação com o Meio Ambiente no ordenamento jurídico brasileiro data de muito antes do Brasil existir como um país independente, ou seja, as Ordenações Filipinas, já previam em seu Livro Quinto, Título LXXV, uma pena gravíssima àquele que cortasse, indevidamente, árvore ou fruto, estando o sujeito às penas de açoite e ao degredo para a África pelo prazo de quatro anos, nos casos de danos mínimos, ou perpetuamente, se o dano fosse de natureza grave¹⁰.

Contudo, em que pesem as primeiras preocupações em nosso território datarem do período colonial, foi só com a Constituição de 1988 que o Meio Ambiente passou a ser disposto, constitucionalmente, em capítulo próprio dentro das normas constitucionais do Texto Maior.

A respeito desse ponto, Milaré aponta que a Constituição Federal de 1988 pode ser visto como “(...) marco histórico de inegável valor, dado que as Constituições que precederam a de 1988 jamais se preocuparam da proteção do meio ambiente de forma específica e global. Nelas sequer uma vez foi empregada a expressão ‘meio ambiente’, a revelar total despreocupação com o próprio espaço em que vivemos¹¹”.

⁹ “O meio ambiente natural é aquele constituído por solo, água, ar atmosférico, flora e fauna. Concentra o fenômeno da homeostase, consistente no equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e o meio em que vivem” (FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 2000, p. 19). A partir de então, cabe destacar que o termo meio ambiente fora inserido no ordenamento jurídico brasileiro considerando não só seu aspecto cotidiano, pois a expressão foi incorporada de forma ampla a partir da Constituição Federativa do Brasil de 1988 – Art. 20, III, IV, V, VI, X; Art. 23, inc. VII; Art. 24, VI; Art. 26, III; Art. 216, V e Art. 225, §1º, III, §4º, todos do referido diploma constitucional –, bem como pelas leis infraconstitucionais, conforme destaca Leite (1998, p. 51), como, por exemplo, as determinações do art. 3º, inciso I, da lei nº. 6.938/81 que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, definindo meio ambiente como “(...) o conjunto de condições, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

¹⁰ FEDERAL, Supremo Tribunal. *Inquérito n. 870-2/RJ*. 1996. p. 11-462 *apud* MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª ed. ampl. até EC/53 de 19 de Dezembro de 2006. São Paulo: Atlas, 2007. p. 795.

¹¹ MILARÉ, Édis. **Legislação Ambiental do Brasil**. São Paulo: APMP, 1991. p. 3.

A Carta Constitucional de 1988, portanto, surge a partir de um momento em que os países, regra geral, começam a discutir as questões ambientais com maior seriedade, percebendo, a partir de dados climáticos de pesquisas científicas sobre as mudanças do clima, um futuro preocupante para as próximas gerações que nada fosse feito.

Nos termos da Declaração sobre o Ambiente Humano, concretizada durante a Conferência das Nações Unidas em Estocolmo na Suécia em 1972, quando os países, ali reunidos – dentre os quais o Brasil – proclamaram

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permite levar uma vida digna, gozar de bem-estar e é portador solene de obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras. A esse respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o ‘apartheid’, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira permanecem condenadas e devem ser eliminadas. Os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração adequados. Deve ser mantida e, sempre que possível, restaurada ou melhorada a capacidade da Terra de produzir recursos renováveis vitais. O homem tem a responsabilidade especial de preservar e administrar judiciosamente o patrimônio representado pela fauna e flora silvestres, bem assim o seu habitat, que se encontram atualmente em grave perigo, por uma combinação de fatores adversos. Em consequência, ao planificar o desenvolvimento econômico, dever ser atribuída importância à conservação da natureza, incluídas a flora e a fauna silvestres¹².

A Constituição Federal de 1988, a partir dessa visão sobre o meio ambiente¹³, consubstanciada por documentos internacionais que foram surgindo, principalmente, a partir da segunda metade do século passado, determinou a

¹² ONU, Declaração Sobre Ambiente Humano, 1972, *Preâmbulo* – Tradução Nossa.

¹³ Essa característica internacional dos debates sobre o meio ambiente natural é que possibilita a visualização de uma evolução em conceitos tradicionais como a soberania, o direito de propriedade, o interesse público e privado, o que, para Guido Fernando Silva Soares “(...) no fundo, o meio ambiente é um conceito que desconhece os fenômenos das fronteiras, realidades essas que foram determinadas por critérios históricos e políticos, e que se expressam em definições jurídicas de delimitações dos espaços do Universo, denominadas fronteiras. Na verdade, ventos e correntes marítimas não respeitam linhas divisórias fixadas em terra ou nos espaços aquáticos ou aéreos, por critérios humanos, nem as aves migratórias ou os habitantes dos mares e oceanos necessitam de passaportes para atravessar fronteiras, as quais foram delimitadas, em função dos homens” (2001, p. 298 e 299).

proteção do meio ambiente – um direito fundamental de todos os brasileiros – como um dever do Poder Público, da sociedade e de cada um do povo.

O art. 225, caput, do citado Texto Constitucional de 1988, neste sentido, assevera que todos têm direito ao meio ambiente, sendo esse, um ambiente ecologicamente equilibrado¹⁴, algo essencial à sadia qualidade de vida. Para tanto, impõe ao “(...) Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Diante dessas premissas, é possível perceber que tanto a efetivação dos direitos humanos, tão necessária para a melhoria da vida em sociedade, principalmente no tocante ao direito à vida em um ambiente ecologicamente equilibrado, bem como o direito ao desenvolvimento sustentável daí decorrente, representam uma das maiores buscas da humanidade¹⁵ do pós Segunda Guerra Mundial.

Ademais, é importante destacar que, ao realizar uma análise do comportamento humano a partir dessas discussões sobre o meio ambiente que desabrocharam, como visto, com maior regularidade na segunda metade do século passado, Lipovetsky chega a conclusão de que “(...) a ideia de que a Terra está em perigo de morte, impôs uma nova dimensão de responsabilidade, uma concepção inédita das obrigações humanas que ultrapassa a ética tradicional, circunscrita às relações inter-humanas imediatas (1994, p. 244)”.

Portanto, “(...) tanto os direitos como os deveres fundamentais integram o estatuto constitucional do indivíduo, ou melhor (...) da pessoa”, de modo que ao se falar de direitos fundamentais das pessoas, tais como o meio ambiente ecologicamente equilibrado nos termos do art. 225, da CF/88, necessariamente

¹⁴ Para conseguir analisar a ideia por traz de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, o Direito necessita aliar conhecimentos de outras áreas, tais como: a Ecologia, a Biologia, a Geografia, dentre outras. É a Ecologia, por exemplo, a responsável por conceituar biosfera como sendo o conjunto do solo, da água e do ar existentes no Planeta Terra, elementos indispensáveis à vida, principalmente, a do Homem. Mas, mesmo no Direito, há uma distribuição entre os vários ramos de seu conhecimento para debater sobre o meio ambiente. A proteção, portanto, nos termos postos na Constituição de 1988, é uma simbiose entre o Direito Constitucional, o Direito Ambiental, o Direito Internacional, o Direito Civil, o Direito Administrativo, entre outros.

¹⁵ Sobre tais apontamentos Cançado Trindade (1993, p. 145) destaca ser importante que se considere “para os desenvolvimentos futuros dos mecanismos de proteção internacional da pessoa humana e do meio ambiente a questão de sua proteção *erga omnes*. Os distintos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos e do meio ambiente incorporam obrigações de conteúdo e alcance variáveis: algumas normas são suscetíveis de aplicabilidade direta, outras afiguram-se antes como programáticas. Há, pois, que prestar atenção à natureza jurídica das obrigações. A esse respeito surge precisamente a questão da proteção *erga omnes* de determinados direitos garantidos, que levanta o ponto da aplicabilidade a terceiros – simples particulares ou grupos de particulares – de disposições convencionais (denominado “Drittirkung” na bibliografia jurídica alemã”).

deve-se lembrar da existência, concomitante, de deveres fundamentais necessários à essa concretização (NABAIS, 2007, p. 164).

Por mais liberal que possa ser um Estado, do momento que se constitui como tal, parcela da liberdade dos cidadãos fatalmente será perdida, em prol do surgimento desse ente coletivo chamado Estado, o que é conhecido na teoria geral do estado, como *contrato social*.

Os indivíduos, neste diapasão, adquirirão inúmeras responsabilidades perante toda a coletividade da qual fazem parte, dentre as quais, se destacam algumas obrigações de cunho constitucional, que podem ou não estar previstas no texto da constituição do Estado, percebidas aqui como *deveres fundamentais*.

Partindo daí, os deveres fundamentais devem ser vistos como situações que se relacionam com matérias relevantes para a sociedade, cujos proveitos decorrentes de seu cumprimento extrapolarão os limites do individual, pois toda a coletividade será beneficiada, direta ou indiretamente, com o regular exercício desses deveres fundamentais, o que, via de consequência, acaba por fortalecer, ainda mais, o Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, também é o entendimento de Peces-Barba Martínez, para quem

O exercício de um dever fundamental não traz benefícios exclusivamente ao titular do direito subjetivo correlato, quando existe, mas alcança uma dimensão de utilidade geral, beneficiando ao conjunto de cidadãos e a sua representação jurídica, o Estado¹⁶ (1987, p. 336 – tradução nossa).

Assim, ao se tratar do dever fundamental de proteção do meio ambiente natural, uma questão inherentemente de direito fundamental de cariz difuso, é evidente que os benefícios atingirão toda a sociedade. E mais, beneficiará uma sociedade composta não apenas pelas gerações do presente, mas, sobretudo, pelas gerações futuras.

A proteção do meio ambiente a partir da análise do dever fundamental trazido pelo Texto Constitucional de 1988, portanto, extrapolará os limites temporais e físicos, ao passo que a tutela ambiental constitucionalizada em 1988, visou garantir a qualidade de vida dos seres humanos que ainda não existem fisicamente no planeta, o que demonstra o caráter positivo que o dever de proteção do ambiente natural gera, dentre outras coisas, frente a relação humana *intergeracional*.

¹⁶ No original: "El ejercicio de um dever fundamental no reporta beneficios exclusivamente al titular del derecho subjetivo correlativo, cuando existe, sino que alcanza una dimensión de utilidad general, beneficiando al conjunto de los ciudadanos y a su representación jurídica, el Estado".

Por fim, esse dever fundamental de proteção ao meio ambiente natural apresenta, como se perceberá abaixo, relação com outro importante dever fundamental trazido na Constituição Federal de 1988 – o dever de proteção integral e prioritária das crianças – de modo que juntos, simbioticamente, representam importante avanço para o debate sobre uma educação ambiental que proteja o meio ambiente e, via de consequências, as gerações presentes e futuras.

4. O DIREITO FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO INTEGRAL E PRIORITÁRIA ÀS CRIANÇAS E O DEVER FUNDAMENTAL DOS PAIS EM REALIZÁ-LO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a família como à célula mãe da sociedade¹⁷. Contudo, isso não quis dizer que às famílias foram garantidos somente direitos, pois o constituinte a incumbiu, dentre outras coisas, de velar pela proteção das crianças, dos adolescentes e jovens, o que se dará, inclusive, de forma integral e prioritária.

Uma responsabilidade, um dever, que a família divide com a sociedade e com o Estado, conforme determina o art. 227, da Constituição da República de 1988 (CR/88), que assim determina

É dever da família, da sociedade e do Estado **assegurar à criança**, ao adolescente e ao jovem, **com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligéncia, discriminação, exploração, violência,残酷和 opressão (Grifos nossos).

Ressalta-se, conforme delimitado na introdução acima, o presente estudo visa abordar a questão do dever da família em dar proteção integral às crianças a partir de sua relação com seus pais, em que pese o art. 227, da CR/88, não fazer essa restrição.

Mas quem são as crianças de que fala o citado dispositivo constitucional? Segundo o art. 2º¹⁸, da Lei 8.069/90 – conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente – são consideradas crianças pessoas que tenham até 12 anos de idade incompletos.

Assim, para o estudo pretendido aqui, a análise feita do direito fundamental a proteção integral e prioritária, bem como do dever fundamental em

¹⁷ É o que podemos perceber ao termos o art. 226, da CR/88, que determina a família como a base da sociedade, tendo, inclusive, uma proteção especial pelo Estado, senão veja: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”

¹⁸ Segundo aludido dispositivo infraconstitucional, “**Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos**, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

assegurar e concretizar esse direito delimitado na atuação paterna, se dará somente em relação às crianças delimitadas acima.

A partir de então, é possível destacar como a legislação especializada – Lei 8.069/90 – assegura direitos a essas crianças, é o que pode ser visto nos termos do art. 3º, da citada legislação, que determina

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (Grifos nossos).

É possível, portanto, visualizar a existência de um Direito Fundamental dessas crianças que, além de uma proteção integral e prioritária, objetiva assegurá-las um desenvolvimento físico, mental, moral e social em condições de liberdade e dignidade, o que, necessariamente, deverá passar por um meio ambiente natural equilibrado e saudável.

Esse aspecto da proteção ao desenvolvimento com liberdade e dignidade das crianças está ligado ao princípio constitucional da paternidade responsável, pois se a CR/88 assegura o livre planejamento familiar, também determina que esse planejamento seja responsável¹⁹.

Não há como não se reconhecer, neste sentido, a existência de um direito fundamental das crianças em se desenvolver de forma saudável, sendo que esse desenvolvimento passará por uma educação plural, que além das disciplinas básicas escolares, compreende uma atuação paterna constante, sobretudo em relação à educação socioambiental.

As crianças, como verdadeiras prioridades, cuja proteção deve vir primeiro que qualquer outra situação, conforme determina o art. 4º, da Lei 8.069/90²⁰, também são agentes importantes para a preservação do meio ambiente natural, pois, enquanto parcela expressiva da sociedade, também possuem o dever de proteção ao meio ambiente.

Neste sentido, o art. 5º, da mesma legislação infraconstitucional acima, assegura que nenhuma criança será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo, punidas as

¹⁹ Sobre esse ponto, o §7º, do art. 226, da CR/88 determina que “**Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal**, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas” (Grifos Nossos).

²⁰ Segundo o citado artigo “**É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária**”.

pessoas que, por ação ou omissão, violarem seus direitos fundamentais, mesmo que essas pessoas sejam seus pais.

Caberá além do Estado e da Sociedade, aos pais (enquanto família) – que em regra compõem o primeiro contato social do desenvolvimento humano das crianças – garantir a concretização de seu direito fundamental à proteção integral e prioritária, pois em sua relação paterno-filial, os pais têm o dever fundamental de garantir citado direito.

Por fim, sobre o dever fundamental dos pais é preciso destacar o fato de que a Constituição Federal de 1988 completará, no próximo dia 05 de Outubro de 2014, 26 anos de existência.

Durante todos esses anos não são inegáveis as inúmeras conquistas alcançadas. Inúmeros foram os direitos que passaram a figurar como esteios sociais. Os princípios ganharam força em detrimento às regras. O Brasil, a partir de então, renasceu de um sono profundo.

Em que pese hoje já haverem discussões sobre a efetividade ou não dessas conquistas, ou seja, frente a sua concretização, sua realização no *mundo da vida*, é sabido que os Direitos das Crianças, Adolescentes e Jovens, trazidos pela Constituição Federal de 1988 como integrais e prioritários, representaram – e ainda representam – um enorme avanço para a proteção das gerações que surgem e que por ventura surgirão.

5. A EDUCAÇÃO AMBIENTAL DOS FILHOS COMO DEVER FUNDAMENTAL DOS PAIS: UM MECANISMO DE PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE NATURAL E PROTEÇÃO INTEGRAL E PRIORITÁRIA DAS CRIANÇAS

Após termos debatido acima as teorias e percepções acerca dos deveres fundamentais, bem como o conceito desenvolvido no âmbito do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia e Direitos Fundamentais, do Programa de Pós Graduação *Strictu Sensu* – Doutorado – da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), e a necessidade de percebermos, a partir daí, a existência de um dever fundamental de proteção ao meio ambiente natural, bem como tendo analisado a questão do direito fundamental a proteção integral e prioritária que a CF/88 assegura às crianças, a partir de seu art. 227, neste ponto buscaremos compreender como o dever fundamental de proteção ao meio ambiente natural pode ser percebido em uma intrínseca relação com o dever, a cargo dos pais, de proteção integral e prioritária das crianças.

É daí, portanto, que buscaremos analisar como a educação ambiental – entendida aqui como um importante instrumento de formação de sujeitos ambientalmente responsáveis – pode ser compreendida como uma “etapa” do amadurecimento político, social, econômico e, sobretudo, cultural, da criança, a ser realizada, dentre outros atores, especialmente por seus pais, que formam

o primeiro núcleo social de contato com as regras e padrões de conduta dos seres humanos em sociedade.

Contudo, é importante destacarmos neste sentido, que a ideia de educação desenvolvida neste trabalho, aparece num sentido muito além daquele identificado a partir da educação escolar, ou seja, não se discute aqui, portanto, o dever dos pais em proporcionar, tão somente, um conhecimento científico-teórico – aquele aprendido, entre outros, nos bancos das escolas – mas, de outro lado, busca-se compreender essa educação como um conjunto de atitudes que compreenderão um modo de *ensinamento para a vida*.

Assim, a educação ambiental da qual falamos aqui, bem como em todo o decorrer deste trabalho, diz respeito a um processo social, político, econômico, cultural, de amadurecimento do ser humano frente ao meio em que vive, de onde a atuação dos pais, enquanto núcleo social primordial de formação da personalidade do ser humano, é essencial para a formação de um indivíduo que, para além de conhecimentos técnicos-científicos, saberá, por exemplo, qual a importância, para as presentes e futuras gerações, de tomarmos conta do meio ambiente natural, percebendo-o como local no qual nossa existência enquanto seres vivos é possível.

A partir de então é possível compreendermos que não se trata de impor aos pais obrigações que extrapolariam suas forças, pois se tratássemos de educação ambiental num prisma educacional técnico-científico, extaríamos exigindo, através do dever fundamental, uma obrigação a esses pais que seria, na grande maioria das famílias brasileiras, desproporcional.

Não é esse, portanto, o objetivo da presente pesquisa, de modo que por educação ambiental, como discutido acima, compreendemos atitudes praticadas pelos pais em relação aos seus filhos que os ajudarão a se formar como seres humanos ambientalmente mais responsáveis, tais como, por exemplo, o simples fato de se ensinar uma criança a não jogar lixo no chão ou a recolher, após o uso, as embalagens daquilo que acabou de consumir, entre outros.

Assim, conforme a Política Nacional de Educação Ambiental acentua – Lei n. 9.795/1999²¹, art. 1º – é possível compreendermos que a educação ambiental abrangerá todos “(...) os processos por meio dos quais o indivíduo e a

²¹ É importante analisarmos essa legislação de forma mais acurada, pois, em que pese dizer respeito a uma determinação normativa para a educação escolar, como vimos acima, conceitua educação ambiental de uma forma aberta, ou seja, um conceito para além dos bancos das escolas, de modo que é importante, neste ponto, destacarmos também que a Lei 9.795/99, que estabelece que a Educação Ambiental deve estar presente, de forma articulada, em todos os níveis e modalidades do processo educativo, deverá ser percebida, enquanto diretriz nacional, a partir de uma análise complementária pelos estabelecimentos de ensino (art. 26, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação – 9.394/96) a partir de suas características regionais e locais, conforme preceitua o princípio do 4º, VII, da Lei 9.795/99, que valorizará a abordagem articulada das questões

coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente (...)", identificado como um bem de uso comum do povo, e necessário, haja vista essencial, à saudade qualidade de vida e sua sustentabilidade.

Esse processo de construção social de habilidades, atitudes, valores sociais, portanto, não dependem de um processo de ensino-aprendizagem que se realiza, sobretudo, nos bancos da escola, mas, ao contrário, está mais inserido do cotidiano das pessoas, em suas relações sociais, políticas, econômicas e culturais, de onde a relação dos pais e seus filhos surge como um importante local de amadurecimento de todos esses aspectos sob os quais erige-se a educação ambiental tal como trabalhada aqui.

A educação ambiental diante dessas premissas pode ser percebida como um dever, contido no art. 225, §1º, VI, da CF/88, combinado com a Lei da Política Nacional de Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81), bem como de sua regulação específica, através da disciplina da Política da Educação Ambiental da Lei n. 9.795/99.

Nestes termos, a educação ambiental deverá se fazer presente no que poderíamos compreender como esfera formal de sua realização, qual seja, o ensino público e privado, realizando-se de modo transversal – ou seja, estando, de certa forma, inserida no contexto metodológico-pedagógico em todas as disciplinas do currículo – bem como de modo específico, através de disciplinas, dentro do currículo, próprias para o ensino aprendizagem ínsito a educação ambiental.

Mas, também, no que poderíamos chamar de educação informal, a ser realizada, por exemplo, nas empresas, organizações sociais, na comunicação – aí incluídos o rádio, os jornais, as revistas, a TV (aberta e fechada), a internet, os órgãos e as instituições públicas, etc. – e, sobretudo, o seio familiar, através da relação entre pais e filhos, em especial frente às crianças que ainda estão nos primeiros anos de suas vidas e ainda em processo de construção de sua personalidade.

A educação ambiental, portanto, deve ser compreendida como um importante instrumento de efetivação da proteção ambiental tanto pelo poder público, quanto pelos particulares, em especial àqueles que possuem como obrigação, um dever fundamental de proteção integral e prioritária de seus filhos, em especial, as crianças.

Por fim, a educação ambiental dos filhos pode ser compreendida como parte do dever fundamental dos pais em lhes garantir um crescimento saudável e

ambientais locais, regionais e nacionais, e o artigo 8º, IV e V, da mesma legislação, que incentivam a busca de alternativas curriculares e metodológicas na capacitação da área ambiental e as iniciativas e experiências locais e regionais, incluindo a produção de material educativo.

harmonioso em sociedade, ou seja, um mecanismo de preservação não sómente do meio ambiente natural, mas, principalmente, de proteção integral e prioritária das crianças, do presente, bem como, das futuras gerações.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS: INICIANDO NOVAS DISCUSSÕES

A proteção do meio ambiente natural, dever de todos, possui como um importante mecanismo para sua efetivação, a promoção de uma *educação ambiental*, ou seja, promover a orientação de todos e, principalmente, das gerações em desenvolvimento, no sentido de proteção ao meio ambiente natural como mecanismo de salvaguarda da vida humana das presentes e futuras gerações.

Desse modo, é dever dos pais, respectivamente, proporcionar, a partir da proteção integral e prioritária, uma *educação ambiental* a seus filhos, como instrumento de proteção ao meio ambiente, bem como aos próprios infantes.

Não há como negar a importância do tema em discussão e da controvérsia que gira ao seu entorno, seja ela moral, jurídica, política ou social, pois se por um lado os pais possuem autonomia da vontade que lhes embasam o direito de educar seus filhos livremente – respeitando-se os padrões morais, éticos e de direito impostos pela sociedade –, por outro, possuem o dever de realizar uma paternidade responsável.

Um dever, portanto, a partir dessa paternidade responsável, de proteger integral e prioritariamente seus filhos – sobretudo os que ainda forem crianças – o que, necessariamente, passará, conforme debatido acima, pelo dever fundamental de proteger o meio ambiente natural através de uma educação ambiental – instrumento eficaz para a proteção das presentes e futuras gerações.

O mundo em si já é um local traiçoeiro, que pode ser responsável por circunstâncias que, sem a interferência de ninguém, podem causar danos irreversíveis aos seres humanos, principalmente, àqueles de tenra idade, de modo que caberá aos pais contribuir – através de uma educação ambiental de seus filhos – para a amenização desse preocupante cenário – a depender da análise – moderno, pós ou hipermoderne.

REFERÊNCIAS

BAYÓN, Juan Carlos. **Los Deberes Positivos Generales y la Determinación de Sus Límites: observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés.** In: DOXA 3, 1986. p.35-54.

ESTERMANN, Josef. **Ecosofía Andina: un paradigma alternativo de convivencia cósmica y de vivir bien.** In.: FAIA. vol. II, nº IX-X. AÑO 2013.

Disponível em: <file:///C:/Users/Eleno_Inv/Downloads/Dialnet-EcosofiaAndina-4714294%20(1).pdf>. Acessado em 14 de Abril de 2015.

_____. **La Filosofía Quechua.** Disponível em: <<http://www.olimon.org/uan/12-quechua-estermann.pdf>>. Acessado em 14 de abril de 2015.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti e FABRIZ, Daury Cesar. *Dever Fundamental: a construção de um conceito*. In: **DE MARCO, Christian Magnus e OUTROS. *Direitos Fundamentais Civis: teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha*.** Tomo I. Joaçaba: Editora UNOESC, 2013.

JIMENEZ, Martha Lucia Olivari. *O Estabelecimento de Uma Política Comum de Proteção ao Meio Ambiente: sua necessidade num mercado comum*. Estudos de Integração. Brasília: Associação Brasileira de Estudos de Integração do Senado Federal, 1994, v. 7.

KROHLING, Aloísio. *Dialética e Direitos Humanos – múltiplo dialético: da Grécia à Contemporaneidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia Científica*. 4^ªed. rev. e ampl.. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

LEITE, José Rubens Morato. *Introdução ao conceito jurídico de meio ambiente*. In: **VARELLA, Marcelo Dias; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro (orgs.). *O novo em direito ambiental*.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

LIPOVETSKY, Gilles. *O Crepúsculo do Dever: a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Trad. GASPAR, Fátima e GASPAR Carlos. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1994.

LLÓRENTE, Francisco Rubio. *Los Deberes Constitucionales*. In: **Revista Española de Derecho Constitucional**. Año 21. Núm. 62. Mayo-Agosto 2001. p. 11-56.

MILARÉ, Édis. *Legislação Ambiental do Brasil*. São Paulo: APMP, 1991.

_____. **Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência e glossário.** 2^ªed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Los deberes fundamentales*. Doxa. Alicante, n. 04, p. 329-341, 1987. Disponível em: <<http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/Sirve>>

Obras/12837218659036051876657/cu_aderno4/Doxa4_19.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2014.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito Internacional do Meio Ambiente**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 298 e 299.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio Ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

VALDÉS, Ernesto Garzón. *Los Deberes Positivos Generales y su Fundamentación*. In: **DOXA 3**, 1986a. p. 17-33.

_____. *Algunos Comentarios Críticos a Las Críticas de Juan Carlos Bayón y Francisco Laporta*. In: **DOXA 3**, 1986b. p. 65-68.

* Recebido em 13 dez. 2015.



KANT E A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE DIREITOS HUMANOS: CONQUISTAS E DESAFIOS À TEORIA GERAL DOS DIREITOS HUMANOS

*Jefferson Luiz França**

Resumo

Este artigo relaciona o conceito de dignidade humana em Kant com a concepção contemporânea de direitos humanos internacionalmente reconhecidos, destacando o atual debate no âmbito da teoria geral dos direitos humanos, e a tese proposta é de que a dignidade humana enquanto valor em si mesmo funciona como elemento consensual numa perspectiva de universalidade relativa.

Palavras-chave

Kant. Dignidade. Universalidade. Direitos Humanos.

KANT AND CONTEMPORARY CONCEPTION OF HUMAN RIGHTS: ACHIEVEMENTS AND CHALLENGES TO THE GENERAL THEORY OF HUMAN RIGHTS

Abstract

This paper relates the Kantian concept of human dignity with the contemporary conception of internationally recognized human rights, highlighting the current debate within the general theory of human rights and puts forward the proposal that human dignity while value in himself serves as consensual element of relative universality.

Keywords

Kant. Dignity. University. Human Rights.

1. INTRODUÇÃO

A denominada concepção contemporânea dos direitos humanos teve marco com a introdução da Declaração Universal dos Direitos Humanos de

* Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Filosofia pela Universidade Estácio de Sá. Bacharel em Direito pela Faculdade Integrada de Pernambuco. Analista Jurídico do Ministério Público de Pernambuco.

1948, em que se estabelece a proteção universal dos direitos humanos, inspirando os textos constitucionais de diversos Estados e a criação de democracias recentes.

Esse movimento surgiu após a Segunda Guerra Mundial como resposta às atrocidades cometidas pelo nazismo, cuja ideologia se apoiava no antissemitismo, anticomunismo, eugenia e totalitarismo, e acabou por fortalecer a ideia de direitos válidos universal e categoricamente, centrados não mais na soberania estatal, mas na ótica da humanidade.

Nesse sentido, qual o papel da formulação kantiana de dignidade na afirmação dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos?

A problemática se revela pertinente tendo em vista que o conceito de dignidade humana é amplamente empregado nas mais diversas áreas do conhecimento, ganhando destaque na filosofia, na política e até mesmo no pensamento comum, quando se trata de justificar ou aplicar princípios, assim como para fundamentar certos direitos e deveres morais, tornando-se comum o recurso à filosofia moral de Kant. (SENSEN, 2011, p. 1).

Assim, pretende-se situar o conceito kantiano de dignidade humana na construção e afirmação da concepção contemporânea dos direitos humanos, sem por de lado os novos desafios que emergem no atual debate da teoria geral dos direitos humanos.

2 O CONCEITO KANTIANO DE DIGNIDADE E A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A filosofia crítica de Kant representou um significante marco divisor no pensamento filosófico moderno, constituindo uma verdadeira revolução na investigação filosófica e na possibilidade de fixação dos fundamentos e limites da razão. Essa crítica da própria razão é um convite a mais difícil de suas tarefas: “a do conhecimento de si mesma e da constituição de um tribunal que lhe assegure as pretensões legítimas e, em contrapartida, possa condenar-lhe todas as presunções infundadas”. (KANT, 2013, A XII)

Alexandre Morujão (2013, XXII-XXIII) afirma que o criticismo kantiano constitui o horizonte filosófico mais próximo da hermenêutica, ligando-se tanto ao movimento hermenêutico quanto, na sequência, ao movimento fenomenológico, tendo em Heidegger uma importante figura, para quem o diálogo com Kant é momento essencial.

Todavia, a mudança no pensar filosófico a que se deve a Kant não abrange apenas o mundo do conhecimento, mas também o mundo da ação, pois a moralidade no âmbito prático reclama validade universal e objetiva, assim como a ciência no âmbito teórico (HÖFFE, 2005, p. 183).

Kant dedicou boa parte dos seus estudos à função prática da razão e ao problema da moral, impondo-se quatro problemas fundamentais: (a) determinar o conceito de moralidade; (b) aplicá-lo à situação de entes racionais finitos, o que leva ao imperativo categórico; (c) descobrir a origem da moralidade na autonomia da vontade; e (d) provar a efetividade da moralidade com o *factum* da razão. (HÖFFE, 2005, p. 190).

Ocorre que, qualquer defesa ou crítica da ética kantiana deve começar pela *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, uma obra que tem por propósito a busca e fixação do princípio supremo da moralidade e que contém quase todos os elementos essenciais da moral kantiana. (PASCAL, 2011, p. 118)

Nela se encontra a fórmula geral de onde derivam todos os imperativos do dever que, sem tomar em consideração o efeito que dela se espera, tem de determinar uma vontade absolutamente boa e sem restrições. O imperativo categórico é, portanto, um só, que é este: "Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal". (KANT, 2007, BA 52)

O imperativo categórico não impõe nada moralmente neutro. Do contrário, ele é um dever-ser, uma exortação a agir de determinada maneira, sendo tal a única válida sem nenhuma limitação. Ele diz em que consiste a ação moral, a saber, em máximas universalizáveis. (HÖFFE, 2005, p. 198).

Para H. J. Paton (1971) seria ingênuo pensar que, apenas com a ajuda desse princípio, Kant queira resolver todos os nossos problemas morais. No entanto, "o que precisamos é saber aplicar o método kantiano. Julgar nossa própria ação pelo mesmo padrão universal que aplicamos para as ações dos outros é uma condição essencial da moralidade". (PATON, 1971, p. 73).

Ao falar de um imperativo como máximas universalizáveis, Kant afirma que tal dever não pode se propor aos efeitos advindos da ação, a que o filósofo denominou de fins materiais, pois são na sua totalidade apenas relativos e não podem fornecer princípios universais para todos os seres racionais. Portanto, um fim objetivo deverá ter um valor universal e, por consequência, ser um fim em si mesmo.

Para Kant, não existe na natureza outra coisa cuja existência em si mesma tenha um valor absoluto e que, como um fim em si mesmo, possa ser a base de um possível imperativo categórico: "Ora digo eu – o homem, e, de uma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade". (KANT, 2007, BA 65)

Isto implica "o reconhecimento dos outros sujeitos morais para as quais a lei deve poder valer" (ABBAGNANO, 1978, p. 152), resultando numa segunda formulação: a lei universal da humanidade. Tal imperativo prático é,

pois, o seguinte: "Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio". (KANT, 2007, BA 66-67)

A aproximação das duas fórmulas origina uma terceira, pois, não devendo ser tratado como instrumento, "o homem não poderia ser um simples objeto da legislação universal imposta pela lei moral; é necessário, pois, que seja ele próprio o seu autor". (PASCAL, 2011, p. 132)

Este terceiro princípio prático da autonomia da vontade resulta da "ideia da vontade de todo o ser racional concebida como vontade legisladora universal". (KANT, 2007, BA 70)

Portanto, a essa ideia de autonomia, de autor de sua própria lei, prende-se a ideia da dignidade humana, pois o homem não tem apenas um valor relativo, um preço, mas um valor intrínseco, uma dignidade. (PASCAL, 2001, p. 133).

Tal dignidade é manifesta na capacidade de o homem alçar a sua máxima à categoria de legislação universal, a qual ele mesmo, simultaneamente, se submete: "A autonomia é, pois, o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional". (KANT, 2007, BA 80)

Nesse sentido, afirma Hernandez (2015) que a dignidade humana como a concebemos é inseparável da moralidade e a relação entre ambas é mais bem representada por Kant na sua fórmula da humanidade. E essa conexão entre a dignidade humana e a moralidade proporciona uma resposta eficaz para a discussão do valor humano. Conclui que, "em certo sentido, a dignidade é amplificadora, uma vez que esse valor se torna inseparável da autonomia e dos direitos por ela concedido". (HERNANDEZ, 2015, p. 1)

É de notar que tal perspectiva é reflexo de uma ruptura empreendida pelos filósofos modernos que, abandonando a ideia do homem como ser natural, própria da filosofia clássica, enxerga o homem como um produto de si mesmo, numa concepção mais dinâmica, "baseada no primado da liberdade sobre a inteligência, da prática sobre a teoria, da existência sobre a essência, da história sobre a natureza". (MONDIN, 1998, p. 14)

Em Kant, "o homem liberta-se, em virtude da lei moral, do determinismo causal a que está sujeito como ente que vive na natureza e se coloca e se considera positivamente livre, isto é, capaz de iniciar uma nova série causal, independentemente da natureza." (ABBAGNANO, 1978, p. 142).

Essa formulação implica que o ser humano não é qualquer coisa e, por isso, "não se pode dispor do homem na minha pessoa para mutilá-lo, degradá-lo ou matá-lo" (TONETTO, 2012, p. 272).

Não por outro motivo, Abbagnano (1998) afirma que o conceito de dignidade emprestado por Kant foi responsável pela superação dos grandes regimes totalitários reinantes no século XX:

Como “princípio da dignidade humana” entende-se a exigência enunciada por Kant como segunda fórmula do imperativo categórico: “Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio”. Esse imperativo estabelece que todo homem, aliás, todo ser racional, como fim em si mesmo, possui um valor não relativo (como é, p. ex., um preço), mas intrínseco, ou seja, a dignidade.

(...)

Na incerteza das valorações morais do mundo contemporâneo, que aumentou com as duas guerras mundiais, pode-se dizer que a exigência da dignidade do ser humano venceu uma prova, revelando-se como pedra de toque para a aceitação dos ideais ou das formas de vida instauradas ou propostas; isso porque as ideologias, os partidos e os regimes que, implícita ou explicitamente, se opuseram a essa tese mostraram-se desastrosas para si e para os outros. (ABBAGNANO, 1998, p. 277)

No mesmo sentido, Fábio Comparato (2003) destaca:

A escravidão acabou sendo universalmente abolida, como instituto jurídico, somente no século XX. Mas a concepção kantiana da dignidade da pessoa como um fim em si leva à condenação de muitas práticas de aviltamento da pessoa à condição de coisa, além da clássica escravidão, tais como o engano de outrem mediante falsas promessas, ou os atentados cometidos contra os bens alheios. Ademais, disse o filósofo, se o fim natural de todos os homens é a realização de sua própria felicidade, não basta agir de modo a não prejudicar ninguém. Isto seria uma máxima meramente negativa. Tratar a humanidade como um fim em si implica o dever de favorecer, tanto quanto possível, o fim de outrem. Pois, sendo o sujeito um fim em si mesmo, é preciso que os fins de outrem sejam por mim considerados também como meus. (COMPARATO, 2003, p. 22)

Num estudo sobre os modos pelos quais a soberania estatal se subordina a considerações de natureza ética, Celso Lafer (1995) afirma que o modelo de convivência internacional proposto por Kant, que transcendia o subjetivismo das soberanias e dos interesses, introduzindo a razão abrangente do ponto de vista da humanidade e do indivíduo como fim e não como meio, possibilitou a discussão acerca dos “temas globais” na prática diplomática contemporânea. Para ele,

O desdobramento contemporâneo da visão de Kant são os assim chamados “temas globais”, cuja primeira grande afirmação jurídica é o artigo 11 do Pacto da Sociedade das Nações. Este artigo postula a indivisibilidade da paz, explicitando que a guerra ou ameaça de guerra diz respeito não apenas às partes diretamente envolvidas – aos interesses de suas soberanias – mas a toda a sociedade internacional. (LAFER, 1995, p. 138)

Examinando, por sua vez, a fundamentação filosófica dos direitos humanos na contemporaneidade, Giovani Lunard (2011) relaciona as máximas da moralidade kantiana com a noção de Direito e de Estado, afirmando que o conceito racional do direito de Kant possibilita a ideia dos direitos humanos. Assim,

A atualidade dessa correlação entre moral e direito, e, por conseguinte, com direitos humanos estabelecida por Kant, pode ser comprovada nos seguintes “jusfilósofos” contemporâneos: Rawls, Tugendhat, Habermas, Nino e Alexy. Todos sustentam e realizam “reconstruções” sofisticadas e originais do pensamento kantiano; no entanto, cada um, a sua maneira e em diferentes graus, mantém a mesma fundamentação kantiana filosófica entre “direitos humanos” e “princípios morais”. (LUNARD, 2011, p. 206-207)

Ainda de acordo com Lunard (2011, p. 207), essa exigência ética dos direitos humanos se expressa, neste século XXI, no fenômeno da “constitucionalização do Direito”, localizado em todos os Estados da atualidade e em suas relações supranacionais que reivindicam exigências de legitimidade e justificação para além da legalidade de sua normatividade jurídica.

Nesse sentido, a ideia de direitos válidos universal e categoricamente, como fundamento filosófico dos direitos humanos, se deve especialmente a uma tradição kantiana (KLEMME, 2012, p. 187).

Como afirmou Bobbio (2004, p. 9), os direitos humanos são direitos históricos, nascidos em certas circunstâncias, portanto, não nascem todos de uma vez, nem de uma vez por todas.

Nesse ponto, Flávia Piovesan (2007, p. 8) esclarece que, considerando a historicidade dos direitos, a chamada concepção contemporânea dos direitos humanos, introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, é fruto da internacionalização dos direitos humanos.

Para ela, esse cenário é um movimento recente na história surgido a partir do Pós-Guerra, como esforço de reconstrução dos direitos humanos. Logo, se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós Guerra deveria significar sua reconstrução. (PIOVESAN, 2007, p. 8-9)

Sustentando tal constatação, Hannah Arendt (1998) afirmou que tanto o nazismo alemão quanto o bolchevismo soviético representaram uma ruptura com o paradigma do Direito até então estabelecido, baseados no pressuposto de que os homens se tornaram supérfluos e inoportunos:

Os homens, na medida em que são mais que simples reações animais e realização de funções, são inteiramente supérfluos para os regimes totalitários. O totalitarismo não procura o domínio desótico dos homens, mas sim um sistema em que os homens sejam supérfluos. O poder total só pode ser conseguido e conservado num mundo de reflexos condicionados, de marionetes sem o mais leve traço de espontaneidade.

(...)

Os Estados totalitários procuram constantemente, embora nunca com pleno sucesso, demonstrar a superfluidez do homem — pela arbitrária escolha de vários grupos para os campos de concentração, pelos constantes expurgos do aparelho do governo, pelas liquidações em massa. O bom senso grita desesperadamente, mas em vão, que as massas são submissas e que todo esse gigantesco aparelho de terror é, portanto, supérfluo; se fossem capazes de dizer a verdade, os governantes totalitários responderiam: o aparelho parece supérfluo unicamente porque serve para tornar os homens supérfluos. (ARENDT, 1998, p. 508)

Flávia Piovesan (2007, p. 10-11) acrescenta que, nesse esforço de reconstrução dos direitos humanos do Pós-Guerra, há, de um lado, a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e, de outro, a emergência da nova feição do Direito Constitucional ocidental, aberto a princípios e a valores, com ênfase no valor da dignidade humana, razão pela qual há um reencontro como pensamento kantiano, com as ideias de moralidade, dignidade, Direito cosmopolita e paz perpétua. E conclui:

Daí a primazia do valor da dignidade humana, como paradigma e referencial ético, verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local, regional e global, doando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido. (PIOVESAN, 2007, p. 11-12)

Essa nova concepção fortalece a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, razão pela qual há necessidade de revisar a noção tradicional de soberania absoluta do Estado, transitando-se de uma concepção “hobbesiana” de soberania, centrada no Estado, para uma concepção “kantiana” de soberania, centrada na cidadania universal, além de se fomentar a ideia de que o indivíduo, na condição de sujeito de direitos, deve ter seus direitos protegidos na esfera internacional. (PIOVESAN, 2007, p. 8)

Defendendo a tese de que a repleta efetivação dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos ocorre, entre outras coisas, através do reconhecimento da personalidade jurídica e da plena capacidade processual do indivíduo como sujeito de direito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, Cançado Trindade sustenta que “a base das relações entre o Estado e os seres humanos sob sua jurisdição, assim como das relações entre os Estados em si, não está na soberania estatal, mas na solidariedade humana”. (TRINIDADE, 2003, p. 107).

Em estudo recentemente publicado, Peter Häberle (2015, p. 70) defende uma perspectiva da dignidade humana como premissa antropológico-cultural do Estado constitucional, assegurando que de tal princípio kantiano emanam as muitas liberdades culturais, como as de religião, de consciência, científica e artística, e essa “cultura da liberdade”, ou “liberdade da cultura”, favorece a democracia pluralista. Para ele:

A *democracia pluralista* forma uma consequência organizadora da dignidade humana – o que aparece como simples “forma estatal” é uma correspondência mais profunda. O ser humano dotado de dignidade *própria* a contar do nascimento cresce graças a processos culturais de socialização em um *status* de liberdade, que lhe atribui a participação democrática, o *status de homo politicus* como “natural”. Dignidade humana e democracia formam as duas faces da mesma *res publica*, que dão forma ao Estado constitucional do atual estágio de evolução. A ilustração e o entendimento ocidental da democracia atuam profundamente. A dignidade e o valor próprio da pessoa tiveram de ser concebidos por filósofos antes de se “coagularem” em princípios jurídicos. A democracia teve de ganhar-se lutando bem duramente – partindo da Inglaterra –, até que amadureceu nesse conjunto de procedimentos e instituições múltiplas que hoje a caracteriza. Competência e diversidade, alternativas e oposição, a alternância de maioria e minoria, o desenvolvimento aberto – tudo isso são consequências da dignidade humana como premissa antropológico-cultural do Estado constitucional. (HÄBERLE, 2015, p. 70)

Se por um lado, a concepção contemporânea dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos deve bastante às formulações kantianas de moralidade e dignidade humana, por outro, ela faz surgir novos desafios à teoria geral dos direitos humanos.

3. A UNIVERSALIDADE EM KANT E O FENÔMENO DO MULTICULTURALISMO

A questão que se coloca atualmente é de como os princípios de validade universal se comportam perante o fenômeno do multiculturalismo. Essa é a clivagem travada no pensamento social contemporâneo entre universalistas e relativistas.

Uma das principais críticas que se faz à adoção de princípios éticos universais é que tal abstração põe de lado aspectos da realidade, conduzindo necessariamente a uma nivelação inaceitável do comportamento social, pela aplicação desses princípios e normas. Uma outra, sustenta frequentemente que a defesa de uma perspectiva universalista tem subjacente uma posição etnocêntrica. (ROCHA, 2000, p. 60-61)

O que se afirma é que não há qualquer semelhança entre os seres humanos que comporte generalizações. Pelo contrário, o que há são múltiplas tradições culturais.

Essa reação contra o universalismo das teorias modernas dos direitos humanos é um dos pilares do comunitarismo, movimento surgido notadamente nos Estados Unidos que reivindica a filosofia prática aristotélica e defende o abandono de princípios universalizantes para fundamentar o comportamento moral, tendo por principais representantes Alasdair MacIntyre, Michael Sandel e Charles Taylor. (FRANÇA, 2015, p. 238)

Para Acílio Rocha, tal “disputa entre comunitaristas e liberais pode ser vista como uma espécie de reedição da grande controvérsia entre as posições kantianas e hegelianas.” (ROCHA, 2000, p. 63). Ou, nas palavras de Carlos Nino (1998, p. 363), o espectro de Hegel desafia mais uma vez o espírito de Kant.

Jack Donnelly (2013) propõe uma saída para esse imbróglio, fundada numa ruptura dessa tradicional dicotomia, segundo o qual enxergar o problema da universalidade/relatividade dos direitos humanos por lentes isoladas induz ao erro e engano.

Estabelecendo uma demarcação temporal na discussão, Donnelly afirma que na década de 80, quando ditadores cruéis recorriam à cultura local para justificar suas atrocidades, a ênfase na universalidade dos direitos humanos parecia não apenas apropriada, mas essencial. Hoje, essa primazia foi posta em cheque a partir da corriqueira política externa norte-americana que “apela regularmente para os valores 'universais' na busca de uma guerra ideológica global que zomba das normas jurídicas internacionais”. (DONNELLY, 2013, p. 282)

Para ele, conceitualmente falando, os direitos humanos são universais na medida em que são realizados “universalmente” por todos os seres humanos; noutras palavras, são iguais e inalienáveis. Porém, essa conceituação não prova que tais direitos existem e por possuírem um nível alto de abstração parecem ter pouca importância prática, ou seja, nada diz sobre a questão central na maioria das discussões contemporâneas sobre a universalidade dos direitos humanos. (DONNELLY, 2013, p. 283)

Por outro lado, o que se tem são “consensos” onde cada cultura, seja ela indígena, americana, europeia, africana ou asiática, apoia suas práticas numa concepção política de justiça e, nesse sentido, nenhuma cultura ou doutrina é “por natureza” incompatível com os direitos humanos. A esse fenômeno, chamou de “universalidade consensual sobreposta”. (DONNELLY, 2013, p. 291)

Como exemplo, explica, poucas civilizações praticam ou justificam a escravidão humana. Daí porque o relativismo cultural na sua espécie normativa (que defende a ausência de força normativa da Declaração Universal dos Direitos Humanos face às diferentes tradições culturais) é uma teoria profundamente problemática que oferece uma compreensão deficiente do fenômeno da relatividade dos direitos humanos, pois: (a) reduz o “direito” ao “tradicional” e o “obrigatório” ao “habitual”; (b) o fato de um valor ou prática surgir num determinado lugar não impossibilita *de per si* sua aplicação noutras lugares, acabando por assumir, desse modo, a impossibilidade da aprendizagem e adaptação humanas; (c) não fornece padrão que sustente qualquer desaprovação quanto às violações aos direitos humanos; (d) confunde, ou até mesmo ignora, os aspectos políticos com aspectos culturais; (e) ignora os impactos dos Estados, do mercado, da propagação de ideias dos direitos humanos e de outras forças sociais; (f) ignora a contingência cultural, a contestação e a mudança. (DONNELLY, 2013, p. 293 e ss.)

Reconhecendo os perigos dos argumentos extremistas de ambos os lados (universalistas e relativistas), Donnelly (2013, p. 298) advoga a universalidade dos direitos humanos sem a exclusão de práticas não idênticas, a que chamou de “universalidade relativa”.

Essa universalidade relativa se manifesta no nível do *conceito*, tais como as formulações gerais da Declaração Universal dos Direitos Humanos que assegura que todos têm direito à vida, à liberdade, à segurança, à educação, à participação política.

Sendo conceitualmente universais, por serem universalmente realizados por todos os seres humanos, gozam de formas específicas de implementação e permitem uma ampla gama de práticas particulares.

Para Donnelly, tais concepções particulares podem até resultar em desvios das normas internacionais de direitos humanos, mas é preciso olhar com certa “simpatia” para tais desvios, pois eles tendem a diminuir na medida em que aumentam os consensos sobrepostos.

Nesse sentido, “a universalidade (relativa) dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos não requer, ou mesmo encoraja, uma homogeneização global ou o sacrifício de (muitas) práticas locais valorizadas”. (DONNELLY, 2013, p. 303)

Essa perspectiva considera tais direitos humanos conceitualmente universais e, portanto, universalmente realizáveis, na medida em que possibilita aos seres humanos, individualmente ou em grupos, sentido e valor à vida para que prossigam com suas próprias visões de uma boa vida.

Assim, ambos aspectos não se excluem mutuamente, antes exigem uma abordagem mais dialógica, reflexo da crescente sofisticação das relações humanas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que a universalidade jurídica internacional é uma grande realização na reconstrução e solidificação dos direitos humanos, tendo na formulação kantiana de dignidade humana um importante marco definidor, resultando na passagem de um Estado hermeticamente soberano para um Estado de soberania colaborativa.

Em que pese tais avanços, resta sempre o desafio de conciliar perspectivas de mundo diferentes sob algum tipo de núcleo comum.

Nesse sentido, o conceito de dignidade humana enquanto valor em si mesmo funciona bem no interior de uma “universalidade consensual sobreposta” pelo qual perpassa as mais diferentes matizes culturais, possibilitando que, sob um eixo comum, articule-se diversas possibilidades de implementação e permita a utilização de um parâmetro suficiente de juízo.

Pensar uma universalidade relativa é adotar um universalismo não imperialista associado a um relativismo com critérios mínimos baseados em consensos sobrepostos e, tudo isso, parece ser uma boa saída para o problema contemporâneo da teoria geral dos direitos humanos, até porque Kant não prescreveu um único modo de vida, antes reclamou o respeito pela humanidade.

Portanto, a estrutura filosófica moral kantiana possibilita um amplo espectro de liberdade para o indivíduo e sociedade e, assim, “as diferentes considerações de boa vida são permitidas, desde que a liberdade [individual] possa coexistir com a liberdade de todos e não viole os deveres para consigo mesmo”. (SENSEN, 2011, 140)

Daí que assegurar a dignidade humana como elemento conceitual universal e realizável na totalidade dos seres humanos é uma tarefa que cabe a todos aqueles que desejam construir uma sociedade mais justa e humana.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **História da filosofia**. Tradução: Antônio Ramos Rosa e Antônio Borges Coelho. 2. ed. volume VIII. Lisboa: Editorial Presença, 1978.

_____. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução: Roberto Raposo. 3. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

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

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DONNELLY, Jack. "The relative univerlality of human rights". **Human Rights Quarterly**, v. 29, nº 2, mai. 2013, p. 281-306.

HÄBERLE, Peter. "O fundamentalismo como desafio do Estado Constitucional: considerações a partir da Ciência do Direito e da Cultura". **RDU**, Porto Alegre, v. 11, n. 62, p. 58-80, mar./abr. 2015.

HERNANDEZ, Jill Graper. "Human value, dignity and the presence of others". **HEC FORUM: An Interprofessional Journal on Healthcare Institution's Ethical and Legal Issues**, p. 1-15, 2015.

HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. Tradução: Christian Viktor Hamm e Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FRANÇA, Jefferson Luiz. "Alguns aspectos sobre o direito natural na **Ética a Nicômaco** de Aristóteles (EN, V, 10, 1134b18-1135a5)". **Hypnos**, São Paulo, v. 35, 2º sem., 2015, p. 231-245.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução: Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KLEMME, Heiner F. "Direito à justificação – dever de justificação: reflexões sobre um modus de fundamentação dos direitos humanos". **Trans/Form/Ação**, Marília, v. 35, n. 2, p. 187-198, mai./ago., 2012.

LAFER, Celso. "A soberania e os direitos humanos". **Lua Nova**, n. 35, p. 137-148, 1995.

LUNARD, Giovani Mendonça. "A fundamentação moral dos direitos humanos". **Revista Katálysis**, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 201-209, jul./dez. 2011.

MONDIN, Battista. **Definição filosófica da pessoa humana**. Tradução: Ir. Jacinta Turolo Garcia. São Paulo: EDUSC, 1998.

- MORUJÃO, Alexandre Fradique. "Introdução, notas e tradução". In: KANT. **Crítica da razão pura**. 8^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.
- NINO, Carlos Santiago. "Liberalismo versus comunitarismo". **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, n. 1, p. 363-376, 1998.
- PASCAL, Georges. **Compreender Kant**. Tradução: Raimundo Vier. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.
- PATON, H. J. **The categorical imperative: a study in Kant's moral philosophy**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1971.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 1. ed. 2. tir. São Paulo, Saraiva, 2007.
- ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. "Relativismo cultural versus universalismo ético". **Arquipélago / Série Filosofia**, nº 7, p. 57-92, 2000.
- SENSEN, Oliver. **Kant on human dignity**. De gruyter, Berlin/Boston, 2011.
- TONETTO, Milene Consenso. "A dignidade da humanidade e os deveres em Kant". **Ver. Filos. Aurora**, Curitiba, v. 24, n. 34, p. 265-285, jan./jun. 2012.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. "El nuevo reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y su proyección hacia el futuro: la emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional". **El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Antônio Augusto Cançado Trindade e Manuel E. Ventura Robles. San José, C.R.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, 2003.

* Recebido em 20 out. 2015.



TUTELA DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA NO NCPC

*Juvêncio Vasconcelos Viana**

Resumo

A finalidade da tutela provisória é solucionar situações excepcionais que necessitam de rápida atuação jurisdicional para evitar danos irreparáveis. Entretanto, o CPC/1973 há tempos é objeto de crítica em razão da morosidade e da inefetividade processual, prejudicando a utilidade da tutela provisória. Nesse ensejo, foi aprovado o CPC/2015 com inúmeras alterações sobre a tutela provisória, simplificando e racionalizando os procedimentos, visando prestigiar principalmente a celeridade e a efetividade processual.

Palavras-chave

Processo civil. Tutela de urgência. Tutela de evidência. Efetividade processual.

URGENCY AND EVIDENCE INJUNCTIONS ON THE NCPC

Abstract

The object of provisional measure is to judge exceptional situations in which require rapid jurisdictional solution in order to avoid irreparable damage. However, the CPC/1973 has long been object of criticism because of the slowness and ineffectiveness procedural, affecting the utility of provisional measure. Thus, the CPC/2015 was approved with many provisional measure modifications, simplifying and streamlining the procedures, with the purpose of aiming mainly to honor the celerity and procedural effectiveness.

Keywords

Civil procedure. Urgency injunction. Evidence injunction. Procedural effectiveness.

1. TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

É válido recordar que, de tempos para cá, a ciência do processo está cada vez mais atenta aos fins de seu próprio objeto (o processo).

Tomamos consciência de que este detém fins institucionais relevantes, os quais precisam ser realizados, sob pena de apontarmos o modelo de processo vigente como de pouca utilidade ou, pior, de “retorno social” pouco eficiente.

* Advogado, Procurador Geral do Estado/CE, Prof. da Faculdade de Direito da UFC.

Isso constitui um efeito (ao menos um deles) da moderna preocupação com o chamado “acesso à justiça”.

O acesso a justiça não traz uma preocupação somente com o *ingresso em juízo*. É muito mais que isso.

Essa forma de ver o processo nos conduz a “releituras”.

Veja-se, por exemplo, a própria cláusula constitucional do “acesso à jurisdição”.

Diz a Constituição, em seu conhecido e relevante art. 5º, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (inc. XXXV).

Como dito, a norma é tradicionalmente lembrada por assegurar o *acesso à jurisdição*, o poder de ação para o cidadão.

Mas, parece-nos, que o poder de *ingresso em juízo* é o aspecto mais simples do alcance da norma.

É preciso, atentos àquela visão moderna de que falamos acima, nos preocupar também com o *estar em juízo*, com o que se passa com a parte no desenrolar do processo, como essa há de ser tratada, ali, adequadamente.

De fato, o mais difícil não é o ingresso em juízo.

O mais difícil é garantir um adequado tratamento no *iter processual*, durante a tramitação do processo e, diríamos mais, no *depois*, ou seja, no momento da realização concreta do direito.

Assim, aquela garantia constitucional, como dito, não somente assegura o ingresso em juízo, mas também que, uma vez ali, o cidadão tenha direito a um tratamento isonômico-processual, ao conhecimento dos atos, pronunciamentos e momentos relevantes de seu processo, que as decisões que a ele dirigidas (favoráveis ou não) sejam motivadas, que não sejam empregadas provas ilícitas e, no final, que a tutela jurisdicional dali emanada seja efetiva, ou seja, apta a produzir resultados eficientes na vida daquele.

Em síntese, quer-se que o cidadão receba prestação jurisdicional de qualidade, igualitária, econômica, rápida e sem dilações indevidas.

Afinal, processo que não traga ao sujeito o seu direito (quando efetivamente o possua) em toda a sua extensão, processo que entrega o direito da parte “pela metade”, não é processo que se possa dizer *efetivo*.

Nesse ponto, almejando a tão alardeada efetividade do processo, ganha espaço e relevância o tema da tutela jurisdicional de urgência.

Medidas de urgência existem no sistema buscando ora proteger o processo e seus fins, sua utilidade; ora, noutra linha, buscando oferecer ao cidadão

a fruição imediata, de forma rápida, integral ou parcialmente, do próprio bem da vida que esse almeja. Uma e outra visam, por atalhos diferentes, duelar com os efeitos maléficos que o tempo pode trazer às pessoas e seus direitos.

2. UM NOVO CPC PARA O BRASIL

Tentando cumprir aquela promessa constitucional, sabemos que foi aprovado um novo Código de Processo Civil (NCPC) para o país (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015).

Vejamos, então, o que é ali disposto em relação ao presente tema.

Recapitulando, quanto ao fenômeno da *cautelaridade* (ou, mais amplamente, da tutela de urgência), no CPC/1973, vale rememorar algumas notas fundamentais:

- a) que existe todo um Livro do Código (Livro III) destinado à realidade do Processo Cautelar;
- b) ali, prevê-se um poder geral de cautela, bastante amplo, apto para permitir que o magistrado crie e ajuste medidas cautelares para situações inespecíficas, não previstas pelo legislador;
- c) tem-se ainda um rol de medidas cautelares nominadas, para situações específicas traçadas pelo legislador;
- d) posteriormente (anos 90), foi inserido no sistema uma outra forma de prestar-se tutela de urgência – a antecipação de tutela – desta feita, dentre as disposições do Livro I do CPC.

Quando vamos ao NCPC, comparativamente, temos:

- a) uma nova topografia para o tema. Haverá o fim do Livro “Do Processo Cautelar” (mas, é claro, não do fenômeno da *cautelaridade*). Afinal, não há como pensar-se no tema da jurisdição sem cogitar-se, ao mesmo tempo, de medidas de urgência cautelares ou satisfativas. O tema chega para o Livro V da “Parte Geral” do NCPC, sob o rótulo “Da Tutela Provisória”, a qual poderá ser de natureza satisfativa ou cautelar. Sim, disciplinar-se-á também, ali, a chamada “tutela de evidencia”, que há de ser prestada em prol de situações detentoras de *juridicidade ostensiva*;
- b) um “regime jurídico único” para a tutela de urgência, ou seja, uma uniformização na forma de pugnar, obter e efetivar uma e outra. A tutela cautelar, hoje, como sabemos, nos leva a uma duplicação de processos (o cautelar e o principal); já a tutela antecipada é pedida nos próprios autos. É inegável que, de tempos para cá, tem se investido muito mais nas aproximações que nas diferenças

entre as medidas de urgência. Não se pode esquecer, por exemplo, a inclusão no sistema da norma do §7º do art. 273, CPC. A nova disciplina, de certa forma, consagrará essa “aproximação”, também revelando uma clara linha de simplificação;

- c) a “estabilização” da eficácia dos provimentos de urgência, algo totalmente novo para o sistema. Sempre aprendemos que as medidas de urgência eram marcadas pela provisoriação. Mas, a vingar aquela idéia de *estabilização*, uma decisão proferida em cognição sumária, trará em si própria a possibilidade – acaso não impugnada – de perpetuar seus efeitos. O juiz decidirá, extinguirá o processo, mas manterá a eficácia do provimento medida (sem que se mencionar, ali, coisa julgada). Trata-se de medida nova, inspirada em outras do direito estrangeiro (em especial, do direito francês), e que, sem dúvida, trará algumas perplexidades;
- d) a eliminação da maioria das cautelares nominadas. Essa é mais uma mostra da linha de simplificação que é anunciada, desde o início, na própria exposição de motivos do projeto original. Cuida-se de postura coerente com a sistemática do projeto.¹ Ficam, contudo, aqueles procedimentos relativos à prova (produção antecipada, exibição, justificação), bem como os de homologação do penhor legal, protestos e posse em nome do nascituro (essas, na verdade, muito mais procedimentos de jurisdição voluntária). Ver-se-á, ainda, a remissão a arresto, sequestro e arrolamento de bens como vias de efetivação das medidas de urgência deferida.

3. A APROXIMAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES E ANTECIPATÓRIAS

Primeiro, foi a “era das cautelares”, a descoberta do poder geral de cautela do juiz e o amplo (às vezes, abusivo) emprego de medidas lastreadas em tal “poder geral”.

Depois, chegou a disciplina mais ampla da tutela antecipada (art. 273, CPC).

Começou, na cabeça dos operadores do direito, certa confusão acerca do cabimento adequado de uma ou outra forma de tutela de urgência.

¹ Quanto a esse ponto, anota Luiz Fux que “a tutela cautelar reclama certa fungibilidade para que o juiz possa conferir à situação fenomênica retratada uma solução sob medida, nada justificando a existência de figuras abundantes de medidas cautelares, várias com o mesmo pressuposto e objetivo (constrição de bens ou restrição de direitos), ostentando, apenas, *nomem júris* diferente”.

O Legislador, seguindo certos passos de jurisprudência, colocou no sistema uma norma autorizava da fungibilidade entre uma e outra forma de tutela de urgência (§7º art. 273, CPC).

A doutrina, embora, num primeiro momento, tenha investido nas diferenças entre as medidas (cautelares e antecipatórias), depois, começou a investir muito mais nos pontos de aproximação de uma e outra providência.

O NCPC traz o passo seguinte, qual seja, uma aproximação legal plena entre uma e outra forma de tutela de urgência, moldando, inclusive, um “regime jurídico único” para essas medidas.

4. TAMBÉM A TUTELA DE EVIDÊNCIA

Mas, o NCPC não cuida apenas da tutela de urgência. Disciplinará também a tutela de evidência (art. 311).

É algo que faz todo o sentido: se o direito da parte resta manifesto e evidente, por qualquer de seus fundamentos, porque postergar a proteção ou efetivação desse direito?

Hoje, no sistema, podemos recordar técnicas de antecipação de tutela que não fazem alusão à urgência como premissa à sua concessão, v.g., a via do inciso II do art. 273, CPC; ou mesmo a via do §6º do mesmo artigo, relativa ao pedido incontroverso.

Enfim, é a demonstração de que a resposta do Poder Judiciário deve ser rápida não só em situações de *periculum*, mas também naquelas onde as alegações da parte revelam dose de “juridicidade ostensiva” (Tereza Wambier).

Nesse ponto, comentando o NCPC, disserta Luiz Fux:

“A novidade também se operou quanto aos direitos líquidos e certos de uma parte em face da outra. Entendeu a comissão que nessas hipóteses em que uma parte ostenta direito evidente, não se revelaria justo, ao ângulo do princípio da isonomia, postergar a satisfação daquele que se apresenta no processo com melhor direito, calcado em prova inequívoca, favorecendo a parte que, ao menos prima facie, não tem razão. A tutela de evidência *não é senão a tutela antecipada que dispensa o risco de dano para ser deferida, na medida em se funda em direito irretorquível da parte que inicia a demanda*”.²

² FUX, Luiz O novo processo civil, in *O Novo Processo Civil Brasileiro – Direito em Expectativa*, coord. Luiz Fux, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 18.

5. A ESTABILIZAÇÃO

É, como dissemos, uma situação nova para nosso direito processual (embora possamos ver aí certa influência da técnica monitória já existente em nossa ordem jurídica).

A ideia de termos uma decisão proferida em cognição sumária, antecedente à causa, com potencialidade para perpetuar efeitos, disciplinando a relação jurídica material plenamente, sem dúvida, traz perplexidades.

Trata-se de medida que é empregada, em termos de direito comparado, na França e na Itália.

Dar-se-ia tal “estabilização” da eficácia da medida quando:

- a) tratar-se de pedido de tutela antecipada satisfativa;
- b) a providência tenha sido pugnada - e obtida - em caráter antecedente;
- c) cientificado o réu, não traga esse impugnação recursal à decisão concessiva da medida de urgência.

Assim, deferida de forma antecedente e não impugnada, a medida deferida continuará a produzir efeitos. Dá-se como “estabilizada” a tutela (conservando essa seus efeitos, até que eventualmente venha decisão de mérito em demanda de “revisão”) e será extinto o processo.

Sim, há a possibilidade de uma ação de “revisão-invalidação”, que pode ser proposta até dois anos da ciência daquela decisão que extinguiu o processo.

Por razões de contraditório, seria razoável haver advertência expressa de tais consequências “estabilizantes” no mandado citatório do réu, acaso ele assuma aquela postura de contumácia.

O juiz extinguirá o processo, mas conservará a eficácia da medida.

Enfim, estamos falando de um procedimento abreviado, com emprego de cognição sumária, aonde, a depender do comportamento do réu, a tutela se estabilizará, mesmo não vindo um pedido principal da parte, mas sem haver coisa julgada material.

6. OUTRAS NOTAS DO SISTEMA

Seguindo a ideia de unificação da forma de obtenção da tutela, inicia dizendo que “a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência”; mais: que “a tutela provisória de urgência, de natureza cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental” (art. 294).

Vê-se, nessa parte, uma clara semelhança com a regra do art. 796, CPC/1973.

Sim, sempre convivemos com “cautelares antecedentes”. Futuramente, contaremos com a possibilidade de uma “tutela antecipada antecedente”.

As medidas poderão, pois, ser pugnadas em caráter antecedente; obtidas, poderá vir, depois, na mesma base processual, o pedido principal. É claro, ninguém esqueça a possibilidade de haver o fenômeno da estabilização da tutela (art. 304).

Se de natureza incidental, a medida será requerida, por simples petição, nos autos já existentes, do mesmo modo pelo qual se pugna, hoje em dia, pela tutela antecipada.

Numa das penúltimas versões do projeto NCPC, era outorgado ao magistrado um explícito poder para concessão de medidas de urgência. A norma corresponderia, ampliada em seu alcance, ao disposto no art. 798 do CPC/1973, que cuida do poder geral de cautela do juiz. Havia em sede de certo parágrafo da mesma norma, até como uma forma de detalhamento daquele “poder geral”, a possibilidade do juiz modificar e adaptar a medida pugnada por uma outra.

Assim, o *design* que então se sugeria reuniria a menção aos poderes judiciais do art. 805 e do §7º, art. 273, CPC/1973.

Infelizmente, essa norma (ao menos num plano explícito) não está mais no texto advindo da Câmara dos Deputados.

Mas, é evidente que está mantido no sistema o poder geral de cautela do magistrado. Trata-se de um poder indissociável da própria distribuição da função jurisdicional. De certa forma, o art. 297, caput, faz remissão a essa idéia de possibilidade de concessão de medida atípicas pelo juiz.

Considerada a cognição sumária que aí reina, as conhecidas idéias de revogabilidade ou modificabilidade permanecem. Diz o NCPC: “A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada” (art. 296).

Mantém-se a tradicional idéia da possibilidade de efetivação da providência (e conservação de tal eficácia) mesmo durante situação de suspensão do processo. Observe-se, nesse ponto, a identidade com a regra do art. 807, CPC/1973.

Repete-se a recomendação (didática) de motivar a decisão que defere a providência, tal como se dá no §1º, art. 273, CPC/1973.

Aliás, não somente a que concede, mas, por óbvio, também aquela que a modifica ou revoga.

Afinal, isso já é uma imposição do modelo processual constitucional brasileiro (art. 93, IX, CF).

Como se reforça, no próprio NCPC, é preciso estar também atento à norma do §1º do art. 489, o qual diz quando *não estará* devidamente fundamentada uma decisão judicial.

Quanto ao tema da competência, reproduz-se a conhecida regra da acessoriedade: pedido de tutela dirigido para o mesmo juízo que seja o competente para o pedido principal (art. 299).

Quanto ao processamento de pedidos de tutela antecipada nos tribunais, diz-se que “ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito”.

Vale recordar que o tema da competência para cautelares na pendência de recursos sempre foi algo polêmico, desde o advento do código de 1973. Nem a moderna redação que o parágrafo único do art. 800 do CPC ganhou na década de noventa eliminou – como se queria – as dúvidas acerca da matéria.

Com o texto proposto, teremos uma disciplina mais clara e coerente que a do vigente par. único do art. 800, CPC/1973. Melhor sempre poder ir diretamente ao tribunal pugnar o pedido de tutela de urgência do que sofrer dilatações desnecessárias pela passagem de um pedido de medida de urgência perante a instância *a quo*.

Quanto a efetivação da tutela antecipada, enxergamos norma de maior “abertura”, com mais poderes para o juiz: “O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória” (art. 297).

Ainda quanto à efetivação da providência, de certa forma semelhante ao disposto no §3º. art. 273, CPC/1973, somos remetidos às técnicas do cumprimento de sentença e da execução provisória (do “cumprimento provisório”, pois), no que couber.

A responsabilidade do requerente, também seguindo o modelo atual (art. 811, CPC), será objetiva.

Estarão previstas situações relacionadas ao desfecho dado ao pedido principal ou mesmo ao comportamento disídio do requerente (art. 302, NCPC).

Repete-se a forma simplificada e especial de liquidação (e condenação) do requerente nesses eventuais danos. Havendo quantum a ser, ali, buscado, seguir-se-ão as regras de cumprimento provisório da sentença.

Há normas específicas para a tutela de urgência, de logo, referindo-se aos requisitos para sua concessão (art. 300).

Fala-se, numa terminologia mais unificada, de forma mais abrangente, que “a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evi- denciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” (art. 300, caput).

Prevê-se, de logo, a possibilidade de tomada de caução (essa, uma boa medida na busca do equilíbrio) para a efetivação da medida.³ Ressalva-se a impossibilidade de tomada dessa quanto à parte economicamente hipossuficiente.

A tutela antecipada (de urgência) pode ser concedida liminarmente.

Cuida-se do bom e velho instrumento das medidas liminares.

A norma proposta não vem tão detalhada como a do atual art. 804 CPC/1973.

Não será deferida a tutela antecipada de urgência quando houve risco de irreversibilidade (ver a norma do par. 2º. do art. 273, CPC/1973). Mas, sabemos que esse trata-se de um óbice apenas relativo, que poderá ser afastado, conforme o caso, ante o valor fundamental que esteja envolvido (v.g., vida, saúde).

A tutela provisória poderá ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguração do direito.

A norma cumpre um papel “exemplificativo” (como faz hoje em dia a regra do art. 799, CPC).

Mas, não há dispositivos dizendo quando cabe cada uma daquelas (valerá muito, nesse ponto, a experiência histórica com aquelas medidas). Há uma cláusula de fechamento dizendo que o julgador pode ainda ditar “*qualquer outra medida idônea* para asseguração do direito”.

7. AINDA A TUTELA DE EVIDÊNCIA

Chegam, como dito, disposições específicas para a chamada tutela de evidência. São situações legais (art. 311) em que se torna dispensável a demonstração de risco de dano.

Caberá a tutela de evidencia quando: I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte - na verdade, é a hipótese do vigente inc. II do art. 273 CPC; II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julga-

³ Ver, no sistema atual, os arts. 273, caput; par. 3º. 461; 798; e 804, CPC.

mento de casos repetitivos ou em súmula vinculante – fala de situação demonstrada apenas documentalmente; traz certa lembrança da impetração do mandado de segurança, no qual a prova documental é a única produzida; no final, uma hipótese criada para a “era dos precedentes”; III – se tratar de pedido reiperseutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa⁴ - quando sevê, no conjunto da reforma do código, que há a eliminação do procedimento especial de ação de deposito, se comprehende imediatamente o advento de tal hipótese legal. Relaciona-se a pedido de entrega de bem custodiado, pedido esse lastreado em prova documental (mais uma vez a alusão e preferência a tal modalidade de prova), norma que certamente veio para tutela de situações não mais amparadas pelo procedimento especial que se eliminaria do código; IV – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Deixou de figurar naquele rol de hipóteses, conforme versão anterior do projeto para o NCPC, a possibilidade de tutela de evidencia ante *um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva* – o que também não seria situação nova. Cuidava-se da atual hipótese do §6º. art. 273, CPC/1973, mas aperfeiçoada, com a lembrança de que a solução será definitiva, resolvendo problema que a doutrina enfrenta desde o advento daquele parágrafo.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; e ALVIM, Eduardo Arruda. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2^a., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. II, São Paulo: Malheiros, 2001.
- FUX, Luiz O novo processo civil, in **O Novo Processo Civil Brasileiro – Direito em Expectativa**, coord. Luiz Fux, Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 8^a ed., Vol. VIII, Tomo I, Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil – Comentado artigo por artigo**, 4a. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Do Processo Cautelar**, Dialética, São Paulo: 2014.

⁴ Vale anotar que a decisão baseada nos incisos II e III deste artigo pode ser proferida liminarmente.

* Recebido em 22 nov. 2015.



AS FORMAS DA SOCIOLOGIA DO DIREITO: UMA REDESCRIÇÃO LUHMANNIANA DO DEBATE CENTENÁRIO ENTRE KELSEN E EHRLICH

*Lucas Fucci Amato**

Resumo

O debate travado entre Eugen Ehrlich e Hans Kelsen entre 1915 e 1917 na revista *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* (*Arquivos para a ciência social e a política social*) continua a iluminar os problemas de constituição da sociologia do direito. Na ocasião, um lado defendia uma ciência do direito empirista, preocupada em observar os “fatos do direito”; o outro, uma ciência que partisse da norma jurídica para interpretar as relações de validade no plano do “dever-ser”. A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann fornece conceitos capazes de redescrever os termos desse debate. Desvincula a ideia de forma de qualquer referência estrutural (à norma ou ao ordenamento), propondo que as formas jurídicas são as indicações realizadas no meio de sentido próprio do direito, isto é, distinções sobre a validade. Em lugar de uma definição do direito pela estrutura, propõe uma definição funcional. Integra no sistema jurídico, como sistema social, tanto “fontes” estatais quanto societais, tanto o “direito vivo” quanto o direito das cortes, distribuindo os programas de decisão do direito e suas organizações entre o centro e a periferia do sistema.

Palavras-chave

Sociologia do direito. Ciência do direito. Eugen Ehrlich. Hans Kelsen. Niklas Luhmann.

FORMS OF SOCIOLOGY OF LAW: A LUHMANNIAN REDESCRIPTION OF THE CENTENARY DEBATE BETWEEN KELSEN AND EHRLICH

Abstract

The debate developed between Eugen Ehrlich and Hans Kelsen among the years of 1915 and 1917 in the journal *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* (*Archives for Social Science and Social Welfare*) continues to illuminate the problems of constitution of the sociology of law. In that occasion, a side defended an empiricist science of law, focused on observing the ‘facts of law’; the other one sustained a science starting from legal norms in order to construe the relations of validity in the level of ‘ought’. The systems theory by Niklas Luhmann advances concepts capable of re-describing the terms of this debate. It disentangles the idea of form from any structural reference (to the norm or the legal order) and proposes that the legal forms are the indications made in the medium of sense proper to law – that is, they are distinctions about validity. In the place of a definition of law through its structure, this theory proposes a functional definition. It integrates in the legal system, as a social system, the State as so as the societal ‘sources’, the ‘living law’ as so

* Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito na Universidade de São Paulo (USP). Visiting Researcher na Harvard Law School.

as the law of courts, and it distributes the decisional programs of law and its organizations between the center and the periphery of the system.

Keywords

Sociology of law. Science of law. Eugen Ehrlich. Hans Kelsen. Niklas Luhmann.

1. INTRODUÇÃO

O debate entre Hans Kelsen (1881-1973) e Eugen Ehrlich (1862-1922) travado entre 1915 e 1917¹, a partir de uma resenha de Kelsen acerca do livro de Ehrlich *Fundamentos da sociologia do direito* (publicado em 1913), foi mais uma das versões de confronto entre diferentes concepções de “ciência do direito”: de um lado, “formalistas”, “normativistas” ou “positivistas”; de outro, correntes “realistas”, “sociológicas”, “pragmáticas” ou “funcionalistas”². Com a queda do jusnaturalismo, os juristas de orientação sociológica foram os opositores preferidos dos “formalistas” – a discordância entre os dois lados realçou-se em pelo menos quatro eixos. São eles o debate sobre: (1) as “fontes” do direito e as relações de subordinação ou prevalência entre elas (fontes formais ou materiais, institucionais ou não institucionais, estatais ou societais, monismo ou pluralismo); (2) sobre os “fundamentos” do direito (um fundamento científico hipotético ou ficcional, como a norma fundamental, um fundamento de legitimação ou autoridade dos órgãos produtores do direito, ou também o “enraizamento” nas práticas sociais costumeiras); (3) sobre a eficácia (identificada ou não à validade, centrada nos tribunais ou nas práticas sociais difusas); (4) e sobre a interpretação (foco na determinabilidade ou consistência das normas ou do ordenamento ou exploração das antinomias, lacunas e indeterminações da linguagem em favor de uma “função social”, de um “uso alternativo” do direito, do reconhecimento de “ordenamentos internos” dos grupos sociais).

Certamente, não existe a sociologia, nem a teoria do direito, mas diferentes formas de autodescrição do direito que se apresentaram historicamente e que podem ser aproximadamente subsumidas a esses rótulos convencionais contemporâneos. Assim, o debate entre aquele que é considerado o fundador da sociologia jurídica (Ehrlich) e o construtor da concepção analítica da ciência do direito mais influente nos países de tradição romano-germânica durante o século XX (a teoria pura do direito) tem antecedentes e equivalentes coetâneos ao seu desdobramento. Um antecedente é a oposição, na Alemanha do século XIX, entre a “jurisprudência dos conceitos” (Puchta, Windscheid, Jhering em sua primeira fase) e a “jurisprudência dos interesses” (Philipp Heck, Jhering

¹ Nas referências das citações, está indicado entre colchetes o ano da publicação original do texto mencionado.

² Tanto que Kelsen apresenta uma argumentação praticamente idêntica à que dirige contra Ehrlich quando analisa a “*sociological jurisprudence*” dos realistas norte-americanos em KELSEN, Hans. *General theory of law and State*. Tradução de Anders Wedberg. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1949 [1945], pp. 162-178.

em sua segunda fase)³. Certamente, não se trata do mesmo debate: se a “jurisprudência dos interesses” pode de alguma forma ser vista como um antecedente próximo do “direito vivo” de Ehrlich (e Ehrlich pode ser considerado um precursor da “escola do direito livre” de Kantorowicz⁴), Kelsen não é um continuador da “jurisprudência dos conceitos”; pelo contrário, supera a argumentação típica dessa “escola” e funda um novo tipo de autodescrição do direito⁵.

Uma polêmica que, como o confronto entre Kelsen e Ehrlich, desenrolou-se na primeira metade do século XX, foi a crítica ao “formalismo” pelo realismo jurídico americano (Oliver Wendell Holmes, Jr., Roscoe Pound, Benjamin Cardozo, Karl Llewellyn, Jerome Frank, Felix Cohen). É de se notar que Pound foi um entusiasta da obra de Ehrlich, contribuindo decisivamente para sua divulgação nos Estados Unidos (escreveu o prefácio da tradução americana dos *Fundamentos da sociologia do direito*, de Ehrlich, e fez com que fossem publicados artigos deste na *Harvard Law Review*).

A contraposição das visões “realistas”, “sociológicas” ou “funcionais” à “teoria do direito” (aproximada à “dogmática”, ao “formalismo”) foi, pois, uma constante no século XX. Em seu debate com Ehrlich, no início do século, Kelsen já principiava comentando que houvera uma série de investidas, sob o rótulo da moda de “sociologia”, contra a teoria do direito, esta apresentada por aquela como atrasada e não científica⁶. Ehrlich, de sua parte, definia a sociologia do direito como ciência puramente teórica, contrapondo-a à ciência jurídica prática, que confunde descrição e prescrição no seu modo de proceder por abstrações e deduções – confusão inadmissível para os cânones científicos modernos⁷.

³ Uma redescricão, a partir da teoria dos sistemas, da contraposição entre jurisprudência dos conceitos e dos interesses é encontrada em CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do direito e movimentos sociais**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, pp. 143-57. Uma redescricão sistêmica de concepções formais e materiais do direito é realizada por GONÇALVES, Guiherme Leite. **Direito entre certeza e incerteza: horizontes críticos para a teoria dos sistemas**. São Paulo: Saraiva, 2013, cap. 4.

⁴ Cf. EHRLICH, Eugen. *Judicial freedom of decision: its principles and objects*. In: **SCIENCE of legal method**. Tradução de Ernest Bruncken e Layton B. Register. Boston: The Boston Book Company, 1917 [1903], pp. 48-84.

⁵ Sobre a ruptura de Kelsen diante da ciência jurídica alemã anterior, ver DE GIORGI, Raffaele. **Ciencia del derecho y legitimación**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 1998 [1981], pp. 80-94. Ver também KELSEN, Hans. *Legal formalism and the pure theory of law*. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (Eds.). **Weimar: a jurisprudence of crisis**. Berkeley: University of California Press, 2000 [1929], pp. 76-83.

⁶ KELSEN, Hans. Una «fondazione» della sociologia del diritto. In: EHRLICH, Eugen; KELSEN, Hans; WEBER, Max. **Verso un concetto sociologico di diritto**. A cura di Alberto Febbrajo. Milano: Giuffrè, 2010 [1915], p. 3.

⁷ EHRLICH, Eugen. **Fundamental principles of the sociology of law**. Tradução de Walter L. Moll. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1936 [1913], cap. 1.

Mas também vale ressaltar que houve autores que desafiaram a contraposição entre concepções “sociológicas” e descrições “formalistas” do direito. Weber tem como um dos pontos centrais de sua sociologia política a análise da dominação moderna como uma dominação de base “racional-legal” e, como eixo de sua sociologia do direito, a análise da racionalização do pensamento e das práticas jurídicas mediante a ascensão de um direito formalista (em detrimento de um direito de “racionalidade material”)⁸. Também Hart, um dos paradigmas de atribuição do rótulo de “teoria do direito”, define seu *O conceito de direito* ao mesmo tempo como um “ensaio sobre teoria do direito analítica” e como um “ensaio de sociologia descritiva”⁹, apresentando uma teoria com influências tanto da sociologia (weberiana) quanto da filosofia analítica (da linguagem).

A tese deste trabalho é de que Luhmann oferece uma versão de sociologia do direito que integra pretensões descritivas típicas tanto da “teoria” quanto da sociologia do direito. Para avançar tal tese, o artigo enfoca o debate entre Kelsen e Ehrlich, entendendo que este pode ser objeto de uma “redescrição” a partir de quatro pares conceituais (ou formas) que a teoria dos sistemas de Luhmann apresenta: *meio/forma, normativo/cognitivo, código/programa e centro/periferia*. O conceito de “redescrição” designa uma operação de observação que provoca mudanças no significado do que é observado e uma extensão no vocabulário de que se trata¹⁰. No presente trabalho, busca-se observar as formas ou distinções usadas por Kelsen e Ehrlich como contingentes, redefiníveis em termos de outras formas – as propostas por Luhmann.

2. DE MATÉRIA/ FORMA A MEIO/ FORMA

No debate Kelsen-Ehrlich, apresentava-se uma contraposição entre *matéria* e *forma* no direito. Na visão positivista-normativista de Kelsen, à teoria do direito (com status de ciência autônoma) cabe descrever a forma, a estrutura do direito: ou seja, a norma jurídica e o ordenamento jurídico. Os conteúdos só contam enquanto matéria da norma: “Enquanto a norma jurídica é direito de per se, sem que faça referência a um fato concreto, o *fato* não é nunca direito ou relação jurídica em si, porque, enquanto ser, é de per se indiferente aos valores e *privado de significado* se não vem referido a uma norma ou a um valor

⁸ WEBER, Max. *Economia e sociedade*: fundamentos da sociologia compreensiva II. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4 ed. Brasília: Editora UnB, 2000 [1922], cap. 7 e 9. A definição do objeto da sociologia do direito por Weber (como sendo a conduta humana orientada por uma ordem que se considera válida) parecia como a mais aceitável a Kelsen, embora não isenta de correções (afinal, a ilicitude da conduta independe de o agente ter consciência da regra que a pune). Ver KELSEN, Hans. *General theory of law and State*. cit, pp. 177-8.

⁹ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007 [1961], p. 1.

¹⁰ HESSE, Mary B. *Models and analogies in science*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1966, p. 176.

objetivo: mais precisamente, se não vem pensada uma *fattispecie* na forma de dever ser em vez de na forma de ser”¹¹.

Fora da norma, a matéria é expressão do mundo do ser, da natureza, do determinismo causal. Apenas como hipótese de fato da norma é que a matéria entra no plano do dever-ser, da sociedade, da liberdade – na medida em que a uma conduta é imputada uma sanção. O que cabe à ciência descrever é a relação formal de validação entre as normas de um ordenamento, com fundamento último em um ato de querer conhecer: a pressuposição da norma fundamental. Ao identificar direito a Estado, Kelsen¹² concebe: “O Estado é uma forma da unidade social, não seu conteúdo”.

Qual é o contraponto da sociologia do direito de Ehrlich? Trata-se da defesa de um direito imanente à sociedade, definido em termos de fato, de eficácia dos conteúdos normativos identificáveis nas práticas sociais difusas. Mas, reafirma Kelsen¹³, o único significado que se pode dar à relação entre fato e direito é que “a regra se refere a um fato como *objeto de regulação*”.

Kelsen¹⁴ defendia a necessidade de se pressupor a norma jurídica para poder determinar o conteúdo do dever-ser. Mas seria um problema para a ciência da sociologia do direito pressupor a norma na medida em que isto implicaria uma avaliação (ainda que segundo a norma). E uma ciência precisa ser descriptiva, não normativa, frisava Ehrlich: “é a função da ciência sociológica do direito, como de qualquer outra ciência, registrar fatos, não avaliá-los [...]”¹⁵.

Ehrlich¹⁶ criticava quem entendesse ser impossível falar de relações jurídicas, negócios jurídicos, matrimônio, contrato, testamento sem pressupor uma norma ou proposição jurídica que os identificasse como tais; pelo contrário, seria possível identificar o jurídico apenas partindo do que é geralmente eficaz dentro de uma comunidade, de uma prática social, do “ordenamento interno” desta prática localizada e observada pelo sociólogo, de um “direito vivo”, concreto, anterior à própria formulação verbal abstrata de proposições jurídicas. Ehrlich¹⁷ afirma que “o direito não é constituído pelas proposições jurídicas, mas sim pelas instituições jurídicas”. As proposições jurídicas, para Ehrlich¹⁸, apenas podem ser analisadas cientificamente quanto a sua origem e eficácia, mas não quanto a sua interpretação e aplicação prática, como fazia a

¹¹ KELSEN, Hans. Una «fondazione» della sociologia del diritto. cit., p. 23. O mesmo é reiterado em KELSEN, Hans. **General theory of law and State**. cit, p. 162.

¹² KELSEN, Hans. Una «fondazione» della sociologia del diritto. cit., p. 39.

¹³ Idem, p. 25.

¹⁴ Idem, pp. 6 e 15-7. Igualmente, Kelsen afirma que “a teoria do direito sociológica pressupõe o conceito normativo de direito”, em: KELSEN, Hans. **General theory of law and State**. cit, pp. 175-8.

¹⁵ EHRLICH, Eugen. **Fundamental principles of the sociology of law**. cit., p. 389.

¹⁶ Idem, cap. 2.

¹⁷ Idem, p. 84.

¹⁸ Idem, cap 20.

pseudociênci a do direito tradicional, com seu método que mistura normatividade e descriptividade.

Diante dessa resposta, Kelsen indagava sobre o que seriam as “instituições jurídicas”: “fatos físicos, ou fatos psíquicos, ou eventos do mundo externo (considerados do ponto de vista do observador) ou *significados*, que o observador atribui àqueles fatos ou eventos com base em certa norma pressuposta?”¹⁹ Para Kelsen, Ehrlich, ao fornecer uma explicação histórica da nomogênese (sustentando que a família precede o direito de família, que o Estado precede o direito estatal, etc.), faria uma confusão entre a “pressuposição lógica da norma jurídica” (pressupondo-a, Estado, família, etc. passam a ser criações do direito) e a “precedência temporal de um fato”²⁰. Se “[c]onstituição estatal, ordenamento familiar, propriedade, direito contratual são exemplos de proposições jurídicas sucessivas a relações jurídicas concretas”, para considerar tais instituições como jurídicas, seria preciso pressupor normas jurídicas²¹.

Afinal, onde está o direito? Ou, na formulação de Kelsen²²: “como, por uma consideração puramente causal, logo (relativamente) privada de pressupostos, um setor da realidade social pode ser delimitado como direito ou vida do direito, em relação a outro tipo de regra social, sem que se faça recurso a certa norma (regra deônica) pressuposta pelo observador como válida”? Impossível! A sociologia do direito não daria conta de resolver tal dilema, que é sua pedra angular. Como formulará Kelsen na *Teoria Pura do Direito*, a norma (válida) é um “esquema de interpretação” da realidade²³: ela dita o dever-ser, isto é, delimita o jurídico. Para Kelsen²⁴, o “direito vivo” de Ehrlich, enquanto “conteúdo regular das relações jurídicas, não é uma categoria jurídica, mas é certamente um objeto interessante para *descrever a economia e explicar a sociedade*”, além de fornecer dados importantes para o legislador.

Para Ehrlich²⁵: “O direito e as relações jurídicas são uma questão de conceitos intelectuais que não existem na esfera da realidade tangível, mas nas mentes dos homens”. Kelsen²⁶ rebate: o direito não pertence à realidade psíquica; a ciência do direito não é um ramo da psicologia. Tampouco uma proposição como “este fato é ilícito” pertence ao mundo físico. Ninguém é obrigado pelo que pensa, sente ou quer, mas porque há uma norma pressuposta

¹⁹ KELSEN, Hans. Una «fondazione» della sociologia del diritto. cit., p. 22.

²⁰ Idem, p. 27.

²¹ KELSEN, Hans. Replica. In: EHRLICH, Eugen; KELSEN, Hans; WEBER, Max. **Verso un concetto sociologico di diritto**. A cura di Alberto Febbrajo. Milano: Giuffrè, 2010 [1916], p. 62.

²² KELSEN, Hans. Una «fondazione» della sociologia del diritto. cit., p. 6.

²³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006 [1960], pp. 4-5.

²⁴ KELSEN, Hans. Una «fondazione» della sociologia del diritto. cit., p. 48.

²⁵ EHRLICH, Eugen. **Fundamental principles of the sociology of law**. cit., p. 84.

²⁶ KELSEN, Hans. Una «fondazione» della sociologia del diritto. cit., p. 22.

como válida a impor como seu conteúdo, como vontade objetiva, uma obrigação.

Este contraponto entre uma ciência normativa, dedutiva, formal, estrutural (Kelsen) e uma ciência empírica, material, indutiva (Ehrlich) é redescritível quando se passa da dicotomia *matéria/forma* à distinção *meio/forma*. Este é um par conceitual com o qual a teoria dos sistemas de Luhmann opera a descrição do direito. Os meios são acoplamentos fracos de elementos que permitem o enlace mais estreito em formas. O ar é um meio para os sons. A luz é um meio para os objetos. Só com a diferença entre meio e forma percebemos e distinguimos os sons e os objetos²⁷. O meio da sociedade é o sentido; a comunicação desenha formas, conceitos, distinções neste meio do sentido; dentro tais formas, é determinante a distinção sistema/ambiente. Com a diferenciação em sistemas funcionais, estes também passam a produzir um sentido específico, com o desenho de formas em seu meio próprio. O meio próprio do direito é a validade – produzir sentido jurídico é realizar distinções sobre a validade (a validade é o símbolo que circula pelo sistema jurídico)²⁸. O contrário de forma não é mais matéria, mas meio.

Mas pressupor o meio – o sentido – para dar significado (desenhar formas) à juridicidade é uma operação sistêmica diferente de pressupor uma norma jurídica (como queria Kelsen) ou de considerar o sentido mentado, intencionado por um sujeito que age (verificar se alguém age tendo a norma jurídica como uma razão para sua conduta, como no paradigma sociológico weberiano²⁹). A matriz de Luhmann está mais próxima da proposta metodológica de Durkheim, atenta aos “fatos sociais”: “uma maneira de pensar ou de agir que é geral na extensão do grupo, mas que existe independentemente de suas expressões individuais”³⁰.

O sentido, para Luhmann, é o conceito básico da sociologia³¹. O sentido não é, porém, atribuição de um sujeito a um objeto. É produção do próprio

²⁷ LUHMANN, Niklas. **Theory of society I**. Tradução de Rhodes Barrett. Stanford: Stanford University Press, 2012 [1997], pp. 116-7.

²⁸ LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Tradução de Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004 [1993], p. 71; LUHMANN, Niklas. La restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit. Tradução de Jean Clam. **Droit et Société**, Paris, vol. 1, n. 47, 2001 [2000], pp. 19-71; LUHMANN, Niklas. **Theory of society I**. cit., p. 419 (nota 350).

²⁹ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia comprensiva I. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4 ed. Brasília: Editora UnB, 2000 [1922], pp. 3-16.

³⁰ DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução de Paulo Neves. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007 [1895], p. 10. Ver também VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A sociologia do direito: o contraste entre a obra de Émile Durkheim e a de Niklas Luhmann. **Revista da Faculdade de Direito [da USP]**, São Paulo, vol. 105, 2010, pp. 561-593.

³¹ Sobre sentido, ver LUHMANN, Niklas. **Essays on self-reference**. New York: Columbia University Press, 1990, cap. 2; LUHMANN, Niklas. **Social systems**. Tradução de John Bednarz, Jr. e Dirk Baecker. Palo Alto: Stanford University, 1995 [1984], cap. 2.

sistema abrangente da sociedade e terreno comum dos diversos sistemas sociais parciais – as interações, os movimentos de protesto, as organizações e os sistemas funcionalmente diferenciados. Só por este meio é possível produzir comunicação (o elemento básico da sociedade) e estabelecer expectativas (a estrutura social elementar) – fora do sentido só existem as máquinas e os organismos, já que os sistemas psíquicos também têm como meio o sentido (e, pela linguagem, acoplam-se estruturalmente aos sistemas sociais). Se considerarmos a diferenciação interna da sociedade em (sub)sistemas, o meio “sentido” é expressão do paradoxo da autorreferência: é comum a todos os sistemas sociais *porque* é específico de cada sistema. As distinções gerais entre atualidade e potencialidade, entre sistema e ambiente são o produto e o fator do fechamento operativo dos sistemas na sua permanente oscilação entre autorreferência e heterorreferência.

Do ponto de vista do sentido especificamente jurídico – dado pela circulação do símbolo da validade –, a atribuição de um valor (a validade) a uma norma é sempre possibilitada como algo contingente para o sistema. Atualmente uma norma pode ser considerada válida – mas se mantém a possibilidade de reconhecê-la como inválida no futuro. O sistema mantém sua autonomia operacional – só o direito, com seus programas e organizações, sua semântica e seus especialistas define o que é lícito e ilícito (como fato), aplicando uma norma (sobre a qual deve decidir se é válida ou inválida). A interpretação é um modo de operação que conjuga a auto e heterorreferência do sistema jurídico, desdobrando seus paradoxos perenes em procedimentos decisórios localizados, os quais são suscitados quando vêm à tona contradições. A indicação do que é jurídico é também uma forma: a diferença entre o que é e o que não é jurídico. Essa diferença contém um paradoxo: só se pode definir o anti-jurídico *porque* é jurídico. A distinção entre o sistema jurídico e seu ambiente re-entra o próprio direito. Só o direito pode decidir sobre o ilícito. Mas essa decisão precisa ser desdobrada (desparadoxizada) em uma decisão sobre a autorreferência (a decisão entre validade ou invalidade das normas) e uma decisão sobre a heterorreferência (a decisão sobre a licitude ou ilicitude dos fatos). O sentido – a disposição do meio da validade – é o que permite o processamento das decisões em um horizonte temporal ilimitado: agora se toma uma decisão, considerando decisões passadas, mas esta decisão não põe fim ao sistema. Ele sempre pode ser demandado novamente a dar decisões e – sobretudo – pode modificar suas orientações (deixar de considerar válida uma norma, deixar de considerar ilícito um tipo de fato), pois o meio do sentido permite usos reiterados: nele permanece registrada a memória do sistema, mas as opções rejeitadas em um momento também são preservadas, podendo ser

escolhidas no futuro. Daí ser o sentido, em termos temporais, a unidade da diferença entre atualidade e potencialidade³².

Vale notar o paralelo entre o “sentido” em Luhmann, como conceito sociológico fundamental, e o esforço de Kelsen por classificar a ciência do direito como uma “ciência do espírito”, em oposição às ciências naturais (com as quais Kelsen identificava a sociologia de Ehrlich). Porém, se Kelsen reconhecia que a ciência jurídica, “no sentido da teoria do conhecimento de Kant, [...] ‘produz’ o seu objeto na medida em que o apreende como um todo com sentido”³³, Luhmann livra a delimitação do sentido jurídico de qualquer fundação transcendental. O sentido é antes um modo de funcionamento dos sistemas sociais – assim é que produzem comunicação, informação, expectativas – que uma atribuição externa de um observador científico.

Outra distância em relação a Kelsen diz respeito ao que este entendia como a forma do direito – notadamente a ideia de ordem jurídica. Se Kelsen via a estrutura formal do direito como um ordenamento escalonado de normas, Luhmann não identifica o conceito de sistema com o de ordenamento ou ordem. O sistema jurídico como um sistema social (e não um sistema filosófico ou ideal) não é um conjunto de normas e uma estrutura que as dispõe hierarquicamente. Abrange também organizações (como os tribunais), interações, procedimentos. Sua estrutura, ademais, não é pressuposta e hierárquica; são as próprias expectativas normativas circularmente relacionadas e encadeadas na autopoiése, na abertura aos fatos por meio das normas (que também são fatos, como veremos a seguir). Portanto, validade – para Luhmann, ao contrário de Kelsen – não implica qualquer determinação sobre a “estrutura” da “ordem jurídica” ou do “ordenamento jurídico” – sinônimos de “sistema jurídico” para Kelsen, mas não para Luhmann.

3. DE FATO/ NORMA A NORMATIVO/ COGNITIVO

A contraposição entre fato e norma era claramente salientada por Kelsen. Em sua visão, havia dois modos (ambos possíveis e legítimos) de estudo do “fenômeno jurídico”, os quais diferiam em objeto e método: o estudo das normas jurídicas (como formas de dever-ser, regras deônticas) faz da ciência jurídica uma ciência “*normativa e dedutiva de valores*”, próxima à ética e à lógica; o estudo do direito como processo ou fato da realidade social faz da ciência jurídica uma ciência explicativa, indutiva e causal “que procede segundo o modelo das ciências naturais”³⁴. Uma ciência registra o que efetivamente

³² LUHMANN, Niklas. *Essays on self-reference*. cit., p. 39; LUHMANN, Niklas. *Social systems*. cit., p. 65.

³³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. cit., pp. 81-2.

³⁴ KELSEN, Hans. Una «fondazione» della sociologia del diritto. cit., pp. 3-4. Ver KELSEN, Hans. *General theory of law and State*. cit., p. 162.

ocorre nas relações sociais (no máximo, diz respeito a um direito consuetudinário); outra, o que deve ocorrer, normas, obrigações, direitos (“até o conceito de ‘pessoa’ é, bem visto, normativo”³⁵). Inadmissível misturar os dois modos, promovendo um “*sincerismo metodológico* entre ciência jurídica (normativa) e sociologia do direito (explicativa)”³⁶. Kelsen³⁷ repudiava a tentativa conciliatória de Radbruch de colocar o direito como um “domínio intermediário” entre ser e dever-ser e a ciência do direito como uma ciência cultural: se o direito era uma forma do ser, qualquer perspectiva avaliativa já o faria entrar no reino dos valores, do dever-ser; se era uma manifestação normativa, avaliativa, não poderia ser reduzido a fato empírico. Aliás, para Kelsen³⁸, a sociologia em geral (Comte, Spencer, Durkheim, Marx, com a exceção de Weber) – e não só a sociologia do direito – recaía frequentemente nos mesmos erros do jusnaturalismo, ao postular uma ordem de valores ou de normatividade inerente à realidade observada, fazendo uma passagem ilegítima da descrição à prescrição.

A dicotomia fato/norma é central para a descrição do direito: um dos pontos sensíveis a causar a confusão dos dois lados dessa forma é o conceito de regra. Kelsen e Ehrlich são ciosos sobre a diferença entre regra ôntica e regra deônica, embora Kelsen³⁹ acuse o sociólogo de confundi-las no seu estudo, como se o ser causasse o dever-ser, como se da regularidade fatural se pudesse inferir a imposição de um dever, sem a mediação de uma norma; o que a sociologia pode fazer, diz Kelsen, é apenas revelar as regularidades, como as pessoas agem e sempre agiram, as leis do funcionamento dos fatos sociais, assim como a biologia estuda as leis do mundo natural.

Ehrlich⁴⁰ tentava delimitar as normas jurídicas a partir dos sentimentos provocados pela transgressão à norma (diríamos, em linguagem luhmanniana, a partir das “expectativas normativas”, mas em um nível apenas psicológico). Em seu esquema classificatório das normas, havia lugar para emoções tão diversas quanto um sorriso de escárnio, um desdém crítico ou os sentimentos de revolta, de indignação, de ressentimento e de desaprovação. O que de-

³⁵ KELSEN, Hans. Una «fondazione» della sociologia del diritto. cit., p. 6.

³⁶ Idem, p. 5. Similarmente: KELSEN, Hans. On the borders between legal and sociological method. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (Eds.). *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Berkeley: University of California Press, 2000 [1911], p. 59.

³⁷ KELSEN, Hans. Una «fondazione» della sociologia del diritto. cit., pp. 4-5 (nota 2).

³⁸ Cf. TREVES, Renato. *Sociologia del diritto e sociologia dell’idea di giustizia nel pensiero di Kelsen*. In: PAULSON, Stanley L. (Org.). *Formalismo giuridico e realtà sociale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, pp. 164-72.

³⁹ KELSEN, Hans. Una «fondazione» della sociologia del diritto. cit., pp. 8-9. Ver a resposta a essa crítica em: EHRLICH, Eugen. Rettifica. In: EHRLICH, Eugen; KELSEN, Hans; WEBER, Max. *Verso un concetto sociologico di diritto*. A cura di Alberto Febbraro. Milano: Giuffrè, 2010 [1916], pp. 51-58; EHRLICH, Eugen. Replica. In: EHRLICH, Eugen; KELSEN, Hans; WEBER, Max. *Verso un concetto sociologico di diritto*. A cura di Alberto Febbraro. Milano: Giuffrè, 2010 [1916-1917], pp. 65-66. Ver a réplica de Kelsen: KELSEN, Hans. Replica. cit., pp. 59-63.

⁴⁰ EHRLICH, Eugen. *Fundamental principles of the sociology of law*. cit., pp. 164-9.

finia o jurídico, notadamente, seria o sentimento de necessidade, a *opinio necessitatis*. De fato, o objeto de Ehrlich vinha definido de modo paradoxal: sua sociologia jurídica tinha como missão identificar “fatos de direito”. Mas como o direito, normativo como é, pode ser um fato, pode advir do ser? Esses fatos seriam aqueles “aos quais o espírito humano associa estas regras”⁴¹; são a própria forma de organização interna dos grupos sociais, a definição do lugar dos indivíduos nesses grupos, seus “ordenamentos internos”⁴².

Luhmann substitui a dicotomia *fato/norma* pela distinção *normativo/cognitivo*. Grande parte da polêmica entre Kelsen e Ehrlich advém da visão de que à ciência cabe descrever fatos, mas a teoria do direito teria um problema no seu status científico na medida em que seria uma ciência normativa, descritora de normas, e as normas seriam o oposto dos fatos – daí a defesa do empirismo do “direito vivo” por Ehrlich. Para Luhmann, entretanto, a unidade elementar da sociedade é a comunicação e suas estruturas são as expectativas: as normativas e as cognitivas. Ambas são fatos⁴³. Portanto, é possível descrever tanto expectativas cognitivas (como as típicas da economia e da ciência) quanto expectativas normativas (como as típicas do direito).

Associada ao postulado de que cada sistema funcionalmente diferenciado, como o direito, é operacionalmente fechado e fornece autodescrições, a sociologia jurídica pode ser defendida como uma espécie de teoria do direito, não mais como um ponto de vista puramente externo, que desconsiderasse as estruturas normativas por meio das quais o direito se reproduz⁴⁴. Porém, há teorias do direito que não se dispõem a revelar os paradoxos que a análise sociológica aclara, mas se especializam justamente em invisibilizar os paradoxos, degradando-os a contradições casuais que podem ser superadas por decisão; neste caso, as teorias mais orientadas para a prática da decisão judicial (como a dogmática jurídica e mesmo teorias do direito mais abstratas, porém focadas na orientação da decidibilidade de conflitos jurídicos) diferenciam-se radicalmente do tipo de análise sociológica propugnado por Luhmann⁴⁵.

Podemos prosseguir no contraste entre a proposta sistêmica e os entendimentos de Kelsen e Ehrlich. Como visto, Ehrlich acusava uma falta de científicidade na ciência jurídica tradicional, por misturar juízos empíricos descritivos e juízos normativos, isto é, avaliativos, prescritivos. Embora Luhmann

⁴¹ Idem, p. 85.

⁴² Idem, cap. 2.

⁴³ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1983, p. 57.

⁴⁴ LUHMANN, Niklas. La restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit. cit, pp. 71, 73.

⁴⁵ Idem, pp. 34, 57, 64.

considere as expectativas normativas como fatos passíveis de descrição, também observa a diferença entre⁴⁶: 1) uma teoria que busca problematizar o funcionamento do direito em referência à sociedade, indicando paradoxos que, se sempre viesssem à tona no funcionamento do sistema, travariam sua reprodução (esta é a sociologia do direito produzida por Luhmann); 2) uma teoria que reflete o sistema jurídico de maneira mais abrangente e abstrata, com uma preocupação mais ou menos indireta com a decidibilidade – sobretudo judicial – dos casos (campo designado normalmente como “teoria do direito”); 3) teorias dogmáticas voltadas a dirigir a interpretação de problemas ou ramos específicos, com orientação para a tomada de decisões. Neste sentido, a avaliação sobre as formas de descrição do sistema jurídico não difere muito da de Ehrlich. A sociologia é a descrição produzida pelo sistema científico, a dogmática é uma autodescrição operacional do próprio sistema jurídico e o campo da “teoria do direito” oscila entre fundações sociológicas ou filosóficas e a própria orientação à prática jurídica.

Outro é o ponto de contraste entre as propostas de Ehrlich (descrever fatos – e proposições jurídicas apenas enquanto fatos, em sua gênese histórica) e Luhmann (descrever os paradoxos driblados no funcionamento do direito enquanto prática social). Se ambos se propõem a serem descritivos e, nesse sentido, empíricos (não produzindo juízos normativos ou prescritivos), há um abismo entre a proposta de Ehrlich, de fato voltada a uma constatação experimental com base em métodos assemelhados aos das ciências naturais (ou por meio da pesquisa empírica histórica), e a visão de Luhmann – a sociologia do direito como delimitação de uma teoria abrangente da sociedade, fundada em fatos (neste sentido, empírica), sem pretensões de orientar a ação (neste sentido, descritiva), mas com um caráter especulativo e um grau de abstração muito maior.

A visão da teoria sociológica do direito como ciência que procede segundo os mesmos métodos da ciência natural (como a física e a biologia) não é apenas uma acusação de Kelsen; compunha a autoimagem dos sociólogos do direito de início do século XX⁴⁷. Porém, se para Kelsen a causalidade é um atributo identificado na natureza, é certo que há uma causalidade na própria sociedade. Luhmann não o nega. Apenas admite a complexidade da sociedade moderna: o excesso de possibilidades, algumas contingentemente realizadas, grande parte deixada apenas como virtualidade. Esta complexidade implica

⁴⁶ LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. cit., cap. 11; LUHMANN, Niklas. *La restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit*. cit, *passim*.

⁴⁷ No caso dos realistas norte-americanos, ver KELSEN, Hans. *General theory of law and State*. cit., pp. 165-7.

uma série de concausas e compossibilidades que impede uma observação sociológica de delimitar as causas determinantes (produz-se uma análise funcional em vez de uma análise fatorial)⁴⁸.

Ehrlich repudiava o desdém da ciência jurídica tradicional, normativa e estatalista, para com o direito da sociedade fora do Estado. Tal ciência jurídica reduzira-se aos comandos do Estado dirigidos a tribunais e outros órgãos de autoridade⁴⁹. Em contraponto: uma ciência do direito como a sociologia jurídica fundamentada por Ehrlich teria por objeto, na visão de Kelsen⁵⁰, “não o direito, mas o modo de pensar, de sentir ou de querer o direito, vale dizer as opiniões que os homens tem do direito, e o que fazem e não fazem diante disso”. Esta ciência, prossegue Kelsen⁵¹, é incapaz de dizer algo sobre a decisão entre o lícito e o ilícito; é tão avaliativa quanto a biologia: só descreve o que ocorreu, não o que deve ocorrer. A diferença entre tal sociologia e a ciência jurídica normativa é comparável à distância entre a história das religiões e a teologia. Interessante como esta interpretação, de que uma sociologia do direito nos moldes das ciências naturais se limitaria a reportar o passado, a aproxima da concepção do realismo americano – o direito como “as profecias sobre o que as cortes farão de fato”⁵² –, embora uma estivesse focada no direito da sociedade à margem do Estado e a outra, no núcleo do direito estatal: os tribunais; embora uma pretendesse reportar a gênese das práticas jurídicas e a outra visasse à previsão destas.

Notem-se as considerações de Kelsen sobre a teoria do direito “sociológica” (e não “jurídica” ou “normativa”) dos realistas americanos: como a visão sociológica procede segundo o método das ciências naturais e averigua causas, poderia tratar de previsões. Este intento dos realistas é desafiado por Kelsen⁵³: mapear as causas apenas significa registrar os fatos passados e, por eles, explicar a situação atual das coisas; querer do passado extrair uma previsão para o futuro apenas seria autorizado por uma concepção infundada de que o futuro é uma repetição do passado. Já para Ehrlich, a sociologia jurídica identifica o direito a partir dos fatos, da gênese das práticas e instituições sociais, mas pode fornecer uma orientação para o futuro, na medida em que os “fatos de direito” consagram-se em costumes – e costume significa que práticas reiteradas no passado (portanto, *fatos*) fixam-se como *normas* para o futuro⁵⁴ (se os americanos eram cépticos sobre as regras, Ehrlich não era céptico sobre as regras costumais; pelo contrário, acreditava em sua força de vinculação das condutas).

⁴⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. cit, pp. 13-5.

⁴⁹ EHRLICH, Eugen. *Fundamental principles of the sociology of law*. cit, cap. 1.

⁵⁰ KELSEN, Hans. Una «fondazione» della sociologia del diritto. cit., p. 24.

⁵¹ Idem.

⁵² HOLMES, JR., Oliver Wendell. The path of the law. *Harvard Law Review*, Cambridge, MA, vol. 10, 1897, pp. 460-61.

⁵³ KELSEN, Hans. *General theory of law and State*. cit., p. 165.

⁵⁴ EHRLICH, Eugen. *Fundamental principles of the sociology of law*. cit, cap. 19.

Aqui também volta a polêmica sobre leis ou regras ônticas e deônticas, mas de outro modo: Kelsen⁵⁵ ressalta que uma regra não diz respeito nem a intenções ou desejos subjetivos nem ao que de fato, objetivamente, o juiz irá fazer – como sentido objetivo de um ato de vontade, a regra apenas prescreve o que o juiz *deve* fazer.

Neste ponto surge mais um contraste com Luhmann. Para este, a sociologia do direito não serve para orientar previsões. O direito é uma estrutura social que discerne e mantém em estoque um alto número de possibilidades de comunicação e de expectativas contrafáticas não selecionadas, não generalizadas por ora, mas que poderão ser reconhecidas e generalizadas no futuro. A contingência – a possibilidade dessa seleção diferente, de um resultado contrastante com o atual – é um atributo decisivo do direito positivo (direito modificável por decisões) que de fato permite observações empíricas, mas seria temerária qualquer predição específica sobre o resultado de futuras produções de sentido (atribuições de validade/invalidade, de licitude/ilicitude).

4. CÓDIGO E PROGRAMA: POR UMA DEFINIÇÃO FUNCIONAL (E NÃO ESTRUTURAL) DO DIREITO

Ehrlich sublinha a gênese econômica de certos institutos jurídicos, como a posse e a responsabilidade civil⁵⁶. Como classificá-los: são de fato direito ou são fenômenos econômicos? Como delimitar o direito? As tentativas de identificar onde está o fenômeno jurídico, de discerni-lo de outras espécies de fato emerge com o positivismo jurídico, que ao desligar a decisão sobre o direito de fundamentos morais, religiosos ou diretamente políticos precisou delimitar o material que contaria como guia para a decisão. Admitido o postulado de que os fatos só contam para o direito (reduzido especialmente à tomada de decisão judicial) enquanto conteúdo de normas, surgia um problema e uma solução. Como delimitar o direito? Diferenciando as normas jurídicas de outros tipos de normas (genericamente, normas morais e “regras sociais”). A empreitada foi substituída por Kelsen pela ideia de que são jurídicas as normas que pertencem à ordem jurídica – esta pertinência é a própria existência da norma como norma jurídica, é sua validade. Ambas as tentativas de delimitar o direito – pela forma, seja ela a norma individualmente considerada, seja o ordenamento – encaminharam-se pela via de uma definição estrutural do jurídico.

Se a *Teoria pura do direito* buscava uma definição do direito pelo direito, para o direito (buscando excluir referências filosóficas, ideológicas, etc.), também o buscava Santi Romano, que teorizou o *ordenamento jurídico* e viu nesta unidade a distinção própria do direito positivo – seu destino, porém, foi a de

⁵⁵ KELSEN, Hans. *General theory of law and State*. cit., pp. 168-9.

⁵⁶ EHRLICH, Eugen. *Fundamental principles of the sociology of law*. cit, cap. 5.

ser recebido não como um teórico do direito (positivo), mas como um sociólogo. Afinal, como nota Luhmann⁵⁷, Romano “identifica o direito com a estrutura de qualquer sistema social”. A ideia central de Romano é de que “direito não é ou não é somente a norma posta, mas sim a entidade que a põe”⁵⁸. São instituições ou ordenamentos jurídicos tanto o Estado quanto a Igreja, a comunidade internacional, as organizações econômicas e mesmo cada família. As normas “representam mais o objeto e o meio da atividade do ordenamento, do que um elemento da sua estrutura”⁵⁹. Tal construção teórica pouco difere da de Ehrlich, que identifica o “direito vivo” nos costumes da sociedade civil, nos “ordenamentos internos” dos grupos sociais, que definem as posições dos indivíduos dentro do grupo e estruturam os órgãos internos dessas coletividades⁶⁰.

A definição estrutural do direito não consegue seu intento: delimitar o fenômeno jurídico. Este se espalha por toda a sociedade. Qualquer fato pode ser ou vir a ser jurídico. Uma solução extensiva para a definição do fenômeno jurídico – como estrutura imanente a toda prática social, permeada por “instituições jurídicas” – não deixa de ser estrutural, ainda que se oponha a outro tipo de solução estrutural: a de partir da definição da norma ou ordem jurídica (aproximadamente entendida como conjunto de normas).

Ehrlich critica veementemente a ideia de que o direito consista em uma soma de proposições jurídicas⁶¹, definindo “proposição jurídica” de duas formas: 1) como uma “regra jurídica estável, expressa verbalmente, emanada de um poder superior ao indivíduo e a este imposta de fora [...]”⁶²; 2) como “a formulação geralmente vinculante de um preceito jurídico contido em um texto de lei ou em um livro jurídico”⁶³. Mas “[a]s proposições jurídicas [...] em nenhuma época exauriram todo o direito vivo de uma comunidade”⁶⁴. Em contraste com o foco da ciência jurídica tradicional nas proposições jurídicas, Ehrlich concebia como “a primeira questão da ciência jurídica” o problema de “[q]uais são as instituições reais que se tornam relações jurídicas no curso do desenvolvimento do direito, e quais são os processos sociais pelos quais isto acontece”⁶⁵. A definição da norma jurídica lhe parecia uma operação secundária da teoria: “Embora possa ser difícil traçar com exatidão científica a fronteira

⁵⁷ LUHMANN, Niklas. Iluminismo sociológico. Tradução de Arthur Mourão. In: SANTOS, José Manuel (Org.). *O pensamento de Niklas Luhmann*. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005 [1967], p. 54.

⁵⁸ ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008 [1918], p. 72.

⁵⁹ Idem, p. 69.

⁶⁰ EHRLICH, Eugen. *Fundamental principles of the sociology of law*. cit., cap. 3.

⁶¹ Idem, pp. 455.

⁶² Idem, p. 28.

⁶³ Idem, p. 38.

⁶⁴ EHRLICH, Eugen. Rettifica. cit., p. 54.

⁶⁵ EHRLICH, Eugen. *Fundamental principles of the sociology of law*. cit., p. 85.

entre a norma jurídica e outras espécies de norma, esta dificuldade na prática se apresenta só raramente. [...] O problema da diferença entre norma jurídica e norma não-jurídica não é um problema da ciência social, mas da psicologia social.”⁶⁶ A sociologia do direito de Ehrlich apresenta, assim, na consideração de Kelsen⁶⁷, um “obstáculo gravíssimo” à sua constituição como disciplina autônoma, pois teria que estar ligada a uma sociologia da moral, dos costumes e de todas as normas sociais – sua definição de que norma é jurídica tende a ser arbitrária. Para Kelsen⁶⁸, a sociologia, limitando-se ao dado empírico, só pode descrever um “ordenamento jurídico” como regras no sentido de regularidades seguidas em uma lógica de reciprocidade dentro de um grupo social, e não como uma “soma de normas”.

Comentando Ehrlich, Luhmann⁶⁹ reitera que o direito não pode ser determinado a partir de si mesmo ou de princípios da razão, mas depende de sua referência à sociedade para que se capte o direito da sociedade, isto é, a unidade e a diferença entre direito e sociedade. Esta referência não poderia implicar, porém, um modelo de fontes do direito com a substituição do direito natural pela sociedade como “fonte” do direito positivo – esta aproximação de Ehrlich é errada para captar o caráter específico do direito moderno: um direito positivo, posto e modificável por decisões. Também não seria possível usar o esquema ultrapassado de separação entre Estado e sociedade que subjaz ao pensamento de Ehrlich; ao contrário, a autonomia do direito apenas poderia ser definida em termos da diferenciação de papéis sociais e de função social. Esta função – a “generalização congruente” de expectativas normativas nas dimensões temporal, social e material⁷⁰ – não significa mais do que a produção de decisões sobre um material pré-existente: o conjunto das expectativas normativas. As decisões tomadas consistem na produção de sentido jurídico pelo uso da distinção entre atualidade e potencialidade. Trata-se de decidir quais expectativas serão reconhecidas por ora (dignificadas com o símbolo da validade), mantendo como potencial reprimido expectativas que no futuro poderão ser selecionadas por uma decisão jurídica. Este é o serviço que o direito presta à sociedade, estruturando um alto grau de complexidade, mantendo um depósito de possibilidades não realizadas.

É absurdo supor – como faz Bourdieu⁷¹, criticando Luhmann – que esta definição funcional do direito implique algo como a ideia do formalismo jurídico (a imagem de um sistema axiomático e dedutivo de regras). Dizer que o direito é um sistema fechado é algo completamente diferente na tradição do

⁶⁶ Idem, pp. 164-5.

⁶⁷ KELSEN, Hans. Una «fondazione» della sociologia del diritto. cit., p. 49.

⁶⁸ Idem, p. 12.

⁶⁹ LUHmann, Niklas. **Sociologia do direito I**. cit, pp. 33-4.

⁷⁰ Idem, pp. 109-23.

⁷¹ BOURDIEU, Pierre. La force du droit: éléments pour une sociologie du champ juridique. **Actes de la recherche en sciences sociales**, Paris, vol. 64, n. 1, 1986, p. 4.

pensamento jurídico ocidental em comparação com a teoria dos sistemas de Luhmann. O fechamento operacional do direito implica o desempenho de uma função específica, mas tal operacionalização (autopoiese) em muito ultrapassa o raciocínio lógico sobre textos prescritivos – envolve uma série de estruturas (expectativas), processos (procedimentos, interpretação, argumentação, decisão), papéis sociais (cidadãos, advogados, juízes) e organizações (parlamentos, tribunais). A definição do direito pela função – e não pela estrutura – implica algo mais radical do que a assunção de Kelsen de que qualquer fato pode ser jurídico na medida em que regulado por uma norma jurídica. Significa discernir os fatos sociais – ou as “instituições” – como feixes de expectativas⁷². Se serão consideradas jurídicas – significadas simbolicamente como leis ou sentenças, costumes ou contratos – é um dado contingente, dependente das operações que o sistema jurídico desempenha. Só precisarão ser definidas como jurídicas se e quando forem invocadas em uma situação em que seja necessário decidir entre o lícito e o ilícito – e esta será a decisão de uma organização apta a generalizar congruentemente a expectativa normativa reconhecida ou a oposta.

Embora possamos rejeitar uma definição estrutural do direito (comum tanto às visões “sociológicas” quanto às “normativistas”), preferindo uma definição funcional como a de Luhmann, há um problema que os teóricos “sociologizantes” do direito tiveram que tratar: um de seus méritos foi ter enfatizado a pluralidade de ordenamentos jurídicos empiricamente vigentes em domínios de validade sobrepostos (vinculando, ao menos parcialmente, as mesmas pessoas).

Há efetivos problemas de expressão quando, assumida a existência de um direito autoproduzido à margem do Estado, é necessário descrevê-lo. Na antropologia jurídica há famosa polêmica acerca de como descrever o direito de povos não ocidentais e não modernos: usando nossas categorias (de origem romana) de contrato, propriedade, etc.⁷³ Ehrlich⁷⁴ tenta descrever os “ordenamentos jurídicos” produzidos fora do Estado a partir da categoria de contrato, mas despojando-a de todos seus pressupostos (sobre requisitos contratuais, forma de interpretação, etc.).

⁷² LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución*: aportación a la sociología política. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2010 [1965], pp. 85-6.

⁷³ GLUCKMAN, Max. Obrigação e dívida. In: DAVIS, Shelton H. (Org.). *Antropologia do direito*: estudo comparativo de categorias de dívida e contrato. Tradução de Neide Esterci e Lygia Sigaud. Rio de Janeiro: Zahar, 1974 [1965], pp. 25-56; BOHANNAN, Paul. A categoria *injô* na sociedade Tiv. In: DAVIS, Shelton H. (Org.). *Antropologia do direito*: estudo comparativo de categorias de dívida e contrato. Tradução de Neide Esterci e Lygia Sigaud. Rio de Janeiro: Zahar, 1974 [1957], pp. 57-69.

⁷⁴ EHRLICH, Eugen. *Fundamental principles of the sociology of law*. cit, p. 29.

Aqui surge a terceira distinção pela qual a teoria dos sistemas pode redescriver e superar a contraposição entre teoria do direito formalista e sociologia do direito empirista: é a distinção entre código e programa⁷⁵. A unidade do sistema jurídico não é mais a norma, nem mesmo os conjuntos de normas (ordenamentos jurídicos) – o direito só pode ser diferenciado *na* sociedade a partir do serviço específico que presta em relação à sociedade: trata-se de uma diferenciação a partir da função, não mais da estrutura. A unidade do direito não pode mais ser apresentada a partir da norma (ou da proposição jurídica) ou dos conjuntos de normas (ordens jurídicas), mas apenas em termos funcionais e de código. O direito é um sistema não mais porque é um conjunto fechado e autointegrado de normas, mas porque é um limite em que a produção de sentido se dá em um meio específico (o meio da validade), produzindo formas específicas (a decisão entre o lícito e o ilícito) e, finalmente, cumprindo uma função específica (a generalização congruente das expectativas normativas). O direito cumpre sua função específica operando internamente com base em uma distinção: lícito/ilícito – este é o código específico do sistema jurídico. Esta forma ou distinção é a diferença final, crucial que se produz no meio da validade. Mas a decisão por um dos lados – o lícito ou o ilícito, o válido ou o inválido – só pode ser operacionalizada pelos critérios próprios do sistema jurídico: tais critérios são os programas (leis, contratos, sentenças), que podem ser programas condicionais (se-então) ou finalísticos.

Mas a teoria dos sistemas encampa o pluralismo jurídico defendido por Ehrlich (e Romano)? O monismo (no caso de Kelsen, um monismo internacionalista) não representa a ideia de que só haja o direito estatal, mas precisamente de que o ordenamento jurídico estatal estabelece os limites em que o direito produzido fora da estrutura institucional do Estado pode ser reconhecido como direito. Assim, sobre um mesmo domínio de validade (temporal, espacial, material), há apenas um ordenamento dominante, que impõe os limites para os demais, a ele subordinados. Para Kelsen⁷⁶: “O Estado, na sua mais íntima essência, não é outra coisa que a *comunidade jurídica* mais alta, a suprema comunidade jurídica, a unidade social pensada no ordenamento jurídico; em suma, a organização do direito”. Nos limites do Estado, do direito estatal, é que o direito produzido pelos grupos menores da sociedade é direito – isto é um imperativo da unidade social. Apenas com essa subordinação ao direito estatal é que todo o direito produzido em uma sociedade forma “um sistema unitário de normas, um ordenamento jurídico unitário”⁷⁷.

Pluralismo jurídico é um conceito estrutural do direito – uma segmentação operacional interna (portanto, sem referência à sociedade – por isso, não

⁷⁵ Sobre tal distinção, ver LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. cit., cap. 4.

⁷⁶ KELSEN, Hans. Una «fondazione» della sociologia del diritto. cit., p. 37.

⁷⁷ Idem, p. 38. Similarmente: KELSEN, Hans. On the borders between legal and sociological method. cit., pp. 61-3.

funcional). Sobre ele, Luhmann não se pronuncia diretamente. Mas se Luhmann não adota uma visão hierárquica sobre a reprodução do direito, não haveria porque pressupor a prevalência do ordenamento estatal sobre os outros. De qualquer modo, o reconhecimento do pluralismo jurídico jamais implicaria na teoria dos sistemas uma pluralidade de sistemas jurídicos (no sentido luhmanniano, e não de ordenamento jurídico) – só há um sistema (social) jurídico (mundial) e sua unidade é definida por código e função⁷⁸.

Não obstante, a distinção entre código e programa pode ajudar a redescrever o problema da unidade do direito, representado pela contraposição entre o monismo de Kelsen e o pluralismo de Ehrlich. Em uma apropriação heterodoxa da teoria luhmanniana, a unidade do sistema jurídico, representada pelo código, integra uma diversidade de programas e – aqui a heterodoxia – tal diversidade poderia ser descrita em termos de ordens jurídicas⁷⁹. Em uma perspectiva sistêmica pluralista como a de Teubner⁸⁰, a diferenciação das ordens jurídicas se dá pela formação de unidades com diferentes graus de autonomia autoconstituídas por suas próprias normas, procedimentos, doutrinas e atos jurídicos. Luhmann, porém, não adota este modelo de autonomia gradual do sistema jurídico – o direito é um só sistema, por controlar a produção de seus próprios elementos (as comunicações) e, especialmente, de suas próprias estruturas (as expectativas).

5. CENTRO E PERIFERIA

A distinção entre centro e periferia pode ter diversas leituras⁸¹. É, por um lado, alegórica da situação biográfica de Kelsen e de Ehrlich: um, jurista de fama mundial, proveniente de Viena, um centro cosmopolita; o outro, embora tenha estudado em Viena, foi durante quase toda a vida professor da Universidade de Czernowitz, uma região interiorana da Romênia. De outro lado, no panorama do pensamento jurídico do século XX, Kelsen teve uma centralidade incomparável. Mas, na teoria dos sistemas, a distinção centro/periferia ganha outro sentido: não mais geográfico, mas representativo dos programas

⁷⁸ CAMPILONGO, Celso. Teoria do direito e globalização econômica. In: _____. *O direito na sociedade complexa*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 140-8.

⁷⁹ NEVES, Marcelo. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. *Revista Direito em Debate*, Ijuí, vol. 4, n. 5, 1995, p. 26.

⁸⁰ TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoietico? In: _____. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994 [1989], pp. 75-88; TEUBNER, Gunther. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. Tradução de Peter Naumann. *Impulso*, Piracicaba, vol. 14, n. 33, 2003, pp. 9-31.

⁸¹ Cf. COTTERRELL, Roger. Ehrlich at the edge of empires: centres and peripheries in legal studies. In: HERTOGH, Marc (Ed.). *Living law: reconsidering Eugen Ehrlich*. Oxford: Hart, 2009, pp. 75-94.

pelos quais o sistema jurídico se reproduz e da relação desses programas com a tomada de decisão.

Pensemos em um clássico exemplo de “direito vivo” de Ehrlich⁸². A Bucovina (hoje uma localidade entre Ucrânia e Romênia) era uma região periférica do Império Austro-Húngaro, mas lá também vigia o código civil austríaco. Entretanto, este código seria ineficaz para reger as relações de família na Bucovina. O código dispunha que o filho que permanecia vivendo com a família mantinha o direito a formar e dispor de seu próprio patrimônio. Na prática da Bucovina, porém, o filho que trabalhava era obrigado a entregar todo mês o seu salário para o pai e a mãe. Esse era o “direito vivo” da Bucovina. Embora lá, como em Viena, o centro do Império, estivesse em vigência o mesmo código civil, havia um direito eficaz das tradições locais que solapava o direito estatal naquela região. A resposta de Kelsen⁸³ a este exemplo é justamente apontar para o seguinte: na “periferia do sistema jurídico” (diríamos em termos luhmannianos), pode-se seguir regras sem contestação e as práticas sociais difusas podem prevalecer sobre o direito positivo. O “direito” dos grupos sociais pode ser contrário ao direito estatal. Mas, se o filho do exemplo de Ehrlich fosse a um tribunal, “centro do sistema jurídico” (mesmo o tribunal da Bucovina!), seu direito subjetivo lhe seria reconhecido com base no código civil, não no “direito vivo” de seus pais. Aliás, se o filho não quisesse demandar seus pais no tribunal e continuasse entregando seus ganhos à família, não haveria nada de ilícito: ele apenas estaria abrindo mão de exercer um direito que a lei lhe atribui – de formar seu próprio patrimônio. Não seria nem, necessariamente, um costume *contra legem*, pois o código civil austríaco não impunha uma obrigação, apenas estabelecia uma faculdade.

Aqui também a contraposição entre Kelsen (voltado a descrever o direito que é reconhecido e operacionalizado nos tribunais estatais) e Ehrlich (o direito vivo, da periferia do sistema jurídico) pode encontrar termos úteis para uma redescricão. Como anuncia no prefácio de sua obra maior, Ehrlich entendia que “o centro de gravidade do desenvolvimento jurídico repousa não na legislação, nem na ciência jurídica, nem na decisão judicial, mas na sociedade ela mesma”⁸⁴. Kelsen⁸⁵ julga que os tribunais, “sobretudo para a sociologia do direito, representam uma parte relevante da sociedade humana”; por isso, parece absurdo desconsiderar as normas de decisão, as regras segundo as quais os tribunais “não só devem agir, mas de fato regularmente agem”. Entretanto, “para Ehrlich a regularidade sociologicamente relevante cessa de fato

⁸² EHRLICH, Eugen. *Fundamental principles of the sociology of law*. cit, p. 370.

⁸³ KELSEN, Hans. Una «fondazione» della sociologia del diritto. cit., pp. 47-8.

⁸⁴ EHRLICH, Eugen. *Fundamental principles of the sociology of law*. cit, p. xv.

⁸⁵ KELSEN, Hans. Una «fondazione» della sociologia del diritto. cit., p. 20 (nota 4).

diante dos tribunais. As regras que os tribunais aplicam, com o muito impo-nente aparato coercitivo, não representam neste caso para Ehrlich uma reali-dade *viva!*⁸⁶

Afinal: “Onde” está o direito? “Quem” o produz? Para Luhmann, o sis-tema jurídico pode ser internamente diferenciado entre centro e periferia⁸⁶. Os tribunais ocupam o centro do sistema, pois são a instância última de decisão da atribuição do código lícito/ilícito; mas tão importante quanto os tribunais são as leis, contratos, doutrinas, programas que constituem a periferia do sis-tema jurídico. Na periferia os cidadãos e os oficiais podem decidir sobre o di-reito por outras razões – podem decidir sobre um contrato por motivos econô-micos, deliberar sobre uma lei por motivos políticos, produzir um regulamento e interpretá-lo segundo razões administrativas. Na periferia, portanto, o sis-tema jurídico é muito mais aberto cognitivamente às irritações de seu ambi-ente. Além disso, as decisões podem ser desdobradas em outras decisões, po-dem ser proteladas ou delegadas. Mas no centro do sistema, nos tribunais, só motivos jurídicos é que contam para a decisão jurídica – e a decisão tem que ser tomada (proibição da denegação de justiça). As técnicas de interpretação e argumentação, os atos do procedimento e a exigência de justificação são con-troles para a garantia de que nas cortes só o jurídico é razão para o jurídico – só o direito pode reproduzir o direito. Razões econômicas, políticas, morais, religiosas são radicalmente filtradas pelo material jurídico; por outro lado, como forma institucionalizada de produção do direito, como organização e procedimento, as cortes e as ações judiciais contam com uma legitimação pré-via, que lhes garante obediência qualquer que seja o conteúdo da decisão to-mada. Os tribunais têm um “direito” (ou melhor, um poder-dever) – que pre-valece sobre qualquer outro – de decidir o que é o direito. Fica claro o signifi-cado deste centro organizado para o fechamento operacional do sistema. Não se questiona se é lícito decidir sobre o lícito e o ilícito.

Mas e o “direito vivo”? Todos que “vivem o direito” são intérpretes do direito⁸⁷? Ehrlich não fazia esta postulação. Na verdade indicava que o direito dos códigos não era produto direto da sociedade, mas sim uma direção para os tribunais, um material próprio do *métier* dos legisladores e juristas. Não é a interpretação que faz a passagem do texto jurídico à realidade social, são as instituições jurídicas que funcionam como “ligações intermediárias” entre as normas (ou proposições jurídicas) e a sociedade⁸⁸. Ehrlich, como outros auto-res (Gierke, Romano, Pound, entre outros), teve uma importância ineludível

⁸⁶ LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. cit., pp. 291-6.

⁸⁷ É o que defende, quanto à constituição, HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a soci-edade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “pro-cedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002 [1975], passim.

⁸⁸ EHRLICH, Eugen. Montesquieu and sociological jurisprudence. *Harvard Law Review*, Cam-bridge, MA, vol. 29, n. 6, 1916, p. 584.

em tratar como jurídico inclusive o que está na periferia do direito⁸⁹. Esta periferia é constituída também por organizações, sejam elas não estatais, como organizações econômicas, sejam – ao contrário do que Ehrlich pensava – organizações ou órgãos estatais, como o Legislativo, que está na periferia do sistema jurídico, mas em uma posição central no sistema político. Ehrlich lançou luz sobre aquele direito que existe “na paz”, em contraposição ao direito “em guerra” dos tribunais, centro do sistema – as expectativas, afinal, ao contrário das sanções oficiais, residem por toda a sociedade⁹⁰. Ehrlich perguntava⁹¹: “Há algo como um direito mundial? Ou existem direitos, diferentes nos vários Estados, entre os vários povos?” A resposta de Luhmann é de que só há um sistema jurídico na sociedade mundial. A resposta de Ehrlich também se encaminhava no mesmo sentido: há algo como o direito. Mas a justificativa era de ordem estrutural: enquanto a diversidade dos direitos (objetivos) se espelhava nos conjuntos de provisões jurídicas, a unidade se manifestava na “ordem social”, no fato de instituições sociais como casamento, família, posse, contrato e sucessão serem comuns a todos os direitos objetivos, encontráveis nas diversas sociedades⁹². É verdade que o direito se espalha como estrutura por toda a sociedade, mas tal constatação não se presta a diferenciá-lo da moral, da economia ou da religião, que também produzem algo como “regras sociais”. A preocupação com a diferenciação do direito, no enfoque luhmanniano, só pode ser encaminhada pela via da definição funcional: só o sistema jurídico conta com procedimentos, organizações e papéis sociais aptos a garantir que todos – independentemente de consenso, de preferência ou crença individual – possam se vincular a expectativas que resistem a frustrações. Na economia, a vinculação se dá sobretudo por expectativas que se acomodam às situações, expectativas cognitivas. Na moral ou na religião, decerto predominam expectativas normativas, mas compartilhá-las passa a ser, modernamente, uma questão de hábitos, costumes ou preferências individuais. No direito, independentemente de concordar ou não, de crer ou não no conteúdo das expectativas institucionalizadas pelo sistema, todos sabem que a elas estão vinculados, por elas podem ser julgados e punidos e podem pleitear contra quem as frustra.

A sociologia do direito de Ehrlich, portanto, não é ingênuia. Não nega que a passagem do texto à norma seja uma atividade controlada por autoridades competentes, profissionais especializados e procedimentos devidos. Em termos luhmannianos, essa passagem do texto à norma – a interpretação jurídica – é um mecanismo de evolução do direito compatível com sua autonomia

⁸⁹ Cf. TAMANAH, Brian Z. A vision of social-legal change: recuing Ehrlich from ‘living law’. *Legal Studies Research Paper Series*, n. 10-10-05. St. Louis: Washington University School of Law, 2010, pp. 24-9.

⁹⁰ NELSEN, David. Ehrlich's legacies: back to the future in the sociology of law? In: HERTOOGH, Marc (Ed.). *Living law: reconsidering Eugen Ehrlich*. Oxford: Hart, 2009, p. 254.

⁹¹ EHRLICH, Eugen. The sociology of law. *Harvard Law Review*, Cambridge, MA, vol. 36, n. 2, 1922, p. 130.

⁹² Idem, p. 131.

operacional e que se apoia nessa especialização para produzir variações, seleções e restabilizações de sentidos jurídicos⁹³. A atribuição da validade, na medida em que se estrutura em torno de organizações (especialmente os tribunais) e papéis sociais específicos (as profissões jurídicas) reduz a interpretação do direito a uma atividade competente, especializada, que filtra as expectativas normativas que serão reconhecidas pelo sistema. A centralidade dos tribunais tem uma explicação⁹⁴: nas sociedades complexas, que mantêm estocadas expectativas normativas as mais divergentes entre si, o direito não pode continuar existindo simplesmente pela orientação cotidiana de expectativas sobre expectativas. Não há consenso social abrangente, mas sim conflituosidade e uma demanda imensa por decisões que limitem, ainda que provisória e parcialmente, as divergências de orientação. Essa pressão seletiva tem como núcleo de seu deslinde as cortes, a sentença judicial. Se no dia a dia as pessoas podem seguir regras de modo quase automático, apoiando-se em expectativas compartilhadas, quando surge um conflito de orientações, quando a frustração de uma expectativa é verbalizada e contestada, há a necessidade de interpretação do direito para a seleção de qual expectativa deve prevalecer⁹⁵. É de uma interpretação especializada, autoritativa que se precisa. O centro do sistema jurídico então é mobilizado a produzir uma sentença, uma regra que novamente se possa simplesmente seguir, sem que seja preciso interpretá-la⁹⁶.

À ciência jurídica tradicional, Ehrlich⁹⁷ imputava o erro de limitar o direito à “regra dirigida à conduta dos tribunais”, enquanto a sociologia do direito captaria, cientificamente, a totalidade do fenômeno jurídico, como “uma regra da conduta humana em geral”. Mas tal sociologia não dava conta de especificar em que consiste seu próprio objeto. Não reconhecia que o “direito vivo” em algum momento chega à fatalidade de ser incluído ou excluído por uma decisão vinculante – a sentença judicial. Esta seleção do direito válido, que faz atuar o meio do direito (a validade) em última instância (coisa julgada), é necessariamente o produto daquilo que os tribunais entenderão como jurídico (como na teoria da regra de reconhecimento como regra social, em Hart⁹⁸), já que as cortes detêm algo como o monopólio da interpretação legítima imponível sobre todos sob sua jurisdição.

⁹³ LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. cit., pp. 243-62.

⁹⁴ Idem, pp. 156-62.

⁹⁵ LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. cit., pp. 245-6

⁹⁶ Problematizando as interpretações da prática de “seguir regras” em Wittgenstein, Hershovitz defende que há uma prática de seguir regras jurídicas que basta à orientação cotidiana dos conflitos, os quais excepcionalmente chegam aos tribunais: aqui é necessária uma interpretação propriamente dita das regras (e isto tem sido o foco da teoria do direito). Os tribunais interpretam as regras problematizadas para fornecer uma regra que novamente possa ser seguida sem ser interpretada: o dispositivo da sentença. Ver HERSHOVITZ, Scott. Wittgenstein on rules: the phantom menace. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, vol. 22, n. 4, 2002, pp. 639-40.

⁹⁷ EHRLICH, Eugen. *Fundamental principles of the sociology of law*. cit, p. 13.

⁹⁸ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. cit., pp. 111-21.

Diante da diferenciação entre centro e periferia do sistema jurídico, perde muito de seu sentido a contraposição entre direito estatal e não estatal, direito heterônomo (produzido pelo Estado e imposto ao indivíduo) e direito autônomo (produzido pelo grupo social, independentemente do reconhecimento estatal). Na periferia do direito estão tanto atos jurídicos privados quanto leis. Não se poderia acusar o modelo de “legicentrismo”. Tampouco a centralidade do Judiciário implica alguma hierarquia valorativa ou a ideia de que só no tribunal haja direito. O “direito vivo” existe, orienta as interações das pessoas, a formação de procedimentos e organizações, mas sempre pode ser submetido à prova fatal de uma sentença.

6. CONCLUSÃO

Estariamos constrangidos a admitir que uma sociologia do direito não descreve o direito por si mesmo, mas é um conhecimento radicalmente externo a ele, que só registra regularidades? Teríamos que estender a todas as propostas de sociologia do direito o juízo que Kelsen fez de Ehrlich? Qual era este juízo, afinal? Era de que “[o] conceito sociológico de direito de que fala Ehrlich, e com ele muitos autores recentes, parece tão admissível quanto o conceito matemático de um processo biológico ou o conceito ético da queda dos corpos”⁹⁹.

A proposta sociológica de Luhmann distancia-se fundamentalmente de caracteres esposados por Ehrlich e a ele atribuídos por Kelsen. Em lugar dos métodos de observação experimentais, análogos aos das ciências naturais, Luhmann coloca como ponto de partida o sentido, em paralelo com o modo como Kelsen via a ciência do direito – como uma “ciência do espírito”. Em lugar de definir causalidades, a teoria dos sistemas enfatiza a complexidade das estruturas que constituem o direito, as quais o tornam mais contingente do que previsível. Em vez de focar o Estado ou a sociedade civil, Luhmann rejeita a contraposição simples, enfatiza a estrutura e a semântica da diferenciação funcional. Esta diferenciação significa que a produção do sentido jurídico é espraiada por toda a sociedade, ao lado da produção de sentidos econômicos, políticos, morais, etc. Mas significa que é o próprio direito que promove sua autoprodução enraizada na sociedade, pois o controle último do sentido jurídico – a seleção do válido e do inválido – demanda critérios que só o próprio sistema jurídico pode fornecer e reconhecer.

Isto não significa que uma sociologia tal como a construída por Ehrlich tenha sido historicamente irrelevante e que nada dela persista em uma proposta muito posterior, como a de Luhmann. Ehrlich enfatizou o direito como fato, assim como Luhmann vislumbra como fato as expectativas normativas congruentemente generalizadas. Ehrlich enfatizou o direito também presente

⁹⁹ KELSEN, Hans. Una «fondazione» della sociologia del diritto. cit., p. 49.

fora dos tribunais, pelo qual a sociedade estrutura expectativas que resistem a frustrações, ainda que essas expectativas não cheguem ao momento fatal de serem reconhecidas ou não por uma sentença. Entretanto, ao buscar uma definição estrutural do direito, tanto Ehrlich quanto Kelsen falharam e forneceram visões parciais – o “direito vivo” da periferia sem o direito selecionado pelo centro; o direito das sentenças ou das leis, vinculante a todos, sem o direito das interações e organizações que não provém das instâncias estatais nem a elas chega para julgamento.

Uma descrição sociológica do direito pela teoria dos sistemas pode abarcar as autodescrições do sistema jurídico (dogmáticas e de “teoria do direito”) tanto quanto suas operações básicas (a produção do direito no centro e na periferia, a autorreferência de expectativas normativas a expectativas normativas). Apresenta-se como uma descrição científica, ao contrário das autodescrições do sistema (que seriam operações jurídicas de reflexão). Similarmente, Ehrlich apontava o caráter prescritivo da ciência jurídica tradicional (normativa), contrapondo-a à sociologia do direito (descritiva). Entre esses extremos, o campo que se consagrou como “teoria do direito” especializou-se em fornecer reflexões sobre a unidade do sistema jurídico. Esta unidade, porém, pode ser descrita em diferentes modalidades. Do ponto de vista luhmanniano¹⁰⁰, pode-se dizer: quando a sociologia do direito se dispõe a reconhecer a normatividade reproduzida pelo sistema jurídico, tematizando a decidibilidade dos conflitos de expectativas, aproxima-se da teoria do direito, cujo ponto de vista é geralmente o do tribunal. Mas a sociologia trata da decidibilidade antes para problematizá-la que para orientá-la. Quando a reflexão se dispõe a reconhecer os paradoxos constitutivos do direito e visualiza sua reprodução vinculando a semântica da validade à estrutura social subjacente (aos papéis, organizações, procedimentos especializados do direito), constitui-se como sociologia do direito.

REFERÊNCIAS

- BOHANNAN, Paul. A categoria *injô* na sociedade Tiv. In: DAVIS, Shelton H. (Org.). **Antropologia do direito**: estudo comparativo de categorias de dívida e contrato. Tradução de Neide Esterci e Lygia Sigaud. Rio de Janeiro: Zahar, 1974 [1957]. pp. 57-69.
- BOURDIEU, Pierre. La force du droit: éléments pour une sociologie du champ juridique. **Actes de la recherche en sciences sociales**, Paris, vol. 64, n. 1, pp. 3-19, 1986.

¹⁰⁰ LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. cit., cap. 11; LUHMANN, Niklas. La restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit. cit, *passim*.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do direito e movimentos sociais**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012.

_____. Teoria do direito e globalização econômica. In: _____. **O direito na sociedade complexa**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 137-151.

COTTERRELL, Roger. Ehrlich at the edge of empires: centres and peripheries in legal studies. In: HERTOOGH, Marc (Ed.). **Living law: reconsidering Eugen Ehrlich**. Oxford: Hart, 2009. pp. 75-94.

DE GIORGI, Raffaele. **Ciencia del derecho y legitimación**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 1998 [1981].

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução de Paulo Neves. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007 [1895].

EHRLICH, Eugen. Rettifica. In: _____. KELSEN, Hans; WEBER, Max. **Verso un concetto sociologico di diritto**. Tradução de Alberto Febbrajo. Milano: Giuffrè, 2010 [1916]. pp. 51-58.

_____. Replica. In: _____. KELSEN, Hans; WEBER, Max. **Verso un concetto sociologico di diritto**. Tradução de Alberto Febbrajo. Milano: Giuffrè, 2010 [1916-1917]. pp. 65-66.

_____. **Fundamental principles of the sociology of law**. Tradução de Walter L. Moll. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1936 [1913].

_____. The sociology of law. Tradução de Nathan Isaacs. **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, vol. 36, n. 2, pp. 130-145, 1922.

_____. Judicial freedom of decision: its principles and objects. In: **SCIENCE of legal method**. Tradução de Ernest Bruncken e Layton B. Register. Boston: The Boston Book Company, 1917 [1903]. pp. 48-84.

_____. Montesquieu and sociological jurisprudence. **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, vol. 29, n. 6, pp. 582-600, 1916.

GLUCKMAN, Max. Obrigação e dívida. In: DAVIS, Shelton H. (Org.). **Antropologia do direito: estudo comparativo de categorias de dívida e contrato**. Tradução de Neide Esterci e Lygia Sigaud. Rio de Janeiro: Zahar, 1974 [1965]. pp. 25-56.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002 [1975].

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007 [1961].

HERSHOVITZ, Scott. Wittgenstein on rules: the phantom menace. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, vol. 22, n. 4, pp. 619-640, 2002.

HESSE, Mary B. **Models and analogies in science**. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1966

HOLMES, JR., Oliver Wendell. The path of the law. **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, vol. 10, 1897.

GONÇALVES, Guilherme Leite. **Direito entre certeza e incerteza: horizontes críticos para a teoria dos sistemas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

KELSEN, Hans. Una «fondazione» della sociologia del diritto. In: EHRLICH, Eugen; ____; WEBER, Max. **Verso un concetto sociologico di diritto**. Tradução de Alberto Febbrajo. Milano: Giuffrè, 2010 [1915]. pp. 3-63.

_____. Replica. In: EHRLICH, Eugen; ____; WEBER, Max. **Verso un concetto sociologico di diritto**. Tradução de Alberto Febbrajo. Milano: Giuffrè, 2010 [1916]. pp. 59-63.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006 [1960].

_____. On the borders between legal and sociological method. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (Eds.). **Weimar: a jurisprudence of crisis**. Berkeley: University of California Press, 2000 [1911]. pp. 57-63.

_____. Legal formalism and the pure theory of law. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (Eds.). **Weimar: a jurisprudence of crisis**. Berkeley: University of California Press, 2000 [1929]. pp. 76-83.

_____. **General theory of law and State**. Tradução de Anders Wedberg. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1949 [1945].

LUHMANN, Niklas. **Theory of society I**. Tradução de Rhodes Barrett. Stanford: Stanford University Press, 2012 [1997].

_____. **Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2010 [1965].

_____. Iluminismo sociológico. Tradução de Arthur Mourão. In: SANTOS, José Manuel (Org.). **O pensamento de Niklas Luhmann**. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005 [1967]. pp. 19-70.

_____. **Law as a social system**. Tradução de Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004 [1993].

_____. La restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit. Tradução de Jean Clam. **Droit et Société**, Paris, vol. 1, n. 47, pp. 15-73, 2001 [2000].

_____. **Essays on self-reference**. New York: Columbia University Press, 1990.

_____. **Social systems**. Tradução de John Bednarz, Jr. e Dirk Baecker. Palo Alto: Stanford University, 1995 [1984].

_____. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

NELSEN, David. Ehrlich's legacies: back to the future in the sociology of law? In: HERTOOGH, Marc (Ed.). **Living law: reconsidering Eugen Ehrlich**. Oxford: Hart, 2009. pp. 237-272.

NEVES, Marcelo. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. **Revista Direito em Debate**, Ijuí, vol. 4, n. 5, pp. 7-37, 1995.

ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008 [1918].

TAMANAHA, Brian Z. A vision of social-legal change: recuing Ehrlich from 'living law'. **Legal Studies Research Paper Series**, n. 10-10-05. St. Louis: Washington University School of Law, 2010.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. Tradução de Peter Naumann. **Impulso**, Piracicaba, vol. 14, n. 33, pp. 9-31, 2003.

_____. O direito como sistema autopoietico? In: _____. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994 [1989]. pp. 53-94.

TREVES, Renato. Sociologia del diritto e sociologia dell'idea di giustizia nel pensiero di Kelsen. In: PAULSON, Stanley L. (Org.). **Formalismo giuridico e realtà sociale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992. pp. 161-177.

VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. A sociologia do direito: o contraste entre a obra de Émile Durkheim e a de Niklas Luhmann. **Revista da Faculdade de Direito [da USP]**, São Paulo, vol. 105, pp. 561-593, 2010.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva I. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4 ed. Brasília: Editora UnB, 2000 [1922].

_____. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva II. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora UnB, 1999 [1922].

* Recebido em 07 abr. 2015.



ORDEM NORMATIVA INSTITUCIONAL A PARTIR DO PENSAMENTO DE AXEL HONNETH^Δ

*Marcelo de Castro Cunha Filho**

*Marcos Vinícius Chein Feres***

Resumo

O presente artigo tem por objetivo refinar a metodologia de pesquisa da ciência do direito a partir da teoria do reconhecimento de Axel Honneth. De acordo com esta orientação, vislumbra-se a necessidade de se desenhar um fundamento teórico para a metodologia de investigação do campo que articule a necessária relação entre a justiça, no sentido de uma moralidade abstrata, e a ética simultaneamente. Encontra-se uma aproximação a esse ideal quando se reavalia o conceito de ordem normativa institucional de Neil MacCormick na matriz teórica adotada. A partir de então, conclui-se que o direito encontra fundamento de validade no processo ético-moral de significação institucional baseado na troca de reconhecimento recíproco por entre as etapas formais de socialização humana identificadas por Honneth.

Palavras-chave

Metodologia do direito. Reconhecimento recíproco. Ordem normativa institucional. Fundamento ético-moral. Autorrealização.

INSTITUTIONAL NORMATIVE ORDER FROM THE THOUGHT OF AXEL HONNETH

Abstract

This article aims to delineate a research methodology of the science of law based on Honneth's theory of recognition. According to this target, it is envisaged the need to find a theoretical foundation for the research methodology of the field that articulates the necessary relationship between justice, towards an abstract concept of morality, and ethics simultaneously. So as to fulfill this idea, Neil MacCormick's concept of institutional normative order is reassessed under the auspices of the theoretical framework adopted. In virtue of this, it is concluded that the foundation of validity of law lies in the process of moral-ethical significance of institutions based on the exchange of reciprocal recognition between the formal stages of human socialization identified by Honneth.

^Δ Este artigo tem o apoio financeiro da FAPEMIG e do CNPq.

* Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), mestrando em Direito e Inovação (UFJF), bolsista da FAPEMIG.

** Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), Professor Associado da Faculdade de Direito (UFJF), Doutor em Direito Econômico e Pesquisador de Produtividade PQ 2 CNPq.

Keywords

Methodology of Law. Reciprocal recognition. Institutional normative order. Ethical-moral foundation. Self-fulfillment.

1. INTRODUÇÃO

As últimas décadas da história da ciência do direito presenciam uma transformação paradigmática em relação à metodologia de investigação nesta área do conhecimento. O colapso dos dois pilares da científicidade das pesquisas no campo, a saber, o formalismo e o positivismo jurídicos, forçou a abertura de novos contornos teóricos que pudessem acomodar uma abordagem investigativa desprendida da tradicional obsessão por métodos descritivos e por uma análise puramente sistemática das normas e dos códigos jurídicos (LA TORRE, 2009).

A insurgência da nova corrente de pensamento, denominada institucionalismo, defende, em contraposição aos moldes positivistas de ciência, um estudo teórico do direito, levando-se em consideração não somente uma abordagem sistemática do ordenamento legal. Ela propõe, para além disso, uma análise dos aspectos sociais e políticos que, decisivamente, influem na compreensão das normas e de todo o fenômeno jurídico (LA TORRE, 2009).

Apesar de a corrente institucionalista possuir diversos adeptos, oriundos das mais diversas escolas de pensamento, é possível, em linhas gerais, identificar sua gênese nos trabalhos de Maurice Hauriou e Santi Romano, num primeiro momento, e mais recentemente nos escritos do neo-institucionalista Neil MacCormick (LA TORRE, 2009).

Todos eles, explica Massimo La Torre (2009), tiveram seu grau de influência na formulação das bases da teoria institucionalista. No entanto, não se pode deixar de mencionar o destaque que o pós-positivismo de MacCormick tomou nos últimos anos. Além de reverter o quadro totalmente anti-formalista em que o institucionalismo primitivo caiu, MacCormick reconectou, de maneira inovadora, o elo até então perdido entre os conceitos “instituição” e “justiça” (LA TORRE, 2009).

A aspiração à justiça, introduzida por MacCormick na teoria das instituições, veio para afastar o mal-estar generalizado que a tradição positivista e sua antítese, acentuadamente anti-formalista, marcaram na história da ciência do direito. Os sentimentos de vazio e de perda de sentido, aos quais o indivíduo sucumbiu ao longo do período de ascensão dessas ideologias, impulsionaram um apelo à ideia de ressignificação e reencantamento do mundo sem, no entanto, desconsiderar as contribuições das fontes morais cartesianas (TAYLOR, 2007). Nesse sentido, supõe-se que o neo-institucionalismo de MacCor-

mick representa um avanço considerável em relação não somente ao positivismo, mas também em relação às primeiras ideias que popularizaram o debate a respeito das instituições.

Em virtude do progresso conquistado, acredita-se que a teoria institucionalista desenhada por MacCormick ainda serve como um bom ponto de partida para a discussão de muitos problemas práticos e teóricos contemporâneos, especialmente aqueles da ordem do direito. As instituições de direito, assim como o próprio direito, considerado como instituição, podem se valer do viés institucionalista para legitimar suas decisões, tendo em vista não só seu caráter sistemático-formal, mas também sua aspiração ao justo.

Contudo, apesar de a contribuição de MacCormick ter sido ímpar na história do pensamento institucionalista, é preciso repensar alguns conceitos legados pelo filósofo do direito. Em primeiro lugar, é preciso refletir um pouco melhor a respeito da conexão entre instituições e o conceito de justiça, ao qual MacCormick (2007) adere. Muito embora tenha deixado campo fértil para a discussão, o filósofo do direito acaba restringindo demasiadamente o papel do justo a uma acepção meramente formal-abstrata de moralidade, segundo a tradição kantiana. Ao enfatizar a conexão conceitual entre a finalidade institucional e a concepção de justiça, segundo essa orientação, o filósofo parece se render ao mesmo vício, ao qual muitos cientistas políticos atuais são acometidos, qual seja, afastar-se de qualquer consideração de cunho ético a respeito do processo de formação institucional. Não se pretende, neste artigo, tornar o viés institucionalista equivalente ao de uma visão cultural particular. No entanto, acredita-se que é necessário reconstruir a metodologia institucionalista tendo em vista um ideal ético-moral latente nas instituições, que supere a dicotomia histórica entre moralidade de um lado e ética do outro.

Para tanto, é necessário resgatar sentido ético inscrito na prática institucional, se bem que dissociado de qualquer concepção particularista de vida boa, como será visto oportunamente. Essa tarefa encontra suporte teórico na teoria do reconhecimento de Axel Honneth. De acordo com o autor, somente por meio da eleição de um plano formal da vida ética que proporcione reconhecimento da autonomia e individualidade do sujeito, será possível conjugar as facilidades práticas que a institucionalização trouxe para a vida em sociedade, tal como a coordenação das atividades sociais, com as suas demandas por justiça e também com as exigências de um ideal de vida boa socialmente partilhado (HONNETH, 2003).

Como se pode prever, o presente artigo trata de uma abordagem teórica. A ideia se concentra tentativa de reformular as bases da teoria moderna das instituições para a análise específica do direito. Pretende-se, com isso, iniciar uma primeira abordagem teórica a respeito do conceito de direito e suas implicações metodológicas.

Além desta introdução, o artigo encontra-se dividido em mais quatro seções. Na seção seguinte, será feito um breve esboço a respeito da teoria neo-institucionalista de MacCormick e das críticas que lhe cabem. Na seção posterior, será elucidado o conteúdo da teoria de Honneth e sua contribuição para o empreendimento aqui desenvolvido. Por fim, será feita uma breve conclusão, apontando os resultados da pesquisa.

2. O DIREITO COMO INSTITUIÇÃO

Diferentemente da metodologia sistemático-positivista, Neil MacCormick (1998) pensa que o direito pode ser contemplado como um exemplo de ordem normativa institucional. Uma ordem normativa, para o autor, é todo um conjunto de expectativas sociais mais ou menos parecidas, às quais pode ser imputada uma gama de ações praticadas pelos participantes da trama em questão (MACCORMICK, 1998). A formação de uma fila de supermercado é um dos exemplos dado por MacCormick (1998) para ilustrar o fenômeno.

Quando se está num supermercado, existe uma expectativa social de que as pessoas respeitarão a ordem de chegada ao caixa. Assim, quando elas começam a efetivamente se dispor uma atrás das outras, forma-se o que elas entendem ser uma fila. Um aspecto relevante de uma fila de supermercado diz respeito à ausência de norma explícita coordenando a ação das pessoas. Elas sabem o que é certo fazer intuitivamente, isto é, com base numa expectativa, num entendimento mais ou menos parecido acerca do que é uma fila e quando se deve formá-la. Pode ser que, ao se tentar articular explicitamente suas regras de formação, as pessoas dêem instruções divergentes acerca do que ela efetivamente consiste. No entanto, um entendimento comum parecido a respeito da mesma possibilita a coordenação da ação de forma bastante bem sucedida (MACCORMICK, 1998).

O fato de haver diferentes nuances de opinião a respeito do conceito e dos elementos integrantes de uma fila indica que uma ordem normativa é baseada numa atitude interpretativa daqueles que lhe dão forma e significado. Entretanto, apesar de um acordo explícito perfeito a respeito da constituição da fila ser quase impossível, sua formação nasce baseada na convergência interpretativa de algumas ideias que dão origem a uma co-comunidade de ideias (MACCORMICK, 1998). Essa suposição é muito parecida com a comunidade de interpretação de Dworkin (2007). Para este autor, a prática do direito nasce de uma atitude interpretativa acerca do que é o direito à sua melhor luz, levando-se em conta que a interpretação válida é aquela que resgata o sentido de uma comunidade fraterna ou, em outros termos, o sentido de um conjunto coerente de princípios.

Analogamente à rede de princípios dworkiniana, o conjunto de ideias mais ou menos parecidas, denominado na teoria de MacCormick (1998) de

convenção, formaria as primeiras determinações acerca do que é uma fila. A ordem normativa do direito, entretanto, ao contrário da ordem normativa que a fila representa, não poderia ser baseada meramente numa convenção, uma vez que, se seu sistema prescritivo não for respeitado, as consequências daí advindas podem ser mais desastrosas para o processo de integração social do que se uma fila de supermercado não atingir sua finalidade.

Por esse motivo, é necessário se introduzir um maior grau de certeza a respeito do conteúdo e da eficácia das normas legais. Essas qualidades são conseguidas por meio do recurso aos mecanismos das regras e da autoridade, segundo MacCormick (1998). O primeiro mecanismo diz respeito à tentativa de articulação e formalização daquelas primeiras ideias convergentes (convenção) a respeito do que é correto fazer. Essa operação é responsável por delimitar uma menor rede de possibilidades de expectativas alcançando, assim, maior grau de certeza e concordância em relação à ação esperada. O mecanismo da autoridade, por sua vez, se dá quando se designa uma pessoa especificamente para executar as determinações estabelecidas e, ainda, para decidir casos conflituosos. A gestão da pessoa competente evita prolongadas discussões a respeito do comando exigido, uma vez que suas decisões vinculam o comportamento dos usuários das prescrições normativas. Tanto o recurso à autoridade quanto às regras concorrem para a coordenação mais eficaz da atividade social.

São os dois mecanismos mencionados que, para MacCormick (1998), permitem a passagem de uma ordem normativa informal, como a fila de supermercado, para uma ordem normativa formal como a do direito. Apesar das especificações que marcam a diferença entre uma e outra, ambas desfrutam de uma mesma característica em comum. Em ambos os casos, o objeto da regulação não é mais uma questão de fato bruto, isto é, um fato da natureza causal. Ele só existe, porque há, agora, um conjunto de práticas e normas relacionadas, tanto num caso quanto noutro, que qualificam e dão existência ao objeto para além de uma mera relação de causalidade. No caso de uma ordem normativa formal, especificamente, este fenômeno é mais claro devido ao maior grau de exatidão que as regras e a autoridade alcançam. Isso permite MacCormick (1998, p. 323) falar que, nessa situação, a ordem foi institucionalizada.

Uma ordem normativa formal ou institucionalizada é, ainda, largamente dependente de um conjunto de expectativas sociais a respeito da melhor interpretação das regras e das práticas sociais. Segundo a abordagem institucionalista, diferentemente do positivismo jurídico, o sistema de regras isoladamente não configura mais o dado empírico a ser conhecido pelo pesquisador do direito. A empiria do campo englobaria, além disso, o conjunto de expectativas da ação, moldadas, em última análise, por valores articulados dentro de um contexto social, político e econômico.

Ao conjunto de valores que configuram e dão sustentação à correta interpretação do conteúdo prescritivo do direito, MacCormick (2007) associa a ideia de justiça. Segundo o autor, a ordem jurídica, em particular, não parte de uma norma hipotético-fundamental desprovida de conteúdo a priori, como na teoria kelseniana, mas de um conjunto abstrato de valores, aos quais os integrantes das práticas sociais aderem ao se engajarem em articulações a respeito do que é correto fazer (MACCORMICK, 2007).

O direito manifestamente injusto, isto é, aquele que se declara por excelência vítima de injustiça, como no caso de uma sentença penal que proclama que o réu foi condenado iniquamente não é, para MacCormick (2007), um caso de direito válido. Segundo o autor, a justiça, independentemente de qual concepção da mesma seja articulada, fornece, pelo menos, uma aspiração ao seu conteúdo a partir da atividade normativa institucional. Tem-se uma fração mínima desse conteúdo na ideia de moralidade, segundo MacCormick (2007).

Ao fazer transbordar a definição conceitual de direito para além de meras estruturas formais cognoscíveis simplesmente por meio de uma abordagem sistemática, o neo-institucionalismo de MacCormick torna-se, segundo La Torre (2007), uma metodologia anti-reducionista, na qual conceitos jurídicos não podem ser limitados a estruturas prescritivas. O direito, visto a partir dessa visão holística, deve ser complementado pela reconstrução das práticas sociais nos termos da sua implícita pretensão normativa à elementos de moralidade e, portanto, à ideia de justiça (LA TORRE, 2007, p.79). A concepção de justiça entabulada por MacCormick (2007) não evidencia, contudo, nenhuma associação com um ideal concreto de moralidade pertencente a algum grupo social específico.

De acordo com Massimo La Torre (2007), a aderência do filósofo do direito a uma concepção de moralidade destituída de qualquer conteúdo determinístico, leva-o a renunciar a uma dimensão normativa robusta das instituições baseada numa ética comunitarista. O problema que se encontra aqui, todavia, é que a rejeição enfática de MacCormick (2007) da ética da comunidade acaba-o levando a suprimir qualquer consideração de cunho ético de seu estudo, gerando, conseguintemente, um problema teórico-prático inadiável para a ciência política e filosofia do direito, apesar de todos os méritos atribuídos à doutrina neo-institucionalista. Veja-se melhor.

A partir do pensamento de MacCormick, a ciência do direito conseguiu superar o desconforto inicial causado pela metodologia positivista, que, por razões ideológicas, não conseguia conceber a associação entre a justiça e a rationalidade do método (vide Kelsen, 2008). No entanto, se a descrição da ciência do direito defendida até aqui obteve, por um lado, esse mérito, por outro, sua aderência a uma concepção de justiça, ancorada numa acepção unilateral de moralidade formal-abstrata, solapou qualquer remissão a uma finalidade

ética voltada para o bom e para o desejável, no sentido de autorrealização do potencial humano.

A histórica dicotomia entre moral e ética serviu mais uma vez para tornar o adepto de uma das duas correntes o fiel defensor de uma delas em detrimento da outra e vice-e-versa. Esse parece ser o caso de MacCormick (2007), quando o autor retira da pretensão de justiça fundida no direito qualquer remissão a ideais qualitativos promotores de uma vida boa.

Segundo o que se pode depreender de *Institutions of Law*, não há razão para se pensar que o ideal de justiça adotado por MacCormick sirva como pressuposto qualitativo de realização pessoal dos integrantes da comunidade estatal. De acordo com o filósofo escocês, o entendimento a respeito da ordem normativa do direito deve se expressar em termos de funcionalidade de determinados valores, independentemente dos efeitos indesejados que eles, porventura, possam gerar (2007, p. 297).

Esse modelo de justiça, ancorado numa moralidade formal-abstrata que impele o indivíduo a agir sem qualquer consideração a respeito do que é bom e apreciável a partir da experiência concreta, parece ter se esgotado na tradição filosófica mais recente, especialmente, depois do pensamento de Axel Honneth (2003). De acordo com o filósofo alemão, não faz mais sentido apontar determinações acerca do que é correto fazer se, em última análise, o que for correto não for a melhor prática que se pode conceber (HONNETH, 2003). A reviravolta que Honneth (2003) faz na rígida tradição filosófica que separa moral e ética é responsável por mesclar traços característicos de ambas as tradições, de modo que o sistema conceitual proposto supere as deficiências em que as duas incorrem quando isoladamente consideradas.

Com base nesse entendimento, pensa-se ser possível superar a unilateralidade da posição de MacCormick e construir, a partir daí, um aparato metodológico mais atraente do ponto de vista ético e moral para o direito, aproveitando, contudo, a contribuição que filósofo do direito legou para o campo, especialmente com o conceito de ordem normativa institucional regenerado do desencantamento da ciência. A principal tarefa, aqui, será repensar as bases da teoria institucionalista de modo que a ordem normativa institucional, analisada a partir do pensamento de Axel Honneth, não se entregue indiscriminadamente à sorte ou ao azar das circunstâncias sociais, tal como o próprio MacCormick induz a pensar. Tampouco, deseja-se obter um modelo de ordem institucional que se renda à abstração moral impotente em atribuir um sentido concretamente bom e desejável para a prática do direito.

O sucesso dessa interpretação depende do sistema formal de eticidade proposto por Axel Honneth (2003), como se verá adiante. A partir do enfoque honnethiano, deseja-se atribuir um sentido justo à prática jurídica, no sentido

convencionalmente proposto, mas que sirva adicionalmente de ponto de partida para a emancipação pessoal dos indivíduos sujeitos a essa ordem.

3. EMANCIPAÇÃO INDIVIDUAL ATRAVÉS DA PRÁTICA INSTITUCIONAL

De acordo com Nancy Fraser (2003), a dicotomia forjada na filosofia ocidental entre ética e moral vem induzindo posicionamentos políticos fundados exclusivamente em uma ou outra orientação teórica básica. Isso se deve, segundo a autora, em razão de um progressivo afastamento conceitual entre ambas as matrizes teóricas que remonta aos escritos de Kant e Hegel.

Em geral, o alinhamento com a moral representaria, para os seguidores de Kant, uma aderência ilimitada a critérios formais de correção universal e de justiça, ao passo que aqueles que se filiam à corrente de pensamento hegeliano encontrariam nas ideias do concretamente bom e da vida boa correspondentemente critérios de validade teórica.

Com base nesse entendimento, Fraser (2003) explica que a moral determinaria o que é correto fazer de acordo com critérios formais desprovidos a priori de conteúdo. Por este mesmo motivo, a moralidade seria o único meio hábil para se atingir um juízo com validade universal. A ética, por outro lado, preocupada com aquilo que é concretamente bom, procuraria promover as condições qualitativas para florescimento humano em detrimento da fidelidade a requerimentos formais-abstratos de igual tratamento.

Todavia, a dicotomia que até então parecia dividir opiniões e posicionamentos teóricos encontra no pensamento de Honneth uma forma de temperamento, uma vez que, a partir da visão do autor, a não diferenciação entre a ética e a moral torna-se o fundamento de validade teórica de todo o processo de integração social (HONNETH, 1997). A perspectiva teórica inaugurada pelo autor lhe permite unir traços característicos de ambas as tradições filosóficas, de modo que a teoria nascente encontra fundamento não somente na noção de vida ética, mas também numa espécie de moral universalmente válida.

Para tanto, Honneth (2003) parte do pressuposto de que todo o processo de integração social deve se conectar à realização das condições formais práticas que levam o ser humano a desenvolver plenamente suas capacidades individuais e autonomia dentro da comunidade. A superação dessas condições, que se dá por meio do reconhecimento intersubjetivo da individualidade e autonomia do indivíduo nas esferas afetiva do amor, cognitiva do direito e expressiva da estima social, é responsável por resgatar um sentido ético associado a necessidade de conquista de uma vida boa (HONNETH, 2003).

No entanto, a aderência a um plano da vida ética aqui não indica necessariamente um alinhamento cartesiano com a corrente de pensamento formulada a partir das ideias de Hegel exclusivamente. A peculiaridade da teoria

honnethina está em conectar, de maneira inovadora, os pressupostos de realização de uma vida boa com um padrão abstrato-formal de justiça e moralidade (HONNETH; FARREL, 1997), como se verá mais adiante.

Essa inovação só é possível para Honneth, porque as condições de realização individual, identificadas nas sociedades contemporâneas, representariam aspectos meramente formais relacionados à constituição da identidade individual. Segundo Honneth (2003), as condições formais mencionadas constituiriam elementos comuns à formação da identidade pessoal dos indivíduos integrantes das sociedades ocidentais modernas e que, por isso, podem ser generalizados no âmbito dessas comunidades independentemente da diversidade de culturas locais.

Diferentemente dos partidários clássicos da ética, que advogam a realização de condições culturais qualitativas fortes, o sistema conceitual proposto pelo autor não associa as condições de realização da identidade do indivíduo com conteúdos culturalmente reproduzidos em determinadas sociedades.

A contribuição desse viés teórico para a análise da ordem normativa do direito se revela na hipótese de que, agora, tem-se um fundamento metodológico consistente de investigação cujo mérito está em superar a unilateralidade de um posicionamento exclusivamente ético ou moral. A unificação das duas antigas tradições de pensamento pode suprir as deficiências que ambas apresentariam em isolado.

De acordo com a orientação exposta, propõe-se, neste artigo, que o processo de formação das instituições deva guardar, analogamente, uma relação umbilical com as concepções de vida boa partilhadas na sociedade, se bem que afastadas de qualquer conteúdo cultural particular. Como não se deve privilegiar, em âmbito institucional, determinadas particularidades e formas de vida específicas, tal como decorre dos postulados da justiça e da moralidade, a análise meramente formal da vida ética serve como um pressuposto teórico consistente para se trabalhar a relação entre justiça e ética em meio institucional. A seguir explica-se em detalhes a contribuição do enfoque teórico proposto para o estabelecimento de uma teoria do direito ancorada na ideias de ética e justiça simultaneamente.

Para compor o paradigma teórico acima apresentado, cumpre iniciar a investigação a partir do que Axel Honneth entende como os pressupostos formais de realização do indivíduo. O filósofo começa seus estudos com a certificação de traços históricos presentes nas sociedades ocidentais, que o leva à constatação de que os indivíduos partilham características comuns em relação ao processo de autorrealização e construção de suas respectivas identidades. A principal característica observada, que posteriormente se desdobra por entre

todas esferas da vida social, é a dependência de uma acentuada intersubjetividade como fator de possibilidade da constituição do *Self* (HONNETH, 2003).

Partindo das propostas de Hegel e Mead, Honneth (2003) acredita que o processo de formação da identidade humana se dá de forma relacional, isto é, na medida em que o outro reconhece e é reconhecido, em meio a tensões comunicativas, como ser autônomo e individuado. Esse processo toma a forma de uma luta até que atinja a maturidade. É este o processo de luta por reconhecimento designado pelo autor.

De acordo com Honneth (2003), a luta por reconhecimento começa desde a primeira infância, quando o recém-nascido ainda depende da confirmação concreta de suas carências emotivas e fisiológicas. Nesse momento, começa todo um processo de percepção da autonomia individual, que se torna a base de futuras ligações emotivas, como a amizade, a relação sexual, o casamento.

Já na primeira infância, diz Honneth (2003), o bebê começa a tomar conhecimento da sua individualidade em relação a seu cuidador, por vias de um conflito marcado pela transição da simbiose à autonomia. O bebê, a princípio, vê seu primeiro cuidador como uma extensão de sua onipotência, na medida em que se sabe atendido, em relação às suas necessidades, pela dedicação afetiva da mãe geralmente. No entanto, com o passar do tempo, a mãe, que até então também se via fundida com o recém-nascido, em virtude da sua identificação projetiva com o bebê na gestação, retoma gradativamente sua autonomia de ação (HONNETH, 2003, p. 166). Este momento gera normalmente uma desilusão para a criança, que começa, a partir daí, a tomar consciência de sua própria autonomia.

Com ajuda de alguns conceitos da psicanálise, Honneth (2003) consegue identificar os primeiros traços da forma de uma luta por reconhecimento travada pelo bebê. É a partir dessa luta que a criança consegue tomar consciência da sua existência como um ser com direito próprio, isto é, com autonomia frente ao seu primeiro cuidador. É a experiência de uma etapa bem sucedida de tomada de consciência da autonomia do ser que funciona, para Honneth (2003), como a medida de autoconfiança necessária para a participação na vida pública.

A segunda forma de luta, qual seja, aquela pela conquista de direitos, se dá no nível cognitivo, ao contrário da primeira etapa cujo sucesso depende afetivamente dos cuidados da mãe em geral. Para transpor a segunda etapa de reconhecimento, o indivíduo precisa, cognitivamente, saber quais obrigações tem de observar em face do respectivo outro. Muito embora os aspectos que distinguem esta segunda forma de interação da primeira sejam substancial-

mente distintos, o mecanismo que explica a realização do indivíduo como sujeito de direito depende do mesmo padrão de socialização que a etapa primitiva exige, a saber, o reconhecimento recíproco.

Esta segunda forma de reconhecimento, entretanto, nem sempre se deu de maneira regular no curso da história, tal como acontece na primeira etapa. Isso é devido à forma de atribuição de direitos, que é sempre um fator contingencial e depende das categorias de direitos adjudicadas ao longo do tempo.

A estrutura da qual Honneth retira seu conceito de pessoa de direito nasce especificamente com o advento da modernidade. A passagem do tradicional ao moderno faz com que as categorias pós-tradicionalas da filosofia e da teoria política submetam o direito a pressões de fundamentação racional de modo que ele se torna dependente de um acordo universalizável, celebrado por indivíduos livres. A atribuição de direitos, que antes se encontrava vinculada ao papel social assumido pelo indivíduo na comunidade, deixa de estar fundido com o seu *status* e passa a se associar à capacidade abstrata que ele possui de consentir com normas morais.

Desta distinção entre o tradicional, vinculado ao status social, e o moderno, vinculado à liberdade que um indivíduo tem de se autodeterminar, nasce uma acepção do conceito de respeito na filosofia que se refere à realização do indivíduo como sujeito de direito livre. Esta acepção marca a aptidão que o indivíduo tem de realizar escolhas morais sem que os estamentos sociais, ao quais ele se vincula, o obriguem a adotar determinado posicionamento (HONNETH, 2003). Desta forma, o sujeito se vê respeitado se reúne as características que o habilitam a participar livremente da tomada de decisão moral naquilo que concerne à sua vida e à vida da comunidade.

Honneth (2003) explica que o que se entende pela capacidade de o sujeito realizar escolhas morais é determinado local e historicamente. A divisão entre direitos de liberdade individual, direitos políticos e direitos sociais é o exemplo utilizado pelo autor para demonstrar algumas das variações sofridas ao longo do tempo pelo que se concebe como sendo imputabilidade moral. De acordo com o autor, as categorias de direitos mencionadas foram surgindo ao longo dos séculos como resultado de uma pressão que a ordem normativa sofría para incluir como participante aqueles que se viam impossibilitados de exercerem sua autonomia moral. Se, num primeiro momento, bastava que o indivíduo se visse respeitado, no que diz respeito à sua liberdade de consciência e propriedade, posteriormente descobriu-se que era preciso adicionar a estes pressupostos os direitos políticos e, mais recentemente, os direitos sociais para que o sujeito tivesse condições práticas de assentir moralmente com a ordem normativa. Desta maneira, para que o indivíduo adquira o autorres-

peito atualmente, não basta que ele seja formalmente considerado como portador de direitos. É preciso que ele receba concretamente o nível de vida mí-nimo para isso (HONNETH, 2003).

O sistema conceitual que procura desnudar as características da autorrealização individual e, portanto, a conceituação formal de eticidade para Honneth (2003), não estaria completo sem uma terceira forma de reconhecimento intersubjetivo. É a categoria da estima social que ainda não se revelou como uma etapa independente no processo descrito.

De acordo com este padrão de reconhecimento, o indivíduo passa a alcançar a plena realização de si mesmo e, portanto, a conquista da sua identidade prática, quando se vê estimado concretamente pelas suas capacidades e contribuições individuais tomando por base um sistema de valores socialmente partilhado. Aqui também se encontra presente o mecanismo de troca de reconhecimento intersubjetivo que mediou as etapas anteriores de conquista da autorrealização individual.

O aparecimento da autoestima como uma etapa independente desse processo surge a partir do mesmo momento histórico pelo qual atravessou o direito moderno. Quando a atribuição de direitos individuais ainda estava acoplada ao papel social ocupado pelo indivíduo, a forma de estima recebida pelo sujeito estava também inteiramente dependente do grupo ao qual este sujeito pertencia. A estima social era, portanto, monopolizada pelos grupos tradicionalmente dignos de admiração.

Quando, entretanto, o quadro referencial de conceitos da filosofia moderna e da teoria política começa a investir contra este esquema monopolizador de estima, elevando princípios axiológicos até então excluídos da auto-compreensão cultural da comunidade, começa-se a dissolver o esquema de estima associado ao grupo. A estima, que antes era percebida coletivamente, e era designada pelo conceito de honra, transforma-se em reputação e prestígio, que, na modernidade, passam a ser experimentados individualmente.

Com essa mudança, transforma-se também a forma de relação positiva que o indivíduo experimenta consigo mesmo. Essa relação traduz-se, de acordo com Honneth (2003), em uma confiança emotiva na posse de capacidades estimadas pelos demais membros da sociedade. Correspondentemente aos conceitos de autoconfiança e autorrespeito, surge, agora, o conceito de autoestima para representar a terceira e última etapa de auto-relação prática.

Analistas em conjunto, as três etapas do reconhecimento recíproco constituem o que Honneth resolveu caracterizar como sendo a estrutura formal do processo de autorrealização individual e, portanto, o pressuposto de uma vida boa. Na medida que os seres humanos recebem assentimento intersubjetivo com respeito às características ligadas ao amor, aos direitos e a seus

valores pessoais, eles passam a se referir positivamente nas relações de auto-confiança, autorrespeito e autoestima respectivamente e conseguem, a partir daí, atingir a autorrelação prática.

Para o estudo das instituições, tem-se, com auxílio do sistema conceitual do filósofo, uma primeira indicativa do ideal que as instituições, em geral, devem perseguir. Se uma vida boa é dependente, no mínimo, de um esquema formal de troca de reconhecimento recíproco, a arquitetura das instituições deve, por isso, ser pensada de acordo com a necessidade de se favorecer um fluxo contínuo de troca de reconhecimento no que toca as dimensões afetivas do amor, a cognitiva do direito e a expressiva da estima.

Ao contrário de MacCormick (2007), por exemplo, que vincula a validade das prescrições institucionais a um padrão abstrato de moralidade articulado na esfera social, a teoria das instituições, com base no sistema conceitual honnethiano, afirma ser imprescindível que o conjunto de expectativas normativas da ação e, consequentemente, a interpretação das regras seja efetuada não em termos da funcionalidade de valores morais abstratamente considerados, mas, sim, em razão da persecução de um esquema formal de vida ética.

Dessa maneira, as práticas interpretativas a respeito do que constitui uma família, por exemplo, não se baseariam em rígidas regras costumeiras tão-somente, tal como já provou o paradigma institucional ao trazer para dentro da análise dos mecanismos de controle da sociedade todo um conjunto de valores moldados social e politicamente. Tampouco, estariam esses valores vinculados somente a uma abstração de imperativos morais a respeito do que é correto fazer sem qualquer consideração acerca do que é concretamente bom.

Os fundamentos e as práticas interpretativas a respeito do que é uma família estariam, para além dessas considerações, assentados numa concepção formal de vida boa capaz de proporcionar reconhecimento recíproco aos seus integrantes. Seria o amor o elemento capaz de reconhecer a natureza carencial e afetiva do indivíduo e, portanto, o elemento que lhe garantiria autoconfiança nesta etapa de percepção da autonomia do indivíduo (HONNETH; MARKLE, 2004). Veja-se que a troca recíproca de reconhecimento nesta etapa não determina, a priori, que tipo de relação há de se manifestar concretamente. A forma como o amor seria expresso dentro da rede institucional dependeria das condições histórico-culturais das comunidades envolvidas (HONNETH; MARKLE, 2004).

O mesmo aconteceria com o direito e com a estima social. No primeiro caso, a pergunta a respeito do direito e, consequentemente, do juridicamente válido deveria passar pelo mesmo critério pelo qual passou a família, a saber, a troca de reconhecimento recíproco. Ao se perguntar o que é direito, o jurista deve pensar, tanto em nível legislativo quanto em nível judiciário, em todo um

conjunto de práticas e expectativas interpretativas a respeito do que venha ser um sistema de direitos garantidor de autorrespeito. Somente quando a ordem jurídica e as instituições de direito efetivamente garantirem a possibilidade real de o indivíduo participar da escolha do futuro da comunidade é que se pode dizer que houve reconhecimento pessoal por meio da instituição do direito.

Igualmente na terceira etapa, a troca de reconhecimento recíproco pode ser regulada pelas instituições que permitem ao indivíduo a possibilidade de sentir-se estimado pelo grupo. Assim aconteceria com as instituições do trabalho, da escola, das associações e competições esportivas e artísticas, por exemplo. Nelas, deve-se garantir um mínimo de possibilidade de os indivíduos sentirem-se estimados por suas capacidades individuais.

Observa-se que, independentemente do modo como essas instituições são erigidas, a maioria delas é regulada pelo direito moderno. Chama-se atenção aqui para os conhecidos diplomas de direito de família, do trabalho, dos direitos políticos e de liberdades. Isso acentua a importância do direito na construção de instituições legítimas, tendo-se em conta o fundamento ético-moral aqui defendido.

A profundidade e extensão que o direito alcança ao regular as relações de família, de emprego, eleitorais e outras demonstra a importância deste instrumento para a condução de um processo pacífico de integração social. Como já observado, a regulação jurídica, agora, é dotada de uma finalidade ética, a qual prescreve que os indivíduos devem vislumbrar na instituição do direito e, consequentemente, nas instituições reguladas por ele, um espaço de emancipação individual e não meramente um catálogo de regras que lhes garanta segurança e previsibilidade. Tampouco deve-se conceber comandos assentados num conjunto meramente abstrato de valores que obriguem os cidadãos a fazer o certo sem que este desiderato apele a alguma etapa formal de constituição da identidade do indivíduo.

Seria esta exigência o elemento configurador de um conceito de moralidade institucional ancorado na ideia de uma vida ética (HONNETH; FARREL, 1997). O filósofo está consciente de que ao associar a persecução de uma vida boa à ideia de justiça e moralidade, ele introduz um elemento teleológico para a compreensão dos fenômenos sociais. Esta abordagem, entretanto, se diferencia de uma análise meramente consequencialista dos fatos observados. Segundo Honneth e Farrel (1997), a ideia de justiça, baseada no reconhecimento da dignidade do sujeito, encontra sustentação na ideia de que o direito do indivíduo é respeitado assim como o de qualquer outra pessoa. Esta análise se afasta de uma hipótese na qual a justiça é medida em termos de promoção de um estado de coisas apreciável em qualquer outro sentido.

Em linhas gerais, tem-se até aqui um bom motivo para associar a ideia de ordem normativa institucional à ideia de justiça e moralidade baseada na teoria do reconhecimento. Em primeiro lugar, o processo de formação das instituições, visto a partir deste viés, ganha um sentido bastante concreto, que determina que a ordem normativa deve facilitar, a partir de um conjunto coeso de ideias e expectativas da ação, um fluxo contínuo de reconhecimento que sirva de base para a autorrealização humana. Entretanto, apesar de introduzir um elemento ético para a análise metodológica, a teoria institucional não se deixa corromper por um ideal particularista de vida boa, uma vez que o sistema formal de eticidade de Honneth não determina a prevalência determinadas práticas culturais em detrimento de outras outra. Sua preocupação está em trabalhar, a partir de um ponto de partida comum, a interação entre diferentes concepções de vida e de mundo existentes num estado democrático de direito.

4. CONCLUSÃO

A presente pesquisa teórica cuidou de reconfigurar os fundamentos da tradicional teoria institucionalista de modo que eles possam servir como um aparato metodológico mais sofisticado para o conhecimento do direito moderno, levando-se em conta as demandas da justiça e, ao mesmo tempo, da ética num estado democrático de direito.

Em primeiro lugar, recorreu-se à teoria neo-institucionalista de MacCormick para distinguir o conceito de direito como ordem normativa institucional e o direito analisado a partir de uma perspectiva positivista. Nesse momento, constatou-se que a metodologia institucionalista representa um alargamento das bordas teórico-positivistas, na medida em que a ordem jurídica, para a primeira corrente, não se resume a um conjunto sistemático de regras estabelecidas. Muito embora a doutrina institucionalista não deixe de reconhecer a necessidade da sistematização para a criação do direito válido, esta corrente metodológica não restringe as técnicas de conhecimento do direito às normas e ao procedimento.

A metodologia institucionalista acredita que o direito é um exemplo de ordem normativa institucional. Uma ordem normativa é um conjunto de práticas e expectativas sociais às quais pode ser imputada uma gama de ações comuns produzidas por participantes dessa mesma prática. A possibilidade de coordenação bem sucedida da ação se deve, nesse caso, a um entendimento mais ou menos parecido, partilhado pelos integrantes da prática, acerca de um conteúdo básico que define o que venha a ser o correto a fazer. Todo esse conteúdo, uma vez articulado por meio do uso de regras e do recurso à autoridade, passa a ser institucionalizado, dando origem, assim, a uma ordem normativa institucional.

Restringir a definição de ordem normativa institucional a um conjunto de expectativas sociais, práticas e regras importaria, contudo, em correr o risco de se abandonar aquilo que de fato a ordem institucional representa para o processo de integração social pacífico e para a finalidade de autorrealização, a qual os indivíduos, em geral, estão empenhados em conquistar. Ainda que, para MacCormick (2007), o conjunto de elementos formadores da ordem institucional esteja ligado a imperativos de valor moral e de justiça, é preciso concebê-la a partir do seu potencial promotor de vida ética, muito embora não se queira associá-la aqui com qualquer conteúdo culturalmente predeterminado.

Para se evitar o risco de se identificar o teor normativo institucional, especialmente da ordem do direito, com um conjunto de práticas acidentalmente ditadas pelas paixões políticas de uma comunidade ou por um complexo de valores particulares, foi preciso investigar com mais rigor seu conteúdo ético latente, de modo a articulá-lo na composição de uma estratégia metodológica adequada para a investigação da ordem jurídica fundada num estado de direito plural.

A partir da teoria do reconhecimento de Axel Honneth, foi possível constatar que a ordem normativa do direito representa, além de um mecanismo de controle social, um espaço de emancipação individual. Nesse sentido, foi estabelecido que a ordem normativa institucional do direito deve derivar de um processo de busca contínua pelo reconhecimento da natureza carential e afetiva dos indivíduos, de sua necessidade de serem considerados sujeitos de direito livres, e da necessidade de serem estimados socialmente.

Dessa maneira, acredita-se que uma ordem institucional justa e, portanto, legítima seria aquela que possibilitasse ao indivíduo um fluxo contínuo de troca de reconhecimento intersubjetivo para que ele possa, em nível social e institucional, dispor das condições práticas que o levam a ter uma vida boa, nos termos de Honneth (2003).

A teoria de reconhecimento, aplicada à ordem normativa institucional, tem o mérito de articular uma concepção de instituição assentada num juízo ético a respeito da vida boa que os integrantes da prática social merecem ter. Apesar de possuir um tom demasiadamente particularista, a concepção de vida ética encampada pela ordem institucional não serve para subordinar determinadas formas e particularidades de vida. Isso é devido à preocupação de Honneth em se ater ao conteúdo formal de eticidade, independentemente de sua expressão cultural.

Nesse sentido, conseguiu-se obter, em linhas gerais, um panorama bastante atraente a respeito de um modelo de ordem normativa institucional compatível com o modelo de organização social que privilegia a formação plural da vontade pública e o respeito aos direitos individuais.

REFERÊNCIAS

- DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FRASER, Nancy. Recognition without ethics? **Theory, Culture & Society**, Vol. 18, nº 2-3, p. 21-42, 2001. Disponível em: <<http://tcs.sagepub.com/content/18/2-3/21>>. Acesso em: 11/09/ 2013.
- HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento:** a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução: Luiz Repa. Apresentação: Marcos Nobre. São Paulo: Editora 34, 2003.
- _____. Recognition and Justice: Outline of a plural theory of justice. **Acta Sociológica**, Vol. 47, nº 4, p. 351-364, 2004. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/4195049>>. Acesso em: 10/08/2013.
- HONNETH, Axel; FARRELL, John. Recognition and moral obligation. **Social Research**, Vol. 64, nº 1, p. 16-35, 1997. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/40971157>>. Acesso em: 10/08/2013.
- HONNETH, Axel; MARKLE, Gwynn. From struggles for recognition to a plural concept of justice: An interview with Axel Honneth. **Acta Sociologica**, Vol. 47, nº 4, Recognition, Redistribution and Justice, Dec., 2004. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/4195052>>. Acesso em: 28/08/2013.
- KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre.** Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.
- LA TORRE, Massimo. Institutional theories and institutions of law: On Neil MacCormick's Savoury Blend of Legal Institutionalism. In: DEL MAR, Maksymilian; BANKOWSKI, Zenon (Edit.). **Law as Institutional Normative Order**, Ashgate, 2009.
- MACCORMICK, Neil. Norms, institutions and institutional facts. **Law and Philosophy**, Vol. 17, nº 3, Maio, p. 301-345, 1998. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3504883>>. Acesso em: 28/08/2013.
- MACCORMICK, Neil. **Institutions of law.** New York: Oxford University Press Inc., 2007.
- TAYLOR, C. **As fontes do self:** A construção da identidade moderna. Tradução Adail Ubirajara Sobral; Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

* Recebido em 10 maio 2015.



QUESTÕES DE POLÍTICA E QUESTÕES DE PRINCÍPIO: O DIREITO À MORADIA E À PARTICIPAÇÃO POPULAR NA POLÍTICA DE URBANIZAÇÃO DO AGLOMERADO DA SERRA, EM BELO HORIZONTE

*Maria Tereza Fonseca Dias **
*Lorena Mello e Figueiredo ***

Resumo

Este trabalho analisa a relação entre questões de política e questões de princípio, a partir do estudo do caso da construção da Avenida do Cardoso no Aglomerado da Serra, em Belo Horizonte/MG, realizada no âmbito do Programa Vila Viva - política pública de habitação social e urbanização do Aglomerado desenvolvida pelo Município. Valendo-se da teoria de Ronald Dworkin, da coleta e análise de dados primários e secundários, questionou-se se as políticas públicas de urbanização de vilas e favelas devem ser pensadas exclusivamente em torno de argumentos de política - que se referem a objetivos adotados a partir de decisões políticas; ou se, pelo contrário, essas políticas envolvem direitos fundamentais dos moradores afetados e, nesse sentido, devem também ser pensadas em torno de argumentos de princípio. O estudo conclui que as políticas públicas de urbanização de vilas e favelas envolvem circunstâncias especiais, relativas a direitos fundamentais dos cidadãos - notadamente o direito à moradia e à participação popular e, extensivamente, o direito à cidade - devendo, portanto, ser pensada e implementada principiologicamente.

Palavras-chave

Políticas públicas urbanas. Questão de princípio. Direito à moradia. Direito à participação popular. Programa Vila Viva. Aglomerado da Serra.

MATTERS OF POLICY AND MATTERS OF PRINCIPLE: THE RIGHT TO HOUSING AND POPULAR PARTICIPATION IN THE URBANISATION POLICY IN SERRA`S SLUM, BELO HORIZONTE, BRAZIL

Abstract

This paper seeks to analyze the relationship between matters of politics and matters of principle, departing from the case study of the Cardoso Avenue, in Serra slum complex, in the

* Mestre e doutora em Direito Administrativo pela UFMG. Professora do Departamento de Direito Público da UFMG e dos cursos de graduação e pós-graduação stricto sensu da Universidade Fumec.

** Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestranda do Institute d'Études Politiques de Paris — Sciences Po Paris.

city of Belo Horizonte, Brazil, built under social housing and urbanization public policy named "Vila Viva" Program. By adopting the theory of Ronald Dworkin and analysis of primary and secondary data collected, it is asked whether slum upgrading policies should be thought exclusively in terms of political arguments - that refer to objectives adopted by political decisions -, or, on the contrary, these policies involve fundamental rights of the affected residents and, accordingly, should also be thought in terms of arguments of principle. The study concluded that public policy of slum upgrading involves special circumstances related to fundamental rights of slum householders - notably the rights to housing and popular participation, and extensively, the right to the city - and this type of policy, thus, should be thought and implemented in terms of principles.

Keywords

Urban public policy. Matters of principle. Right to housing. Right to popular participation. Vila Viva Program.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho buscou analisar a relação entre questão de princípio e questão de política — distinção trazida por Ronald Dworkin e desenvolvida adiante — e avaliar juridicamente a correção da política pública de habitação social e urbanização¹ de vilas e favelas do Programa Vila Viva, executada pelo Município de Belo Horizonte/MG no Aglomerado da Serra, com foco na obra da Avenida do Cardoso - responsável por grande parte dos recursos públicos investidos e pela remoção de centenas de famílias. A escolha do estudo do caso desta intervenção deveu-se ao fato de a mesma ter sido considerada, na execução do citado Programa, o “[...] elemento definidor da nova configuração espacial do Aglomerado.”²

De acordo com a teoria dos princípios de Ronald Dworkin, o ordenamento jurídico compõe-se de normas, que, por sua vez, dividem-se em regras e princípios. As regras são aplicadas na maneira da disjunção excludente “tudo ou nada” e os princípios possuem a “dimensão do peso ou importância”.³ Assim, num ordenamento de princípios, mesmo as regras devem ser lidas principiologicamente.⁴ Neste sentido, o Direito é tratado como conjunto coerente de princípios.

¹ Alguns autores, como José Afonso da Silva, preferem adotar o termo “urbanificação” ou “reurbanização” para se referir às políticas públicas que promovem intervenções urbanísticas em vilas e favelas. (SILVA, 2008, p. 26-27) Contudo, neste trabalho será utilizado o termo “urbanização”, por não se entender ser esse uso inapropriado ou ideológico. Não se está aqui a dizer que as vilas e favelas só se tornam lugares “urbanizados” após as intervenções pública, isto é, que a condição de urbanidade só seria adquirida após a transformação heterônoma e normalizante do espaço. Pelo contrário, entende-se que as vilas e favelas já são lugares urbanos e que urbanização não significa a transformação do não-urbano em urbano, mas sim se refere a intervenções de caráter arquitetônico-urbanístico no espaço.

² SILVA, 2013, p.167.

³ DWORKIN, 2007, p. 291.

⁴ CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 32-33.

Dworkin distingue também princípios e políticas (*policies*). Estas são definidas como “[...] aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade.”⁵ Já o princípio é “[...] um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, social ou política considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.”⁶ Assim, os argumentos de política giram em torno de objetivos, ao passo que os argumentos de princípios envolvem direitos concretos institucionais e jurídicos.⁷ Os argumentos de caráter técnico, por sua vez, nada mais são que justificativas políticas para decisões políticas, ou seja, argumentos de política.⁸ Neste contexto, somente direitos jurídicos e institucionais caberiam no âmbito da discussão deste trabalho.

Dworkin defende a prevalência dos argumentos de princípios, que remetem aos conteúdos morais dos direitos fundamentais, sobre a argumentação teleológica e pragmática de políticas, que giram em torno de objetivos.⁹

Considerando esta teoria e, a partir de levantamento de dados bibliográficos, documentais (tais como programas, projetos, atividades e contratos administrativos da Prefeitura de Belo Horizonte) e de relatórios de pesquisa de campo do Programa Vila Viva foi promovido o estudo do caso da Avenida do Cardoso. Como hipótese de investigação supôs-se que uma política pública (*policy*) de requalificação urbanística, ambiental e de regularização fundiária envolve circunstâncias especiais, relativas a direitos fundamentais dos cidadãos (*principle*), tais como o direito à moradia adequada e à participação popular e, extensivamente, o direito à cidade.

Visando testificar esta suposição crítica bem como a possível violação aos direitos fundamentais envolvidos nesta política pública de urbanização,

⁵ DWORKIN, 2002, p. 36.

⁶ DWORKIN, 2002, p. 36.

⁷ Nesse sentido, Dworkin diferencia direitos abstratos, que enunciam objetivos políticos gerais, de direitos concretos, que enunciam “[...] objetivos políticos definidos com maior precisão, de modo que expressam com mais clareza o peso que possuem, quando comparados a outros objetivos políticos em ocasiões específicas.” (DWORKIN, 2002, p. 146). Também direitos institucionais – que “[...] oferecem uma justificação para uma decisão tomada por alguma instituição política específica” – de direitos preferenciais, que “[...] fornecem uma justificação para as decisões judiciais tomadas pela Administração em abstrato” (DWORKIN, 2002, p. 145). Ainda dentro dos direitos institucionais, os mesmos podem ser jurídicos e são compreendidos como “[...] uma função, ainda que muito especial, dos direitos políticos” (DWORKIN, 2002, p. 165) e não jurídicos.

⁸ Sobre argumentos de política, elucidativa a explicação de Dworkin: “Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política.” (DWORKIN, 2002, p. 129).

⁹ CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 58.

foram delineados, primeiramente, os contornos do caso da construção da Avenida do Cardoso no Aglomerado da Serra, em Belo Horizonte. Em seguida, o caso foi analisado sob o ponto de vista da sua correção normativa, discutindo-se também os conceitos de discricionariedade administrativa e de interesse público legítimo.

2. O AGLOMERADO DA SERRA E A AVENIDA DO CARDOSO

O Aglomerado da Serra localiza-se na encosta da Serra do Curral, no limite sudeste do município de Belo Horizonte, fazendo fronteira tanto com os bairros populosos do sudeste da cidade — Serra, São Lucas, Paraíso e Novo São Lucas — como com os vazios urbanos do Parque das Mangabeiras e do Hospital da Baleia. É formado pelas Vilas Cafetal, Marçola, Nossa Senhora da Aparecida, Nossa Senhora da Conceição, Nossa Senhora de Fátima, Novo São Lucas e Fazendinha. Segundo dados do Censo de 2010, divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) por meio da análise *Aglomerados subnormais*, a população total das sete vilas é de 38.225 habitantes, o que caracteriza o Aglomerado da Serra como o maior de Belo Horizonte.¹⁰ Além da divisão territorial demarcada principalmente pelo sistema viário ou por barreiras naturais, principalmente pelos cursos d'água, as vilas possuem processos de ocupação diferenciados. Ao longo das décadas, as características da ocupação do Aglomerado da Serra foram se alterando, seja naturalmente, por processos de intervenção no espaço promovidos pelos próprios moradores, seja por obras planejadas do Poder Público.

De 1998 a 2001, a Companhia Urbanizadora de Belo Horizonte (URBEL) elaborou o Plano Global Específico (PGE) do Aglomerado da Serra, que contém um conjunto de intervenções urbanísticas estruturantes e específicas para o local.¹¹ Por ser um plano de implementação progressiva e contínua, o PGE de cada vila ou favela não é atualizado ou reelaborado pela URBEL ao longo dos anos. O PGE do Aglomerado da Serra, concluído em 2001, ainda hoje serve de diretriz para os projetos de reestruturação urbana no local, mesmo que a realidade do Aglomerado não seja mais a mesma.

A Avenida do Cardoso se destaca como a principal intervenção de grande porte prevista neste PGE, na área do urbanismo, para reestruturação do sistema de referências e do sistema viário, com o objetivo de aumentar a

¹⁰ Segundo dados divulgados por Thiago Lemos, Belo Horizonte tem 13% da população em favelas, índice superior ao de São Paulo. (LEMOS, 2012)

¹¹ Para uma discussão mais completa sobre o processo de planejamento e execução de obras de intervenção em vilas e favelas de Belo Horizonte, partindo do PGE como instrumento básico de planejamento, ver: CONTI, 2004. Também: KAPP; BALTAZAR, 2012.

integração física e social do Aglomerado da Serra e deste com os bairros vizinhos.¹² Desde 1996, ela já havia sido pensada como parte componente do projeto da Via 276, que conectaria as Avenidas Mem de Sá e Bandeirantes. O projeto de construção da Avenida foi discutido pelos técnicos da Prefeitura de Belo Horizonte, principalmente da URBEL e da Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte (BHTRANS), como via de ligação entre as regiões centro-sul e leste de Belo Horizonte e, nesse sentido, como solução estratégica para “desafogar o trânsito” e interligar bairros nobres da cidade.¹³

Em que pese o relatório de diagnóstico deste PGE mencionar a possibilidade de dois traçados para a via - que seriam discutidos de forma conjunta entre população e poder público municipal - ¹⁴ esse debate não chegou a ser feito. Ademais, não se tem notícia de que essa questão tenha sido abordada nas reuniões do Grupo de Referência do Aglomerado, nem posteriormente, quando da execução do projeto.¹⁵ Nesse sentido, o depoimento de uma moradora: “Pra nós que moramos aqui, cada dia do Vila Viva era uma surpresa. [...] Começaram a obra da Avenida, em momento nenhum, nenhum, nenhum a população sabia qual ia ser o traçado dessa avenida.”¹⁶

Classificada pelo PGE como de caráter emergencial, a obra foi inserida no Lote I da licitação realizada em 2004, para execução do projeto de urbanização do Aglomerado da Serra.¹⁷ Os recursos para a realização deste projeto advieram de financiamento do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), pela linha Projeto Multissetorial Integrado (PMI), e foram alocados no orçamento municipal de habitação.¹⁸ Em 2005, com o lançamento do Programa Vila Viva, as intervenções urbanísticas previstas no PMI-Serra passaram a ser contabilizadas pela Prefeitura como resultados do Programa.¹⁹ Apesar de o Programa Vila Viva configurar-se como proposta de intervenção estruturante que integra ações de urbanização, desenvolvimento

¹² BELO HORIZONTE, 2001. p. 20.

¹³ BELO HORIZONTE, 2000, p. 85.

¹⁴ BELO HORIZONTE, 2000, p. 34.

¹⁵ PROGRAMA PÓLOS DE CIDADANIA, 2011a, p. 229-243.

¹⁶ PROGRAMA PÓLOS DE CIDADANIA. *Uma avenida em meu quintal*. Vídeo documentário. 2011b.

¹⁷ BELO HORIZONTE. 2004. p. 12

¹⁸ Os recursos foram alocados sob as rubricas 0904.16.482.0641-2074.4.90.51.04-04.00 e 0904.16.482.0651-231.4.4.90.51.04-04.00 (BELO HORIZONTE, 2004, p. 12). De forma sucinta, quanto à primeira rubrica, isso significa que os recursos foram inseridos na função Habitação (16), Subfunção Habitação Urbana (482), no programa de geração de habitações urbanas populares (064), e no programa finalístico de implantação de habitações populares (1.207). Quanto à segunda rubrica, “065” corresponde ao programa de “Qualificação Habitacional em Vilas, Favelas e Áreas de Interesse Social”, na ação “Melhorias Urbanas em Favelas” (1-231) (BELO HORIZONTE. 2007, p. 62).

¹⁹ Ver, neste sentido: VERRISSIMO, 2014, p. 39-48.

social e regularização fundiária em vilas e favelas,²⁰ as verbas do projeto da Avenida do Cardoso continuaram alocadas no orçamento municipal de habitação.²¹ O consórcio vencedor da licitação, Camargo Corrêa/Santa Bárbara, passou a executar as obras do Lote I em 2005, tendo concluído a Avenida do Cardoso em dezembro de 2008.

Com 1,6km de extensão, 16m de largura e muros de contenção que chegam a 10m de altura em alguns pontos, a via mais se assemelha a um “túnel a céu aberto”. Como descrito por Margarete Silva: “Não há nada além de pistas de rolamento, *guard-rails*, contenções, cercas e exíguas calçadas confinadas entre esses elementos.”²² A via destina-se prioritariamente ao uso de veículos para transporte individual e trânsito de passagem, não se configurando como elemento de mobilidade para os moradores: não há linha de transporte coletivo, nem ciclovias e as calçadas são temidas por favorecem emboscadas.²³ Como bem sintetizou um dos moradores do Aglomerado: “Nós podemos até chegar aqui de ônibus ou de carro. Isto melhora. Mas aqui dentro a gente anda é a pé. O acesso melhorou, mas a mobilidade piorou.”²⁴ Tanto a via tem esse caráter de passagem e circulação, não integrado ao cotidiano do Aglomerado, que poucas casas ficaram voltadas para a avenida²⁵ e as novas unidades habitacionais verticais formam um “[...] obstáculo à visualização da favela, principalmente para aquele que se desloca de carro.”^{26 27}

Quanto aos custos, o valor gasto na obra da Avenida do Cardoso foi de aproximadamente R\$50 milhões, sendo cerca de R\$ 25 milhões na via, R\$12 milhões nas barragens e R\$15 milhões nas unidades habitacionais construídas em função da realocação de famílias para as obras.²⁸ Deste modo, incorporados os gastos com remoção e realocação de moradores, o conjunto de obras da

²⁰ MELO, 2009, p. 119

²¹ Com a inserção das obras de urbanização do Aglomerado da Serra no bojo do Programa Vila Viva, foi alterada a classificação orçamentária dos recursos, para 0900.0006.16.482.225.1.305.449051, fonte 04.18 (BELO HORIZONTE, 2010). A classificação funcional-programática manteve-se na função habitação e na subfunção habitação urbana (16.482). Observa-se que, se os programas mudaram ao longo dos anos, de produção de moradias (064) e qualificação habitacional (065) para Programa Vila Viva (225), a função manteve-se “Habitação”. Ou seja, a área de ação governamental em que se insere o projeto de urbanização do Aglomerado da Serra é a habitação.

²² SILVA, 2013, p. 168.

²³ SILVA, 2013, p. 168.

²⁴ MELO, 2009, p.176, grifo do original.

²⁵ MELO, 2009, p. 176.

²⁶ GOMES, 2009, p. 9.

²⁷ No mesmo sentido, é o relato de uma das entrevistadas pelo Programa Pólos de Cidadania em 2011: “Então o Vila Viva não é uma obra para a comunidade, não a comunidade da Serra, pode ser para a comunidade de Belo Horizonte no geral, pode ser para o bairro Serra. Essa obra facilitou o acesso dos moradores da região leste para a região sul. [...] Então qual foi o benefício para a comunidade? Fizeram uns predinhas para servir de barreira para os de baixo não verem a ‘feira’ da favela.” (PROGRAMA PÓLOS DE CIDADANIA, 2011, p. 151).

²⁸ MELO, 2009, p. 184, nota 102.

Avenida do Cardoso concentrou boa parcela do total de R\$ 161.826.815,68 investidos no Lote I do PMI-Serra.²⁹

Assim, nota-se que intervenção da Avenida do Cardoso foi inserida no PGE como solução eminentemente técnica, sem qualquer tipo de envolvimento ou participação dos moradores. Além de não ter surgido como demanda popular e de não ter sido debatida com a população, também não foi diretamente dirigida aos moradores do Aglomerado mas sim como benefício geral à mobilidade urbana da cidade, o que fica evidenciado pelas próprias características — pistas largas, muros de contenção, calçadas estreitas, sem ciclovias — e pelo uso voltado ao transporte individual motorizado, sem linhas de ônibus. De fato, como bem descreveu Izabel Melo, “[...] para atendimento somente à favela, para acessibilidade e mobilidade de seus moradores, bastaria uma via bem mais estreita e com impacto e custo bem menos significativos.”³⁰

Considerando que essa obra não se destinou à melhoria das condições habitacionais dos moradores do Aglomerado da Serra, questiona-se, primeiramente, se poderia ter sido executada no orçamento municipal de habitação— como de fato o foi. Em segundo lugar, pergunta-se se esse recurso não deveria ter sido investido em melhorias habitacionais para a população local, ainda mais considerando que advieio do orçamento de habitação, inserido em programa de melhorias habitacionais em vilas e favelas. Além disto, deve-se problematizar se uma via com essas características afigurava-se importante para a cidade e necessária de ser implantada. E caso a resposta a esta última questão seja positiva, se o custo deveria ter sido subtraído dos investimentos previstos para as favelas.³¹

A partir do relato do caso, passa-se a analisar se a execução do Programa Vila Viva no Aglomerado da Serra, referente a urbanização de vilas e favelas, deve ser pensada exclusivamente em torno dos objetivos adotados a partir de decisões políticas (argumentos de política) ou se, ao contrário, por envolverem direitos fundamentais dos moradores afetados, esta política pública deve também ser pensada em torno de argumentos de princípio.

3. UMA QUESTÃO DE PRINCÍPIO: O CASO À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ronald Dworkin, ao afirmar em sua obra *Uma questão de princípio* que a “[...] prestação jurisdicional substantiva no Direito é uma questão de princípio”,³² traz à tona exemplo interessante sobre a relação entre decisões políticas substantivas e processuais. Segundo o autor, “[...] é incontrovertido (acho) que

²⁹ BELO HORIZONTE, 2010.

³⁰ MELO, 2009, p. 178.

³¹ MELO, 2009, p. 178.

³² DWORKIN, 2000, p. 113

a decisão de construir ou não uma estrada numa certa direção é, na ausência de circunstâncias especiais que suponho não terem estado presentes [no caso Bushell], uma questão de política.”³³ Ao apresentar esse problema, Dworkin afirma que nenhum indivíduo ou grupo teria qualquer direito contra essa decisão, pois, sendo do interesse geral do público, a decisão de construir uma estrada em certa direção estaria *per si* correta.³⁴ O modo de execução do projeto seria determinado pela Administração Pública, em atenção, claro, à participação popular. Em se tratando de uma questão de política, caberia a indivíduos e grupos discuti-la amplamente na esfera política, por meio de audiências públicas, debates, dentre outros mecanismos de participação. Contudo, não caberia a eles discuti-la no âmbito do Poder Judiciário, isto é, não haveria como fazer frente a essa decisão valendo-se de direitos, pois não haveria uma questão de princípios envolvida.

Neste sentido, o questionamento quanto à direção da estrada — leia-se: quanto à forma de execução de políticas públicas —, na ausência de circunstâncias especiais, não constituiria uma questão de princípios, mas tão somente uma questão de política. Aprofundando a complexidade contida nessa afirmação e talvez aqui avançando no próprio argumento de Dworkin, afirma-se que, no caso da política de urbanização do Aglomerado da Serra, há circunstâncias especiais que informam direitos fundamentais de indivíduos ou grupos contra decisões de índole técnica, que para o autor são decisões de caráter político. Assim, há no caso uma questão de princípios.³⁵

Como na teoria de Dworkin princípios jurídicos enunciam direitos e obrigações jurídicas, não há que se falar em poder discricionário em sentido forte para decisão de casos difíceis. Assim, para Marcelo Neves, “Embora os princípios possam ser imprecisos semanticamente, não se prestam a oferecer opções para discricionariedade.”³⁶ Partindo da concepção do direito como integridade,³⁷ desponta para o intérprete do direito o dever de ler o caso concreto principiologicamente. A decisão de casos difíceis com base em princípios

³³ DWORKIN, 2000, p. 115.

³⁴ DWORKIN, 2000, p. 115.

³⁵ Pode-se entender com Ronald Dworkin (2007) que “direitos fundamentais” e “princípios” são termos com acepções semelhantes. Também nesse sentido: Carvalho Netto; Scotti (2011, p. 32-33).

³⁶ NEVES, 2013, p. 21.

³⁷ A integridade é posta como ideal político a requerer que os padrões normativos da comunidade sejam constantemente elaborados e compreendidos de maneira a expressar um único esquema coerente de relação entre justiça e equidade. Essa comunidade, segundo Dworkin (2007), corresponde a um modelo ideal – i.e., contrafactual – de comunidade política pluralista, chamado de comunidade de princípios. Segundo leciona Maués, ao assumir o compromisso de desenvolver e interpretar o direito de modo principalista, os membros de uma comunidade de princípios aceitam a integridade como ideal político distinto, mesmo que divirjam sobre questões de moralidade política (MAUÉS, 2012, p. 607).

fundamenta-se em exigências de justiça e equidade, e não em preferências políticas ou valores pessoais do julgador.

No que se refere à decisão judicial, essa questão já está bastante pacificada, sendo a teoria jurídica do positivismo considerada superada. Entretanto, no âmbito da decisão dos agentes públicos acerca da execução de políticas públicas, a ideia de discricionariedade ainda persiste. Entende-se estes agentes têm certo grau de discricionariedade para decidir qual a melhor forma de planejamento e execução de políticas públicas, com base em juízo de conveniência e oportunidade.³⁸ Considerando que os instrumentos jurídicos não são hábeis, por si sós, a sopesar escolhas técnicas do administrador, relega-se a ele um campo de atuação discricionária, fundado em “critérios não positivados”.³⁹

Autores como Celso Antônio Bandeira de Mello, defendem a existência da discricionariedade administrativa, ainda que tendente a zero.⁴⁰ Segundo essa visão, a norma pode indicar, em abstrato, mais de uma escolha possível, mas, diante das circunstâncias do caso concreto, o intérprete pode encontrar apenas uma solução correta, ou seja, não haveria, de fato, discricionariedade *in actu*.⁴¹ Mesmo nesse esquema de discricionariedade tendente a zero, o gestor público teria, em alguns casos, liberdade de escolha para agir, fundada em juízo de conveniência e oportunidade. Para Bandeira de Mello, a liberdade de escolha pautada pela discricionariedade administrativa estaria limitada ao atendimento de finalidade de interesse público concreto.⁴² No mesmo sentido, também o trabalho de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, segundo o qual “[...] a discricionariedade é uma competência para definir administrativamente, no caso, o interesse público.”⁴³

Por outro lado, alguns teóricos já se levantaram contra o conceito de discricionariedade, percebendo que vem sendo usado, a bem da verdade, para obstaculizar a participação dos cidadãos na Administração e o controle pleno da atividade administrativa.⁴⁴ Mais das vezes, a escolha fundada em argumentos técnicos serviria para rechaçar argumentos de princípios formulados por cidadãos ou defendidos por juízes.

Ora, se a Administração definiu o interesse público no caso concreto, com base em sua competência discricionária, então não caberia a ninguém questioná-la. Esse argumento é aqui reputado falacioso: primeiro, porque não trabalha de forma satisfatória a diferença entre regras e princípios e o conceito

³⁸ DIAS; OLIVEIRA; NAIMEG, 2008, p. 8.

³⁹ DIAS; OLIVEIRA; NAIMEG, 2008, p. 8.

⁴⁰ DIAS; OLIVEIRA; NAIMEG, 2008, p. 10-11.

⁴¹ DIAS; OLIVEIRA; NAIMEG, 2008, p. 10-11.

⁴² MELLO, 2012, p. 440-442.

⁴³ MOREIRA NETO, 1992. p. 49.

⁴⁴ BUCCI, 2002. p. 265-266.

de interesse público, e depois porque ignora a busca pela efetivação de direitos fundamentais como fundamento e finalidade das políticas públicas.

4. DO INTERESSE PÚBLICO LEGÍTIMO

Em primeiro lugar, o argumento acima apresentado subverte o conceito de interesse público, ao confundi-lo com interesse estatal. O fato de a titularidade do interesse público ser conferida ao Estado não significa que o interesse público corresponda aos interesses do Estado, nem do aparato administrativo estatal, muito menos aos interesses privados dos agentes públicos.⁴⁵ Ademais, não existe o interesse público, apenas interesses públicos, no plural.⁴⁶ O interesse público não é aquele definido de forma unilateral pela Administração Pública, mas sim de forma dialógica com a população, abrangendo todas as questões pertinentes ao caso, inclusive as consideradas técnicas, pois “[...] nenhum tema do mundo da vida pode ser afastado da tematização democrática na esfera pública, por mais pretensamente técnico que seja.”⁴⁷ Desse modo, “[...] somente é passível de ser tido como legítimo o interesse público que é erigido do debate [...] entre todos os interessados na sua formulação e implementação.”⁴⁸

No caso ora em análise — de formulação e execução de política pública de urbanização no Aglomerado da Serra — verificou-se que a Administração Municipal decidiu, de forma unilateral, com fundamento em argumentos técnicos, construir larga avenida no Aglomerado, com a função estratégica de interligar regiões nobres da cidade, sem que se buscasse dar efetividade ao direito à moradia dos que ali residiam. Essa questão se agrava ainda mais se considerarmos que, para construção da via, houve elevados gastos de verbas do orçamento municipal de habitação, como já demonstrado, e alto número de remoções, como será discutido adiante. Trata-se de satisfação do interesse estatal — justificada nos documentos oficiais e na propaganda da Prefeitura de Belo Horizonte como satisfação do interesse público, genericamente considerado —, sem que o interesse público concreto dos envolvidos viesse a ser definido.

Como visto, a participação popular no âmbito do PGE, seja por meio do Grupo de Referência⁴⁹ ou de assembléias gerais, limitou-se a um canal unilateral de repasse de informações sobre decisões já tomadas.⁵⁰ Tampouco houve

⁴⁵ JUSTEN FILHO, 2006, p. 38-40.

⁴⁶ JUSTEN FILHO, 2006, p. 43-44.

⁴⁷ PINTO, 2010, p. 108.

⁴⁸ PINTO, 2010, p. 79.

⁴⁹ De acordo com a pesquisa do Programa Pólos de Cidadania, “[...] os GRs não foram suficientes para levar as demandas da comunidade para a URBEL ou repassar para a comunidade as informações das reuniões de planejamento.” (PROGRAMA PÓLOS DE CIDADANIA, 2011a, p. 232).

⁵⁰ SILVA, 2013, p. 139-140.

participação popular na definição do traçado da Avenida do Cardoso ou em discussões que envolvessem a implantação da obra. Ademais, a construção da Avenida não figurou como demanda popular, como se vê nos róis de demandas populares levantados no relatório de diagnóstico do PGE,⁵¹ ao passo que intervenções pleiteadas pela população, como a construção de praças e equipamentos de lazer e a urbanização de becos, não foram concretizadas, ou não ao menos de maneira satisfatória.⁵² Ou seja, nos parcos canais de participação institucionalizada existentes, a discussão se deu de forma limitada, em que pese a premissa participacionista adotada pela Administração Pública municipal.⁵³ Esta, por sua vez, valeu-se de sua pretensa discricionariedade e da suposta superioridade do saber técnico para travar os debates.⁵⁴

Com isso, o interesse público concreto não veio a ser realmente definido no caso, ainda mais considerando que deveriam ter sido debatidas, principalmente, melhorias nas condições habitacionais dos moradores do Aglomerado, o que, de resto, não ocorreu. Por fim, o interesse público legítimo no caso concreto não se justifica por si só, nem por argumentos pretensamente técnicos, mas só na medida em que é compatível com os direitos fundamentais,⁵⁵ como se esclarecerá a seguir.

5. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO FUNDAMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Políticas públicas voltadas à efetivação progressiva de direitos sociais envolvem “circunstâncias especiais”, para retomar o exemplo de Dworkin, as quais guardam relação com os direitos fundamentais que justificam a própria consecução da política pública. De fato, “[...] a formulação e a execução de políticas públicas são deveres estatais inseridos na sistemática constitucional de condensação de direitos fundamentais.”⁵⁶

A finalidade da política pública de cunho prestacional é dar máxima efetividade a direitos fundamentais dos envolvidos, dizendo respeito, portanto,

⁵¹ BELO HORIZONTE, 2000. p. 36.

⁵² Segundo relatos de moradores afetados pelas intervenções do Programa Vila Viva: “[...] o maior percentual gasto no Vila Viva foi para a construção da avenida do Cardoso. A Avenida não foi feita para a comunidade. Tiraram uma migalha desse percentual para a reforma dos becos. Uma reforma, na maioria das vezes, incompleta, uma reforma que não facilitou o acesso das pessoas e que não foi o prometido, nem o esperado. A comunidade queria o alargamento das vias de acesso da comunidade, das ruas que a comunidade usa. A Bandoneon continua estreita, a rua da Volta continua o caos, o inferno ou pior; na Flor de Maio não fizeram nada; na Nsa. Sra. de Fátima somente um pedacinho perto da Cardoso, o restante é o caos também.” (PROGRAMA PÓLOS DE CIDADANIA, 2011a, p.151).

⁵³ PROGRAMA PÓLOS DE CIDADANIA, 2011a, p. 231.

⁵⁴ KAPP et al. 2012. p. 4.

⁵⁵ JUSTEN FILHO, 2006, p. 46.

⁵⁶ PINTO, 2010, p. 148.

mais a direitos do que a objetivos. Com isso, pode-se entender que a formulação e a execução de políticas públicas de cunho prestacional (*policies*) no limite sempre se fundamentam na busca pela efetivação de direitos fundamentais sociais (*principle*).

Assim, os cidadãos podem usar argumentos de princípios no âmbito dessas decisões, mostrando como elas respeitam ou não os seus direitos fundamentais individuais ou coletivos.⁵⁷ Os argumentos técnicos, por sua vez, ao justificar-se com base em direitos da comunidade como um todo – ou seja, na satisfação do interesse público genérico – acabam por revelar pretensões ou valores particularizados e, desse modo, falham em formar um conjunto coerente de argumentos com pretensão universalizante sobre todas as decisões. A seguir, será discutido, em termos principiológicos, como se deu a violação de direitos fundamentais na formulação e execução da política pública de urbanização do Aglomerado da Serra.

6. DAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Partindo da compreensão de que toda política pública de cunho prestacional envolve direitos fundamentais, tem-se que a política pública de urbanização do Aglomerado da Serra — desde a elaboração do PGE em 1998 até os dias atuais, com o Programa Vila Viva —, envolve o direito à moradia, à participação popular e o direito à cidade dos moradores do Aglomerado. Segundo essa premissa, os moradores têm, então, direito a uma política pública de urbanização que efetive esses seus direitos.

Como já se espera ter demonstrado suficientemente bem a esta altura do trabalho, não houve participação popular legítima e autônoma na elaboração e na execução da política. Não houve diálogo para satisfatória definição, em conjunto entre população e Administração Pública, do interesse público no caso concreto. Mais especificamente, a decisão de construir a Avenida do Cardoso se deu de forma unilateral, com fundamento em argumentos pretensamente técnicos, que se prestaram a afastar qualquer envolvimento dos moradores nessa decisão. Além de a participação popular não ter se efetivado em conformidade com as diretrizes do PGE, tampouco se prestou à ampliação da autonomia coletiva. Desse modo, ficou consubstanciada a violação aos direitos à participação popular e à cidade.

Quanto à violação ao direito à moradia e, correlatamente, ao direito à cidade, já se adiantou, no item sobre interesse público, que a decisão de construir a Avenida do Cardoso não buscou dar efetividade a esses direitos. Essa afirmação pode ser comprovada com base nos gastos de verbas do orçamento

⁵⁷ DWORAKIN, 2002, p. 129.

municipal de habitação para construção da Avenida, no alto número de remoções realizadas⁵⁸ e nas próprias características e usos da Avenida.

A partir da classificação funcional programática do orçamento público e da alocação das despesas no orçamento municipal, a política pública de urbanização do Aglomerado da Serra e os recursos a ela destinados foram tratados como política pública habitacional⁵⁹, vez que a despesa foi classificada, conforme numeração indicativa entre parênteses, na função “Habitação” (16), subfunção “Habitação Urbana” (482). Dentro dessa função, inseriu-se, de início, nos programas de geração de habitações urbanas populares (064) e qualificação habitacional em vilas e favelas (065). O objetivo desses programas é “vabilizar a produção de unidades habitacionais urbanas para a população de baixa renda, minimizando o déficit habitacional no município” (064) e “melhorar a qualidade de vida dos moradores de vilas, favelas e áreas de interesse social, através da regularização urbana e fundiária dos assentamentos e da promoção do desenvolvimento sócio-econômico dessa população” (065).⁶⁰ Posteriormente, o projeto de urbanização do Aglomerado da Serra passou a ser inserido no Programa Vila Viva (225), que tem como objetivo “[...] melhorar a qualidade de vida dos moradores”, por meio da realização de ações de urbanização, “[...] com obras de saneamento, construção de unidades habitacionais, eliminação de risco geológico muito alto, reestruturação do sistema viário, urbanização de becos, implantação de parques e regularização de domicílios.”⁶¹

Pela leitura dos objetivos dos programas, vê-se que projetos ou ações inseridos em seu bojo deveriam voltar-se à melhoria da qualidade de vida dos moradores do Aglomerado, principalmente no que se refere às suas condições de habitação. Constitui-se verdadeira obrigação do Estado, vez que os direitos fundamentais sociais, como o direito à moradia, não são normas que expressam meras intenções do governo ou normas-programa, mas sim normas dotadas de eficácia imediata (artigo 5º, §1º da Constituição da República).⁶² O Estado tem a obrigação de reconhecer a máxima eficácia possível a esses direitos,

⁵⁸ Para análise mais geral do processo de remoção de famílias no bojo do Programa Vila Viva, ver: Silva (2013, p. 146-163). Para análise desse processo no Aglomerado da Serra, a partir da perspectiva dos moradores atingidos, ver: Programa Pólos de Cidadania (2011a).

⁵⁹ Seguem exemplos de rubricas orçamentárias completas em que cada grupo de algarismos corresponde a certos programas, projetos e atividades do orçamento municipal: “0904.16.482.0641-2074.4.90.51.04-04.00” e “0904.16.482.0651-231.4.4.90.51.04-04.00” (BELO HORIZONTE, 2004, p. 12).

⁶⁰ BELO HORIZONTE, 2007, p. 17-18.

⁶¹ BELO HORIZONTE, 2010, p. 43.

⁶² BRASIL, 2015a.

em favor de sua aplicabilidade imediata, independentemente da edição de norma concretizadora.⁶³ ⁶⁴

Ademais, é obrigação expressa do Estado, por já ter sido definida como tal no orçamento. O programa de governo é o resultado de programa de trabalho apresentado perante o Poder Legislativo, individualizador de fins e tarefas a serem realizadas pelo Estado, em conformidade com a Constituição.⁶⁵ Isso significa que o programa de governo passa pelo crivo do Poder Legislativo, onde é discutido e aprovado, para então vir a consolidar-se como objetivo e obrigação do Estado, para realização de fins constitucionais.

Assim, os objetivos previstos no orçamento, ou expressos por meio dele, possuem nítido caráter impositivo, vez que o Estado se vincula à sua consecução e alcance. Não se deve mais entender a peça orçamentária como meramente autorizativa, pelo menos não na seara dos direitos fundamentais. Desse modo, a Administração municipal vincula-se à consecução dos objetivos dos programas em que se inseriu ou se insere o projeto de urbanização do Aglomerado da Serra, com vistas a dar eficácia progressiva ao direito à moradia dos envolvidos, como previsto no art 6º, da Constituição da República.

Essa obrigação constitucional está também expressa nas diretrizes gerais da política de desenvolvimento urbano. Definida nos artigos 182 e 183 da Constituição da República e regulamentada no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), essa política tem como uma de suas diretrizes gerais a “[...] regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais.”⁶⁶

No âmbito municipal, normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação foram estabelecidas pela Lei de Uso e Ocupação do Solo, com a criação de Zonas de Especial Interesse Social (ZEIS).⁶⁷ A área do Aglomerado da Serra se insere na categoria ZEIS-1, definida como região ocupada desordenadamente por população de baixa renda, voltada a programas habitacionais de urbanização e regularização fundiária, urbanística e jurídica, com vistas à promoção da melhoria da qualidade de vida de seus habitantes e à sua

⁶³ FERNANDES, 2011, p. 250.

⁶⁴ Por não ser possível concretizar de uma só vez e de forma definitiva os direitos sociais, entende-se que as políticas públicas de cunho prestacional são dotadas de eficácia constitucional progressiva. Ou seja, devem ser promovidas de forma imediata, mas dentro das possibilidades reais de um processo de emancipação progressiva dos cidadãos (PINTO, 2010, p. 148).

⁶⁵ CANOTILHO, 1994, p. 468.

⁶⁶ Artigo 2º, inciso XIV, da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Estatuto da Cidade (BRASIL, 2015b)

⁶⁷ Artigo 12 da Lei Municipal nº 7.166, de 27 de agosto de 1996 (BELO HORIZONTE, 1996)

integração à malha urbana.⁶⁸ Essa classificação reforça o fato de que intervenções em áreas de vilas e favelas devem se pautar por melhorias habitacionais específicas para a população do local.

Contudo, como já se demonstrou, a construção da Avenida do Cardoso não se prestou à melhoria das condições habitacionais dos moradores, mas sim ao objetivo de interligar regiões nobres da cidade, aumentando a mobilidade urbana para os proprietários de automóveis que circulam nas regiões centro-sul e leste da cidade. Desse modo, a obra da Avenida do Cardoso não poderia ter sido prioridade de investimento no Aglomerado da Serra, área definida como ZEIS.⁶⁹

A esta altura poderia ser levantada uma objeção, com base no fato de que a “reestruturação do sistema viário” está incluída nos objetivos do Programa Vila Viva. Contra essa possível objeção, argumenta-se que a reestruturação do sistema viário necessária no âmbito de política habitacional adequada é aquela que se dá em prol da acessibilidade no local. Como se discutiu, a Avenida do Cardoso não se prestou a tal fim, mas sim à melhoria da mobilidade urbana da metrópole. Portanto, com a construção dessa avenida não se promoveu a integração do Aglomerado à cidade.

Não está aqui a se dizer que não se devem construir vias, nem que políticas públicas habitacionais não devem ser conjugadas com melhorias em outras áreas. Projetos de urbanização devem sim ser abrangentes, pois a efetivação do direito à moradia adequada depende, além das condições físicas da habitação, da segurança da posse, da regularização fundiária sustentável, das condições de urbanidade do local e de sua inserção no espaço urbano.⁷⁰

Entretanto, isso não significa que obras de urbanização não voltadas precipuamente para melhoria das condições de vida local, como é a Avenida do Cardoso, devam ser incluídas no orçamento de habitação. Muito antes pelo contrário, aqui se verifica verdadeira usurpação da verba destinada à habitação, já escassa, para efetivação de outros interesses, que não o interesse público dos moradores afetados. Como já demonstrado, foram altos os gastos com a construção da Avenida do Cardoso: cerca de 50 milhões de reais do orçamento municipal de habitação, do total de cerca de 160 milhões de reais disponibilizados para o Lote I do projeto de urbanização do Aglomerado da Serra.

Além disso, essa intervenção urbanística não respeitou o direito à moradia da população local em razão do alto número de remoções levadas a cabo

⁶⁸ Artigo 12, inciso I, da Lei Municipal nº 7.166, de 27 de agosto de 1996 (BELO HORIZONTE, 1996)

⁶⁹ Argumento apresentado por Ana Paula Baltazar, professora da Escola de Arquitetura e Urbanismo da UFMG, em discussão informal.

⁷⁰ ROLNIK, 2011. p. 37.

para sua construção. Diretrizes nacionais e internacionais ditam que processos de remoção forçada carreados no bojo de grandes projetos de intervenção urbanística só devem ocorrer de forma excepcional, se absolutamente necessários para promoção do bem-estar geral, garantido o direito ao reassentamento em local próximo e em condições habitacionais melhores.⁷¹

Para execução das obras de urbanização no Aglomerado, 2.269 famílias foram removidas de seus locais de assentamentos originais, dentre as quais 856 foram reassentadas nos apartamentos e 1.413 receberam indenizações nos valores estipulados pela URBEL, segundo avaliação das benfeitorias existentes nos assentamentos originais.⁷² Embora não se conheça o número exato de famílias removidas em razão da obra de construção da Avenida do Cardoso, sabe-se que essa obra responde pela maioria das remoções realizadas.⁷³

Ora, uma obra que se voltasse efetivamente à melhoria das condições de habitação da população não poderia importar na remoção de mais de mil famílias. Mesmo que se considere que muitas famílias foram realocadas no próprio Aglomerado, em condições melhores, isso não foi verdade para todas elas. As famílias indenizadas, em razão do baixo valor recebido⁷⁴, tiveram que se mudar para outros bairros da cidade ou mesmo outras cidades da Região Metropolitana de Belo Horizonte, geralmente em locais afastados e com pouca infraestrutura de serviços públicos.⁷⁵ De fato, considerando todo o processo de remoção, constatou-se que “[...] o Vila Viva direta e indiretamente dificultou enormemente a permanência dos moradores dentro do Aglomerado, bem como seu reassentamento dentro da cidade formal”, podendo ser classificada como uma “política eminentemente ‘expulsora’.”⁷⁶

A execução da obra da Avenida do Cardoso, pelo alto número de remoções forçadas, rompeu laços de confiabilidade e sociabilidade, desestruturando relações sociais na comunidade, e importou em expulsão de moradores

⁷¹ Exemplos de diretrizes nacionais são a Instrução Normativa nº 25, de 11/05/2010, e a Portaria nº 317, de 19/07/2013, ambas do Ministério das Cidades. De fato, esses normativos ainda não haviam sido editados à época das remoções forçadas no Aglomerado da Serra. Contudo, isso em nada afasta a proteção assegurada a todos os cidadãos contra processos arbitrários e violentos de remoção forçada no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, tal como a o Comentário Geral nº 7, de 1997, do Alto Comissariado para Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU). Segundo o comentário, o despejo forçado deve ser empreendido somente se justificável e em estrita conformidade com o direito internacional dos direitos humanos.

⁷² PROGRAMA PÓLOS DE CIDADANIA, 2011a, p. 30.

⁷³ SILVA, 2013, p. 167.

⁷⁴ As indenizações geralmente são baixas porque a URBEL avalia apenas as benfeitorias existentes nos assentamentos originais. Não se leva em consideração o valor da terra (e da posse) se as famílias não detêm título de propriedade, como é o caso da maioria das famílias (SILVA, 2013, p. 146).

⁷⁵ SILVA, 2013, p. 150.

⁷⁶ PROGRAMA PÓLOS DE CIDADANIA, 2011a, p. 273.

do Aglomerado, inaugurando novos processos de ocupação informal.⁷⁷ Trata-se, portanto, de obra inserida em política de urbanização de vilas e favelas que não buscou dar efetividade máxima aos direitos à moradia e à cidade dos moradores do Aglomerado da Serra, e acabou, de fato, por constituir violação a esses direitos fundamentais.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste artigo, pensou-se a relação entre políticas públicas de urbanização de vilas e favelas em Belo Horizonte e a questão da efetivação do direito à moradia e à participação popular, a partir do estudo da construção da Avenida do Cardoso no Aglomerado da Serra. O percurso traçado permitiu concluir que as políticas públicas devem se sujeitar a análise principalista, isto é, pautada pela gramática universalizante dos direitos fundamentais. Para Dworkin, argumentos técnicos nada mais são que justificativas políticas para decisões políticas, ou seja, argumentos de política. Nesse sentido, os argumentos técnicos revelam pretensões ou valores particularizados e não podem prevaler quando há direitos fundamentais envolvidos.

Segundo essa premissa, não haveria que se falar em discricionariedade do administrador nesse âmbito, mas sim em definição discursiva entre moradores e técnicos do interesse público no caso concreto. Ou seja, a análise das políticas públicas, além de principalista, deve ser feita de forma dialógica. Dito de outro modo, os moradores têm direito a discutir e pensar uma política pública de urbanização que efetive seu direito fundamental à moradia e à cidade.

Contudo, o direito de discutir e pensar a política, isto é, o direito à participação popular no planejamento e na gestão urbana, não foi respeitado no caso estudado. Não houve participação popular legítima, autônoma, na elaboração e na execução da política. Não houve diálogo para satisfatória definição, em conjunto entre população e Administração Pública, do interesse público no caso concreto. Não houve debate verdadeiramente democrático sobre a construção da Avenida do Cardoso.

Além disso, têm os moradores o direito de ver essa política concretizada, o que constituiria expressão da efetivação do direito à moradia e à cidade. Mais uma vez, não foi o que ocorreu no caso. Para construção da Avenida, foram gastos verbas do orçamento municipal de habitação da ordem de cinquenta milhões de reais, constituindo verdadeira usurpação dos recursos da habitação para obra de infraestrutura urbana. Isso é ainda mais grave considerando que o Aglomerado da Serra localiza-se em área de ZEIS, onde, por lei, a prioridade de investimentos deve ser em programas habitacionais que visem à melhoria

⁷⁷ GOMES, 2012, p. 185.

da qualidade de vida local e à verdadeira integração à malha urbana. Para construção da Avenida, mais de mil famílias foram removidas de suas casas, sem garantia de reassentamento em local próximo, em condições dignas de habitabilidade. Por causa das remoções, laços de confiabilidade e sociabilidade no Aglomerado foram rompidos, importando perda de capital social.

Por todo o exposto, constata-se que a política pública de urbanização do Aglomerado, expressa no Programa Vila Viva, foi incapaz de operar melhorias nas condições socioeconômicas da maioria dos moradores do Aglomerado da Serra e, principalmente, de promover o direito à moradia adequada, o direito à participação popular e o direito à cidade desses moradores. Tratou-se, portanto, de uma questão de política e não de uma questão de princípio.

REFERÊNCIAS

BELO HORIZONTE. Edital de licitação SCOMURBE – 001/2004-GGTO-120. Secretaria Municipal de Estrutura Urbana. 2004.

_____. Lei Municipal nº 7.166, de 27 de agosto de 1996. Disponível em: <<http://www.cmbh.mg.gov.br/documentos/legislacao/leis-de-referencia>>. Acesso em: jan. 2015.

_____. **PGE Aglomerado da Serra:** propostas e hierarquização. Volume I-Texto. Secretaria Municipal de Habitação e Empresa DAM Engenharia, novembro de 2001.

_____. Plano Plurianual de Ação Governamental de 2006-2009 (2007): Relatório de Detalhamento Físico-Financeiro. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fportalpbh.pbh.gov.br%2Fpbh%2Fecp%2Ffiles.do%3Fevento%3Ddownload%26urlArqP lc%3D10_Relatorio_de_Detalhamento_Fisico_Financeiro_PPAG.pdf&ei=kisVPWpBIzksAT0i4G4BA&usg=AFQjCNHyy3CQZhjrH_tVIPjFuH7eVfA8Eg&bvm=bv.82001339,d.cWc>

_____. **PGE Aglomerado da Serra:** etapa de levantamento de dados. Secretaria Municipal de Habitação e Empresa DAM Engenharia, 2000. (Impresso)

_____. Secretaria Municipal de Políticas Urbanas. Apostila nº 12 ao Contrato SC-150/04, em 28/09/2010. **Diário Oficial do Município**, Belo Horizonte, 09/11/2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>

_____. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Estatuto da Cidade. Disponível em: <www.planalto.gov.br>

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

CONTI, Alfio. A política de intervenção nos assentamentos informais em Belo Horizonte nas décadas de 1980 e 1990 e o 'Plano Global Específico'. **Cadernos de arquitetura e Urbanismo**, Belo Horizonte, v. 11, n. 12, p. 189–216, 2004.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; OLIVEIRA, Eliziane M. S.; NAIMEG; Karina B. Controle jurisdicional da Administração Pública: tendências jurisprudenciais em sede de mandado de segurança. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 8, p. 212-256, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

GOMES, Gláucia Carvalho. **A inscrição do espaço na valorização do valor**. Belo Horizonte, Instituto de Geociências da UFMG, 2012. Tese (doutorado).

_____. O projeto de “urbanização” Vila Viva e a valorização do valor na reprodução social do espaço de Belo Horizonte, 2009. Disponível em: <portalpbh.pbh.gov.br> Acesso em: nov. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

KAPP, Silke et al. Arquitetos nas favelas: três críticas e uma proposta de atuação. In: **IV Congresso Brasileiro e III Congresso Ibero-Americano Habitação Social**: ciência e tecnologia “Inovação e Responsabilidade”. Florianópolis, 2012. p. 4. Disponível em: <http://www.mom.arq.ufmg.br/mom/05_biblioteca/acervo/Kapp%20et%20al%202012%20Arquitetos%20nas%20favelas.pdf>. Acesso em outubro de 2014.

_____; BALTAZAR, Ana Paula. The paradox of participation: a case study on urban planning in favelas and a plea for autonomy. **Bulletin of Latin American Research**, Oxford (UK), v. 31, n. 2, p.160–173, 2012.

LEMOS, Thiago. BH tem 13% da população em favelas, índice superior ao de SP. Sala de Notícias **Prefeitura de Belo Horizonte**. 2012. Disponível em: <<http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/noticia.do?evento=portlet&pAc=not&idConteudo=55789&pIdPlc=&app=salanoticias#>>. Acesso em outubro de 2014.

MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, p. 587-624, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MELO, Izabel Dias de Oliveira. **O espaço da política e as políticas do espaço: tensões entre o programa de urbanização de favelas “Vila Viva” e as práticas cotidianas no Aglomerado da Serra em Belo Horizonte**. Dissertação (mestrado). Belo Horizonte, Instituto de Geociências, UFMG, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

PINTO, Élida Graziane. **Financiamento de direitos fundamentais: políticas públicas vinculadas, estabilização monetária e conflito distributivo no orçamento da União do pós-Plano Real**. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010.

PROGRAMA PÓLOS DE CIDADANIA. **Os efeitos do Vila Viva Serra na condição socioeconômica dos moradores afetados**. Relatório final do Projeto de Pesquisa nº 480.154, financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq – no escopo do edital de nº 14/2008. (2011a). (não publicado)

_____. **Uma avenida em meu quintal**. Vídeo documentário. 2011b. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=rlxKVtikzPw>>. Acesso em outubro de 2014.

ROLNIK, Raquel. Moradia é mais que um objeto físico de quatro paredes. **Revista eletrônica e-metropolis**, Rio de Janeiro, nº 5, ano 2, junho de 2011. p. 37. Disponível em: <http://www.emetropolis.net/edicoes/n05_jun2011/emetropolis_n05.pdf>. Acesso em outubro de 2014.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Margarete Maria de Araújo. **Água em meio urbano, favelas nas cabeceiras**. Tese (doutorado). Belo Horizonte, Núcleo de Pós Graduação em Arquitetura e Urbanismo da UFMG, 2013.

VERISSIMO, Pedro. Transformando vilas e vidas. **Revista Urbanização & Habitação (UH)**. Belo Horizonte, a. 1, nº 1, jan. 2014. p. 39-48.

* Recebido em 14 jan. 2015.



AUTORREGULAÇÃO E DIREITO GLOBAL: OS NOVOS FENÔMENOS JURÍDICOS NÃO-ESTATAIS

*Mateus de Oliveira Fornasier**

*Luciano Vaz Ferreira***

Resumo

O presente artigo objetiva analisar quão jurídico é o caráter de normas regulatórias de conduta criadas por atores transnacionais não-estatais. Orientou-se a partir do seguinte problema: sob que condições pode-se afirmar que a globalização dos processos sociais tem levado à emergência não apenas de mercados transnacionais (e de organizações empresariais neles atuantes), mas também de verdadeiras ordens jurídicas cuja criação ultrapassa a ideia de Estado? Como hipótese, propôs-se que a hipercomplexificação social decorrente dos processos econômicos, políticos e midiáticos da globalização também atinge vários outros sistemas sociais, fazendo-se com que a própria ideia de configuração daquilo que seja o jurídico deva ser repensada teoricamente a fim de que este possa ser observado para além da ideia moderna de centralidade absoluta de ordem jurídica na ideia de Estado. Para sua consecução, desenvolveu-se o trabalho em dois momentos objetivos específicos diferenciados: 1) associar a complexificação social decorrente da globalização ao surgimento de novas formas sociais de organização, que não se atêm aos limites da regulação pela atividade normativa do Estado; 2) analisar exemplos concretos de organizações de caráter privado que implementaram estratégias bem sucedidas de autorregulação de sua conduta corporativa.

Palavras-chave

Ordens jurídicas globais. Autorregulação. Organizações transnacionais.

SELF REGULATION AND GLOBAL LAW: THE NEW NON-STATE LEGAL PHENOMENA

Abstract

This article aims to analyze how juridical is the character of regulatory rules of conduct created by non-state transnational actors. It was guided from the following problem: under what conditions it can be said that the globalization of social processes has led to the emergence not only of transnational markets (and of corporations who act in them), but also of true juridical orders whose creation surpasses the idea of the state? As a hypothesis, it was proposed that social hipercomplexification resulting from economic, political and media processes of globalization also affects several other social systems, making necessary that the very idea of configuration of what

* Doutor em Direito PÚblico (UNISINOS). Professor do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI).

** Doutor em Relações Internacionais (UFRGS). Professor da Graduação em Relações Internacionais da Universidade de Rio Grande (FURG).

is the juridical phenomenon must be theoretically reconsidered, so that this can be observed beyond the modern idea of absolute centrality of law in the idea of the state. For its achievement, the work was developed in two different specific objective moments: 1) to associate the social complexity resulting from globalization to the emergence of new social forms of organization, which do not cling to the limits of regulation by normative activity of the State; 2) to analyze concrete examples of private organizations who have implemented successful strategies of self-regulation of its corporate conduct.

Keywords

Global juridical orders. Self-regulation. Transnational organizations.

Resumen

Este artículo pretende analizar el carácter legal de las normas reguladoras de conducta creadas por actores transnacionales no estatales. Fue guiado desde el siguiente problema: ¿en qué condiciones se puede decir que la globalización de los procesos sociales ha llevado a la aparición no sólo de los mercados transnacionales (y de organizaciones empresariales en él activos), sino también de verdaderas órdenes jurídicas cuya creación va más allá de la idea del estado? Como hipótesis, se propuso que la hipercomplexificación social que resulta de la globalización económica, política y de medios de comunicación también afecta a otros sistemas sociales, haciendo con que la idea de configuración lo que es el jurídico en la teoría deba ser reconsiderada para que el Derecho pueda ser observado para allá de la idea moderna de la centralidad absoluta del Derecho en la idea del Estado. Para su realización, el trabajo fue desarrollado en dos diferentes momentos objetivos específicos: 1) asociar la complejidad social que resulta de la globalización a la aparición de nuevas formas sociales de organización, que no se aferran a los límites de la regulación de la actividad normativa del Estado; 2) analizar ejemplos concretos de organizaciones privadas que implantaron estrategias exitosas de autorregulación de su conducta corporativa.

Palabras clave

Ordenes jurídicas globales; Autorregulación; Organizaciones transnacionales.

1. INTRODUÇÃO

Já é consenso prático e teórico de várias ciências sociais e humanas que o processo de globalização ocorrido, principalmente, a partir do século XX (e que se propulsiona ainda mais com a chegada do século XXI) torna muito mais complexa a vida em sociedade. A segurança que a simplicidade linear das ideias de limites territoriais estatais fornecia aos deslocamentos e interditos territoriais de pessoas, bens e informações se torna crítica, contudo, neste estado de coisas, de modo que a complexificação da vida em sociedade em âmbitos como economia e política passa a exigir novas compreensões também na regulação das condutas.

O presente artigo objetiva analisar diversos exemplos de normatividades, para além daquelas que sejam oriundas da atividade estatal, que emergem com a complexificação social mundial decorrente dos processos globalizatórios. Trata-se, mais notadamente, de sopesar teoricamente quão jurídico é o caráter de normas regulatórias de conduta de empresas transnacionais, de regramentos oriundos da atividade regulatória de organizações mundiais de padronização de processos técnicos, entre outras.

Este trabalho se orientou a partir da seguinte questão norteadora: sob que condições pode-se afirmar que a globalização dos processos sociais tem levado à emergência não apenas de mercados transnacionais (e de organizações empresariais neles atuantes), mas também de verdadeiras ordens jurídicas cuja criação ultrapassa a ideia de Estado? Propõe-se, nesta senda, que a hipercomplexificação social decorrente dos processos econômicos, políticos e midiáticos da globalização também atinge vários outros sistemas sociais, fazendo-se com que a própria ideia de configuração daquilo que seja o jurídico deva ser repensada teoricamente a fim de que este possa ser observado para além da ideia moderna de centralidade absoluta de ordem jurídica na ideia de Estado.

Dividiu-se o seu desenvolvimento, assim, em duas seções. Na primeira delas, busca-se realizar uma associação entre a complexificação social decorrente da globalização e o surgimento de novas formas sociais de organização, extremamente complexas, e que muitas vezes perpassam pela ideia de regulação pela atividade normativa do Estado, porém não se atêm aos seus limites, necessitando do desenvolvimento de normas para sua autorregulação. Assim, fazem-se elencos genéricos destes tipos de organização a partir da obra de Gunther Teubner, principalmente.

Já no seu segundo momento passa-se a analisar, principalmente, exemplos concretos de organizações de caráter privado que implementaram estratégias bem sucedidas de autorregulação de sua conduta corporativa. Princípios de autorregulação corporativa que se tornaram famosos são elencados, a fim de melhor ilustrar o valor jurídico que podem adquirir estas normatividades, mesmo que não sejam oriundas da atividade estatal.

2. REGULAÇÃO DE CONDUTAS E A EMERGÊNCIA DAS CONSTITUIÇÕES CIVIS GLOBAIS

O fim do sistema político policêntrico da ordem medieval (GROSSI, 1996, p. 64) trouxe a reestruturação da centralização do poder e do direito, propiciando a consolidação de novas organizações burocráticas e hierárquicas (FARIA, 1999, p. 19). Neste contexto, os Estados modernos, únicos entes dotados de soberania e circunscritos territorialmente, reivindicaram o monopólio do Direito nacional (ou interno). O Direito, assim, se centralizou na figura do Estado de tal forma que passou a ser identificado necessariamente com atos estatais, e cumpriu o papel de estabelecer cenário propício para o florescimento do capitalismo, afastando-o da insegurança representada pela pluralidade de fontes jurídicas antagônicas e sobrepostas características do período pré-moderno no Ocidente. O desenvolvimento das constituições nacionais, a partir das experiências norte-americanas e europeias, consolidou uma tentativa de fechamento do fenômeno jurídico, pois grande parte das sociedades

modernas passou a ser representada pelo seu Estado, sistema jurídico e constituição peculiares, relegando-se, praticamente, num primeiro momento, à exclusão (ilusória) da comunicação entre sistemas jurídicos nacionais, por conta das pretensas soberania e autodeterminação.

O mundo contemporâneo, contudo, revela claramente uma tensão deste modelo pelos processos econômicos, políticos e sociais em geral. A gradual integração e interdependência dos mercados nacionais, além da proliferação do modelo capitalista neoliberal a partir da globalização (sem a exclusão da consciência da impossibilidade de imposição de limites territoriais às pressões civilizatórias sobre o meio ambiente), propõem um Estado mínimo e de pouca intervenção, capaz de transferir uma série de responsabilidades do setor público para o setor privado (TEUBNER, 2012a, p. 393), incluindo a produção e aplicação das normas jurídicas.

Conforma-se teoricamente a ideia de “constituições civis globais” (TEUBNER, 2005, p. 73), calcada numa crítica ao constitucionalismo centralizado na tradição do Estado-nação – cuja lógica não permitiria melhor observação e implementação do ordenamento em rede (e acoplado estruturalmente) a ser produzido. Nesta senda, as concepções constitucionais, mesmo quando versam acerca do constitucionalismo mundial, costumam oscilar entre dois extremos: umas afirmam que a constituição é limitada a processos políticos (constituição política); outras, que simultaneamente se busca constituir a sociedade (ou a “Nação”) mediante a organização política do Estado (constituição social) (TEUBNER, 2005, p. 77-81) – a qual seria uma postura obsoleta para a atual sociedade mundial, pois não demonstra se é necessário elaborar uma constituição mundial completa, uma rede de constituições transnacionais, uma constituição jurídica autônoma, ou ainda algo totalmente diverso disto tudo.

A renúncia à centralização do conceito de constituição na figura do Estado é apontada, a fim de que se possa identificar um ponto-cego de observação; todavia, abre-se a perspectiva acerca das possibilidades reais de uma constitucionalização sem Estado (TEUBNER, 2005, p. 78). Esta fórmula, porém, não implica uma reivindicação abstrata e normativa para um tempo distante e inseguro, pois afirma haver uma tendência real suscetível de ser visualizada, atualmente, apenas na escala global. É notável que várias constituições civis estejam a emergir: a constituição da sociedade mundial não é realizada exclusivamente nas instituições representativas da política internacional. Mas tampouco pode ocorrer em uma constituição global que englobe todos os âmbitos sociais – gerando-se a constitucionalização de múltiplos subsistemas autônomos da sociedade mundial, sendo significativos exemplos deste fenômeno os seguintes:

- a) A digitalização global, que demonstra não ser necessária a figura do Estado para que a sociedade mundial se comunique;

- b) O crescente número de litígios perante tribunais de arbitragem, nos quais se decide sobre a vigência de direitos fundamentais no ciberespaço;
- c) Lutas em volta de uma constituição econômica mundial, cujos resultados dariam às instituições internacionais (e.g. Banco Mundial, FMI e OMC) um impulso constitucional;
- d) Constitucionalização global da ciência e do sistema global de saúde (principalmente debates sobre a investigação com embriões e sobre a medicina reprodutiva);
- e) Tentativas cada vez mais numerosas de institucionalizar mais intensamente conflitos inter-religiosos mediante órgãos de debate juridicamente constituídos.

A mudança de perspectiva em direção a constituições civis da sociedade mundial tornaria imperativa a identificação das circunstâncias que justificam a relativização do modelo nacional-estatal de uma constituição exclusivamente política (TEUBNER, 2005, p. 81-89). Em razão disto, há tendências teóricas do pensamento constitucional não centradas no Estado, e que são, consequentemente, suscetíveis de tornar possível (empírica e normativamente) o *constitucionalismo social*, constructo teórico capaz de se contrapor à lógica da extrema institucionalização racional dos mais variados setores sociais decorrente da modernização (SCIULLI, 1992, p. 42) – sendo que, historicamente analisando o papel da constituição no processo de modernização, tem-se que sua principal função teria sido assegurar a multiplicidade da diferenciação social em face às tendências de dominação da sociedade por parte do Estado (LUHMANN, 2010, p. 25).

O principal ponto a ser observado no processo de constitucionalização é a liberação do potencial de dinâmicas altamente especializadas mediante sua institucionalização social e, simultaneamente, a institucionalização de mecanismos de autorrestrição frente à expansão desta própria institucionalização por todo o conjunto da sociedade (TEUBNER, 2005, p. 84-89). Estas tendências de expansão se demonstram historicamente de modos bastante diversos, principalmente na política, na economia, na ciência, na tecnologia e em outros setores sociais. O fortalecimento da autonomia das esferas de ação como contramovimento das tendências de dominação parece ser o mecanismo reativo que atua tanto nas constituições políticas tradicionais quanto nas emergentes constituições civis.

Outra tendência teórica a ser ressaltada é aquela que versa acerca do caráter policêntrico da globalização. Nesta senda, a sociedade mundial não é produzida sob a liderança da política internacional, mas apenas acompanhada por esta de modo reativo. Também não pode ser entendida de modo

análogo à rede econômica global, cujas convulsões fazem com que todos os outros sistemas em sua periferia reajam. A globalização é processo policêntrico, mediante o qual diversos âmbitos sociais (e.g. economia, política, tecnologia, organizações militares, cultura, proteção ao meio ambiente) superam seus limites regionais constituindo setores globais autônomos. Como resultado deste processo plúrimo surgem “aldeias globais” (*global villages*) autônomas, separadamente desenvolvidas, em significativa quantidade, com dinâmicas próprias e em escala mundial – e que são incontroláveis externamente. Neste sentido, não se globaliza apenas o capitalismo, mas a própria diferenciação funcional.

A atualidade exige que o brocardo *ubi societas ibi jus* seja reformulado sob as condições da diferenciação funcional, denotando-se que, onde quer que se desenvolvam setores autônomos, configuram-se simultaneamente mecanismos autônomos de produção jurídica relativamente distante da política (TEUBNER, 2005, p. 90). Agentes “semipúblicos e quase públicos” desencadeariam processos de produção de normas jurídicas – e.g. na regulação privada do mercado por empresas multinacionais; na criação de regras internas para organizações internacionais; nos sistemas de negociação entre organizações; e nos processos mundiais de padronização.

Normas oriundas da solução de conflitos, ademais, são produzidas para além dos tribunais nacionais e internacionais – pois isto também se verifica em instâncias extraestatais de resolução de lides, como, por exemplo: nas instâncias de solução de conflitos sociais de caráter não político; nas organizações internacionais; nas Cortes de arbitragem; nas instâncias de mediação; nas comissões de ética dos mais variados setores; nos regimes contratuais – que se estabelecem entre fornecedores e empresas transnacionais, por exemplo, as quais submetem contratualmente aqueles a padrões técnicos e éticos, a fim de que com elas possam estabelecer relações econômicas.

Com isso, poder-se-ia afirmar que na atualidade as fontes dominantes de Direito estão no limiar entre o sistema jurídico e outros setores da sociedade mundial, e não apenas nos seus centros de criação até então institucionalizados (parlamentos nacionais e acordos interestatais). Além disso, a juridicização ocorrente no exterior do sistema da política na sociedade global tem também significado constitucionalização extrapolítica (TEUBNER, 2005, p. 92-95). Os elementos constitucionais civis globais, em amplo contraste em relação às tradicionais constituições, não são oriundos de rupturas encarnadas pelo poder constituinte em relação a uma ordem anterior: são latentes, formando-se por processos evolutivos de larga duração, em que o curso da juridicização de setores sociais também desencadeia a criação de normas constitucionais.

É temerário, contudo, tentar prever a repetição de uma constitucionalização completa (superposição de um denso tecido de normas constitucionais

ao processo político) nas constituições dos setores parciais. O conceito de constituição, quando cuidadosamente generalizado, deve ser desligado das particularidades do processo político, sendo reespecificado, repensado em termos de operações, estruturas, meios, códigos e programas específicos de cada subsistema (TEUBNER, 2005, p. 95-96).

Quatro seriam os requisitos necessários para se identificar uma ordem normativa civil global como sendo uma espécie de constituição – os quais podem ser resumidamente descritos conforme abaixo (TEUBNER, 2005, p. 96-110):

- a) Configuração como acoplamento estrutural entre subsistema e Direito;
- b) Identificação da hierarquia normativa entre normas primárias e secundárias;
- c) Estabelecimento de mecanismos de controle dos conteúdos da norma da constituição civil com base em critérios de direitos fundamentais;
- d) Constituição dual em âmbito organizado e em âmbito espontâneo.

Dos quatro requisitos acima elencados merece destaque especial o primeiro deles (configuração como acoplamento estrutural entre subsistema não-jurídico e Direito). De acordo com tal característica básica, as constituições civis não seriam meros textos jurídicos, nem tampouco significam a constituição fática de ordens sociais: seriam, isto sim, acoplamentos estruturais entre estruturas normativas específicas do subsistema de ordenação social e o Direito, vinculando a estrutura de produção de normas jurídicas a estruturas fundamentais de outros subsistemas sociais, ao mesmo tempo em que provocam a emersão de estruturas fundamentais da ordem social que, concomitantemente, informam o Direito e por ele são reguladas.

Esta relação de acoplamento estrutural Direito/sistema social emergente na sociedade global seria potencialmente mais exitosa para a regulação de âmbitos hipercomplexos de amplitude global (e.g. âmbitos comunicativos que fogem à capacidade de regulação linear mediante a normatização proveniente apenas do Estado, tais como a internet) do que a tentativa nacional-estatal, pois o caráter transnacional destes âmbitos complexos oblitera a implementação das normas a eles relacionadas. Ademais, uma regulação mediante a exclusiva criação de Direito Internacional Público também é obstaculizada, pois é extremamente dificultosa a formação de consenso interestatal quanto a estas matérias. Isto não é necessariamente uma regra, mas suas dificuldades fáticas

demonstram que esquemas de autorregulação venham a ser implementados de modo bastante profícuo.

É notável o fato de que o mundo se encontra atualmente num processo de emergência de um Direito mundial para além das ordens políticas do tipo nacional e internacional, no qual “[...] setores sociais produzem normas com autonomia relativa diante do Estado-nação, formando um ordenamento jurídico *sui generis*” (TEUBNER, 2003, p. 09). Neste contexto, os atores privados criam laços transnacionais e elaboram um direito totalmente independente de estruturas estatais e de aplicação global (TEUBNER, 2003, p. 11-13). A institucionalização típica do Estado-nação não será, num futuro breve, capaz de dominar as forças centrífugas da sociedade civil mundial. Enquanto o Estado representa um ente estranho a estes temas e repleto de limitações em seu alcance (como o princípio da territorialidade), os agentes produtores destas normas estão plenamente inseridos em seus segmentos sociais, o que torna esta manifestação jurídica atrativa.

3. DIREITO GLOBAL: A AUTORREGULAÇÃO DE EMPRESAS TRANSNACIONAIS

A principal representação de um ordenamento jurídico transnacional é a *lex mercatoria*, surgida principalmente na Inglaterra medieval, na forma de um direito costumeiro oriundo da prática dos mercadores (GILISSEN, 1995, p. 209). Avessos à intervenção estatal, os comerciantes estipularam certas regras para a conduta comercial e organizaram cortes privadas para julgar os conflitos. À medida que os Estados nacionais formaram-se, parte dos usos e costumes dos comerciantes foi codificada no direito interno (JUENGER, 2000, p. 1135), porém, frente ao ascendente monopólio estatal, este segmento perdeu totalmente o poder de produzir suas próprias normas.

Com os processos de globalização econômica e a dificuldade do Estado enfraquecido para lidar com a fluidez do comércio internacional, a *lex mercatoria* ressurgiu no século XX. Marcelo Neves (2009, p. 189) conceitua a nova *lex mercatoria* como sendo “ordem jurídico-econômica mundial no âmbito do comércio transnacional, cuja construção e reprodução ocorre primariamente mediante contratos e arbitragens decorrentes de comunicações e expectativas recíprocas estabilizadas entre atores privados”. Trata-se de um conjunto de normas criadas de maneira independente pelas empresas para a prática do comércio internacional na contemporaneidade, baseando-se nos usos e costumes comerciais reconhecidos mundialmente. Manifesta-se na elaboração e difusão de “contratos padronizados” (*incoterms*), idealizados e atualizados pela Câmara Internacional do Comércio (CIC), organização internacional não governamental mantida pelo meio empresário.

Um outro exemplo importante diz respeito aos processos globais de padronização (TEUBNER, 2004, p. 13-17). A *International Organization of Standardization* (ISO) é uma rede de corpos nacionais de padronização técnica, que, em alguns casos, são partes da estrutura governamental dos seus Estados; em outros, são organizações do setor privado. A Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), de caráter privado, representa o Brasil na ISO.

Para a consecução dos seus objetivos, esta organização se vale do debate fundamentado no conhecimento técnico-científico e de mercado, a fim de facilitar o processo de produção industrial, bem como o estabelecimento de parâmetros deônticos de valor jurídico – eis que, aqui, o processo de incompREENsão criativa que o discurso oficial, conforme proposto acima por Teubner, não parece ser deletério, mas sim, proveitoso: não há garantias de que o debate político tradicional (produção parlamentar de normas) seja capaz de suprir as necessidades de campos tão peculiares do conhecimento. Neste verdadeiro fórum da padronização da produção mundial busca-se, inicialmente, derrubar barreiras que possam ser erigidas no comércio mundial (âmbito econômico, portanto) em decorrência das diferenças nas padronizações de produtos e serviços. A instituição e o reconhecimento da ISO, por parte dos países que dela fazem parte, denota a existência de uma organização formal que, valendo-se de um Direito Global pretende aumentar (qualitativa e quantitativamente) o fluxo de transações econômicas.

O caráter de organização operacional formal (constituída como “ator coletivo”), possibilitadora da comunicação intersistêmica, conforme apontado por Teubner (1989, p. 192), é visualizável na ISO, que é verdadeira associação de vários atores, de vários tipos (estatais, não estatais), que representam os mais variados tipos de interesse (econômicos, sociais, políticos e jurídicos). Sendo uma instituição transnacional, em que são debatidas regras para a normatização técnica de produtos e serviços das mais variadas naturezas, sendo sopesados os interesses provenientes dos mais variados âmbitos sociais nacionais que dela fazem parte (não havendo importância o fato de serem organizações estatais ou não), vislumbra-se na ISO a formação de um programa normativo que concatena interesses públicos e privados das mais variadas origens.

A ISO é o maior desenvolvedor do mundo de normas internacionais voluntárias, as quais estabelecem especificações de produtos, serviços e boas práticas, sendo assim forjadas a partir de práticas industriais, comerciais e empresariais mais evoluídas. Fundada em 1947, publicou desde então mais de 19.000 normas de caráter internacional que abarcam quase todos os aspectos de tecnologia e negócios: da segurança alimentar à tecnologia de informação, da agricultura à saúde (INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION, 2010, p. 02-03). Assim, pode-se identificar, na produção das

comunicações normativas que produz, uma possibilidade de impacto em vários setores da vida humana e do meio ambiente.

Por fim, outros casos de Direito Global devem ser mencionados: códigos de ética e de conduta de empresas transnacionais; a normatização do mercado laboral relacionada às empresas e sindicatos (atores privados); as normas supranacionais de padronização técnica e de autocontrole profissional; a ordem dos Direitos Humanos (que é, concomitantemente, estatal e contraestatal); alguns mecanismos jurídicos que buscam a proteção ambiental; o direito desportivo internacional (*lex sportiva internationalis*), organizado pelas entidades esportivas privadas internacionais, como o direito aplicado nos eventos esportivos administrados pela Federação Internacional de Futebol (FIFA) ou pelo Comitê Olímpico Internacional (COI).

Uma teoria jurídica pluralística readequada às novas fontes do direito, que considere os processos espontâneos da formação de direito na sociedade mundial independentes das esferas estatais e interestatais, deve ser concebida (TEUBNER, 2003, p. 32). Apenas uma teoria deste tipo, que trate de um Direito oriundo de discursos (e não apenas relacionado a grupos) permitiria uma interpretação adequada do Direito Global. Ao lado dela, deve se fazer presente uma nova teoria das fontes do Direito, reconcebida de forma pluralista – em que as fontes seriam oriundas de processos independentes das instituições estatais (individualmente ou de maneira internacional).

A sociedade mundial globalizada não é configurada pela política internacional: ela decorre de um processo muito contraditório e totalmente fragmentado de globalização cujo impulso se dá a partir de sistemas parciais individuais da sociedade em velocidades distintas – e a política, neste ínterim, regrediu quando comparada, além de ter perdido sua liderança (pois apesar da existência de uma política e de um Direito internacional, nestes dois âmbitos da sociedade ainda se enfatiza demais o papel do Estado-nação) (TEUBNER, 2003, p. 12). Este retrocesso se expressa na formação de *global villages* políticas, regionalização paradoxal que também é observável no Direito.

Em que pese a adequação das considerações de Teubner acerca de constituições civis globais nos âmbitos regulatórios, quando se observa o fenômeno jurídico na sociedade global é notável que o ideal de acoplamento estrutural entre os (sub)sistemas funcionais jurídico e político expresso nas constituições (LUHMANN, 2004, p. 487-488), algo muito plausível no plano nacional, não encontra correspondentes no plano global:

- a) O processo legislativo, no plano global, é demorado demais (em razão das restrições impostas pela regionalização da política e pelas formalidades do Direito Internacional) para poder ser considerado bem-sucedido;

- b) As experiências de jurisdição internacional (tais como a Corte Internacional de Justiça e o Tribunal Penal Internacional) demonstram que as possibilidades de desastre político e financeiro das suas instituições são, infelizmente, muito elevadas;
- c) Mesmo o grande número de organizações internacionais existentes não permite que se argumente acerca de uma Administração internacional.

Nada mais lógico, portanto, do que a conclusão de Teubner (2003, p. 14) acerca disto: “o direito mundial desenvolve-se a partir das periferias sociais, a partir das zonas de contato com outros sistemas sociais, e não no centro de instituições de Estados nações ou de instituições internacionais”.

Neste estado de coisas, tem-se que não é o convívio de grupos e comunidades distintas que gera as fontes do Direito mundial, mas sim, o conjunto de discursos acerca daquilo que é direito, o que se dá no nível das redes de comunicação sistêmicas globalmente consideradas – redes estas que não se referem às comunicações individuais, mas às redes especializadas, organizadas formal e funcionalmente (geralmente de natureza cultural, científica e técnica), criadoras de uma identidade global estritamente setorial, as quais se reproduzem continuamente. Estas redes substituem a tradição de comunidades de identidade que fundamentam as tradições do Direito do Estado-nação (TEUBNER, 2013, p. 14). O Direito Global, nesta linha de raciocínio, não é sinônimo de Direito Internacional: é um ordenamento jurídico distinto do Estado-nação, acoplado a processos sociais e econômicos, de onde advêm seus maiores impulsos. É *sui generis*, impossível de ser avaliado conforme os critérios jurídicos nacionais. Trata-se de um direito “anacional”, em oposição a um direito “internacional”, entre Estados. Ao contrário do que se poderia supor, contudo, não é pouco desenvolvido – apesar de ainda apresentar, quando comparado ao Direito nacional, *deficits* estruturais. Tal ordenamento jurídico global se distingue do Direito tradicional dos Estados-nação por determinadas características explicadas por processos de diferenciação no âmago da sociedade mundial.

Uma teoria de caráter sociológico e pluralista poderia demonstrar que não apenas na política nacional, nas relações internacionais, e/ou em Cortes nacionais (e internacionais) se produzem normas concretas, mas também em outros tipos de processos econômicos e sociais. Assim, seria reconhecido que processos políticos, jurídicos e sociais, de maneira mais ou menos igualitária, poderiam constituir categorias produtivas de norma. Contudo, esse caráter igualitário deve ser relativizado em razão da fragmentação (globalizada) dos diferentes sistemas sociais, pesos distintos devem ser concedidos aos diferentes tipos de produção de norma. A *lex mercatoria*, por exemplo, teria sido produzida por um sistema cujo centro é subdesenvolvido, mas de periferia alta-

mente desenvolvida: seria um “ordenamento jurídico *paralegal*, criado à margem do direito, nas interfaces com os processos econômicos e sociais”; é “aqua parte do direito econômico global que opera na periferia do sistema jurídico em ‘acoplamento estrutural’ direito com empresas e transações econômicas globais” (TEUBNER, 2003, p. 18).

Não é possível, portanto, analisar os âmbitos do Direito Global como sendo oriundo (ou necessariamente identificado) de (ou com) processos político-jurídicos de cunho estatal: é um “discurso jurídico autorreprodutor de dimensões globais que cerra as suas fronteiras mediante recurso ao código binário ‘direito/não-direito’ [...] e reproduz a si mesmo mediante o processamento de um símbolo de vigência global” (TEUBNER, 2003, p. 18) Com isto, categorias importantes para a observação tradicional do Direito – tais como norma, controle social e, especialmente, sanção – ficam relegados a segundo plano, sendo seus lugares assumidos por outras como gramática, enunciação, ato de fala, paradoxo e transformação de diferenças (que prometem uma capacidade de compreensão mais aprofundada do pluralismo jurídico emergente). Sendo assim,

o pluralismo jurídico, então, não estará mais definido por um grupo de normas sociais conflitantes num determinado campo social, mas como coexistência de diferentes processos comunicativos que observam ações sociais na ótica do código binário direito/não-direito (TEUBNER, 2003, p. 20).

Apesar de estar distanciado da política nacional e do direito internacional, o novo Direito Global não é apolítico, pois o *modus operandi* dos novos atores jurídicos globais o repolitiza – porém, por meio de processos pelos quais o Direito é acoplado a discursos sociais altamente especializados e politizados, não de políticas institucionais tradicionais (TEUBNER, 2003, p. 10). A relativa distância da política e do direito (inter)nacionais não preservará o “Direito mundial sem Estado” de uma repolitização: é justamente a reconstrução de (trans)ações sociais e econômicas como atos jurídicos globais que derruba o (errôneo) caráter apolítico do Direito Global, fornecendo assim o fundamento da sua repolitização. Ela, porém, ocorrerá previsivelmente sob novas formas, pouco conhecidas até agora – mas que, provavelmente, será por meio dos processos em que o Direito Global é acoplado estruturalmente a discursos altamente especializados.

No bojo do sistema social da sociedade mundial encontram-se vários subsistemas e organizações dotados de sentido comunicativo – os quais integram para com os demais de forma irritativa (ou pressionante). Tais organizações e subsistemas estão para além daquilo que concirna ao Estado nacional e seus elementos: também está para além das organizações internacionais (fundadas, portanto, a partir da noção estatal). Está, ainda, para além de qualquer ordem política, jurídica e normativa relacionada a este tipo de ente.

Estes outros entes podem ser organizações da sociedade civil e assembleados – portanto, que também interagem para com as formas estatais e não estatais. Movimentos sociais, ONGs e demais formas associativas integram a sociedade mundial de forma a possivelmente causar irritação em qualquer (sub)sistema social. Mas há, ainda, outra forma de organização social, dotada de imenso poder comunicativo (portanto, de produzir sentido), calcada de forma muito significativa na economia: empresas transnacionais.

Deva (2003, p. 06) caracteriza estas corporações como “entidade econômica, em qualquer de suas formas legais, que possui, controla ou administra operações, sozinha ou em conjunto com outras entidades, em dois ou mais países”. Em sentido similar, Wilkins (1993, p. 24) as define como sendo “qualquer empresa que possui sede em um país e opera em, pelo menos, um país estrangeiro”. Estas corporações são compostas por várias empresas em rede, em conglomerados cujo campo de comunicação (e de produção de sentido) ultrapassa as fronteiras estatais, e são muito fluidas para que uma regulação eficaz até mesmo para o poder normativo de órgãos internacionais (TEUBNER, 2012b, 110).

Um exemplo bastante significativo pode ilustrar melhor a teorização aqui proposta. Em 1977, a General Motors era a maior empresa transnacional com atuação na África do Sul durante o regime do *apartheid*. Na mesma época, articulava-se um forte movimento de desinvestimento no país para pressionar uma reforma política que pressionasse o fim da segregação. Neste contexto, o reverendo Leon Sullivan, membro do conselho de administração da companhia, ofereceu uma alternativa: a criação de um código de conduta interno que impedissem práticas racistas. O conjunto de princípios, conhecidos como *Sullivan Principles*, foi bem recebido pelo mundo empresarial, tendo sido reproduzido em vários códigos de conduta empresariais ao redor do mundo. Outro exemplo paradigmático de iniciativa autorregulatória de conduta empresarial foram os *MacBride Principles*, voltados ao respeito aos direitos dos trabalhadores na Irlanda do Norte (1984) (EINHORN, 2007, p. 537-538).

Hoje, várias empresas transnacionais mantêm os seus códigos de ética e conduta, que são autênticos representantes do Direito Global. Tais normas também são comumente reproduzidas em contratos com seus parceiros comerciais, com o objetivo de alcançar suas condutas. Estes códigos e os respectivos mecanismos de monitoramento estão revestidos de juridicidade, uma vez que descrevem condutas a serem observadas, tornando-se uma espécie de “lei interna”, de cumprimento obrigatório no âmbito da empresa. A possível sanção para o descumprimento desta norma reside em medida disciplinar (como advertência, suspensão ou demissão da empresa multinacional ou filial estrangeira) aplicada pela empresa em seu funcionário ou rompimento de contrato, quando se tratar de um parceiro comercial.

Muchlinski (2007, p. 113) critica duramente o valor jurídico dos códigos de ética de conduta das empresas transnacionais. O autor entende que se trata de uma estratégia neoliberal para retirar os Estados de alguns setores de regulação, substituindo-os por regramentos gerenciados pelo meio empresário, condizente apenas com seus próprios interesses e do capital internacional. Entretanto, casos concretos apontados demonstram reais aprimoramentos – e.g. melhorias nas condições de trabalho, incrementos na proteção ambiental, implementação de padrões de direitos humanos (PEREZ et al., 2009, p. 622-623). Não apenas histórias de sucesso, mas também especificações de condições sociais e legais necessárias para o êxito desses códigos são também relatadas científicamente (LOCKE; QUIN; BRAUSE, 2006, p. 37-38). O monitoramento permanente de organizações não-governamentais (ONGs) e acordos vinculantes com órgãos civis de certificação social são apresentados, inclusive, como condições mais importantes para o sucesso de tais regulamentações não estatais (SANTORO, 2003, p. 407). Observa-se assim que, na dinâmica do entrelaçamento de códigos corporativos,

ambos os tipos de códigos corporativos [privados e públicos] tomados em conjunto representam o advento de constituições corporativas transnacionais específicas – concebidas como constituições no sentido estrito. [...] Esse argumento é baseado em um conceito de constituição que não está limitado ao Estado nacional e implica que também ordens sociais não estatais desenvolvam constituições autônomas sob circunstâncias históricas particulares (TEUBNER, 2012b, p. 111).

É notável, portanto, que a ideia de eficiência das condutas consideradas como normativamente corretas podem ser reconsideradas: não apenas aguardar que o Estado venha a organizar por si só todas as possibilidades normativas de conduta. Este importante ator continuará a fazê-lo, porém, de modo mais coerente para com a nova lógica de hipercomplexidade que emerge na globalização, se sua atuação se der em paralelo para com a autorregulação de organizações transnacionais (e não apenas com o padrão linear impositivo). A observação daquilo que pode ser considerado bem sucedido em termos normativos em um tipo de ordem pela outra pode levar a aprendizados (intersistêmicos interessantes, bem como a possibilidades maiores de reprodução bem sucedida tanto das organizações transnacionais quanto dos Estados no tempo e no espaço.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A globalização complexifica o mundo, pois as intercomunicações (midiáticas, políticas, jurídicas, econômicas, científicas, etc.) fazem com que multiplicidades de possibilidades de decisão e interpretação do mundo passem a ser não apenas perceptíveis, mas também acopladas. Nota-se, nesta senda, a

emergência de ordens jurídicas para além das fronteiras e competências estatais em âmbito global, possibilitando-se, a partir de um câmbio de paradigma teórico-jurídico, falar em constituições (de organizações internacionais; de empresas transnacionais; etc.) civis globais, pois seu campo de atuação relativiza a soberania territorial transfronteiriça.

Este câmbio teórico possibilita a consideração das organizações normativas internas dessas organizações como verdadeiras constituições justamente porque o deslocamento do centro da ideia constitucional da tradicional ideia de constitucionalização do Estado para outros âmbitos (muitos deles envolvendo Estados; outros, como as empresas transnacionais, sequer passando pela ideia estatal) parece representar um fator tônico da globalização. Não é mais possível, com a emergência de novos atores complexos na economia e na política – atores estes com grande capacidade de pressão e influência na altamente imbricada rede de comunicações intersistêmicas mundiais – deter, teoricamente falando, a globalização apenas aos âmbitos econômico e jurídico: o Direito passa por estes fenômenos, sendo necessário modificar a compreensão do seu papel em sociedade na globalização.

Apesar da qualidade dos argumentos que levam à equivalência constitucional dos códigos de conduta transnacionais, talvez seja temerário apresentá-los sob a nomenclatura “constitucional”. Eis uma controvérsia teórica bastante acentuada, dado que sob esta terminologia se tem uma tradição plurissecular, de ligação direta para com o Estado. É claro que tradições (ainda mais no contexto da globalização) se desmaterializam diante das evoluções, e este pode ser um caso significativo.

Mas não se pretendeu, aqui, entrar em uma discussão acerca desta controvérsia – aliás, de forma alguma se busca desconstruir tal argumento. O que se intentou, isto sim, foi apontar para a emergência de ordens jurídicas de regulação de assuntos hipercomplexos em âmbito mundial, de difícil efetividade regulatória apenas da parte de cada Estado-nação. Pode-se, assim, concluir que há estes âmbitos, que há regramentos para além daqueles positivados pelo Estado-nação que se efetivam no tocante a estes assuntos, e que não estão, necessariamente, em desenvolvimento paralelo ao regramento estatal: pode haver uma confluência entre o Direito de cada Estado-nação, entre o Direito Internacional e o Direito que nasce em âmbitos transnacionais, que “transbordam” a ideia de estatalidade e dela não são dependentes.

Ademais, tais ordens jurídicas de autorregulação global não podem ser compreendidas como “cepas” normativas totalmente alheias à regulação estatal. A reprodução bem sucedida destas organizações no tempo e no espaço, diante do atual cenário hipercomplexo que se demonstra, pode depender em larga medida da eficiência conjunta, sincronizada e acoplada estruturalmente entre a ordem jurídica estatal e a ordem jurídica não-estatal de autorregulação.

Os reflexos (bem sucedidos ou não) da regulação de condutas por uma delas pode repercutir na outra, fazendo com que ideais de eficiência econômica e de justiça social possam ser reconcebidas a partir das observações do *gap* entre ambas.

REFERÊNCIAS

- DEVA, Surya. Human Rights Violations by Multinationals Corporations. **Connecticut Journal of International Law**, Hartford, v. 07, p. 01-57, 2003.
- EINHORN, Aaron. The Evolution and Endpoint of Responsibility: The FCPA, SOX, Socialist-Oriented Governments, Gratuitous Promises, and a Novel CSR Code. **Denver Journal of International Law and Policy**, Denver, v. 35, p. 509-545, 2007.
- FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**, tradução de Antonio Manuel Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 209
- GROSSI, Paolo. El orden jurídico medieval. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION - ISO. **International Standards and “Private Standards”**, Genève, 2010. Disponível em: <http://www.iso.org/iso/private_standards.pdf>. Acesso em 21 maio 2013, p. 2-3.
- JUENGER, Friedrich K. The Lex Mercatoria and Private International Law. **Lousiana Law Review**, Lousiana, v. 60, n. 4, p. 1133 - 1150, 2000.
- LOCKE, Richard; QUIN, Fei; BRAUSE, Alberto. Does monitoring improve labour standards? Lessons from Nike. **Corporate Social Responsibility Initiative**, {S. l.}, working paper n. 24, July 2006, p. 37-38. Disponível em: <http://www.hks.harvard.edu/mrcbg/CSRI/publications/workingpaper_24_1ocke.pdf>. Acesso em 18 jan 2013.
- LUHMANN, Niklas. **Law as a Social System**. Tradução para o inglês de Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- _____. **Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política**. Tradução para o espanhol de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2010.
- MUCHLINSKI, Peter T. **Multinational Enterprises and the Law**. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

PEREZ, Oren; AMICHAI-HAMBURGER, Yair; SHTERENAL, Tammy. The dynamic of corporate self-regulation: ISO 140001, Environmental Commitment and Organizational Citizenship Behavior. **Law & Society Review**, [S. l], v. 43, n. 3, p. 593-630, 1 maio 2009, p. 622-623. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1407227>. Acesso em 18 jan. 2013.

SANTORO, Michael A. Beyond Codes of Conduct and Monitoring: An Organizational Integrity Approach to Global Labor Practices. **Human Rights Quarterly**, [S. l], v. 25, n. 2, p. 407-424., maio 2003, p. 407. Disponível em: <http://muse.jhu.edu/login?auth=0&type=summary&url=/journals/human_rights_quarterly/v025/25.2santoro.html>. Acesso em 18 jan. 2013.

SCIULLI, David. **Theory of Societal Constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. **Impulso**, Piracicaba, v. 13, n. 33, p. 09-31, 2003.

_____. After Privatization? The Many Autonomies of Private Law. **Current Legal Problems**, London, v. 51, n. 1, p. 393-424, 2012a.

_____. Autoconstitucionalização de corporações transnacionais? Sobre a conexão entre os códigos de conduta corporativos (**Corporate Codes of Conduct**) privados e estatais. Tradução de Ivar Hartmann. Revisão de Germano Schwartz. In SCHWARTZ, Germano (Org.). Juridicização das esferas e fragmentação do direito na sociedade contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012b.

_____. **El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global**. Tradução para o espanhol de Manuel Cancio Meliá e Carlos Gómez-Jara Díez. Peru: ARA, 2005.

_____. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

_____. Societal Constitutionalism: alternatives to State-Centred Constitutional Theory? In: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (Ed). **Transnational Governance and Constitutionalism**. Portland: Hart Publishing, 2004.

WILKINS, Mira. European and North American Multinationals, 1870-1914: Comparisons and Contrasts. In: JONES, Geoffrey (Org.). **Transnational Corporations: a Historical Perspective**. London: Routledge, 1993. p. 23-62.

* Recebido em 16 jun. 2015.



A CONCEPÇÃO METAFÍSICA DO SER HUMANO EM ROUSSEAU E A ILEGITIMIDADE DA FORÇA COMO FUNDAMENTO DO DIREITO

*Regenaldo da Costa**

Resumo

Neste artigo pretendemos tematizar a crítica de Rousseau à força como fundamento de legitimidade do direito. Nele se pretende demonstrar que a os pressupostos metafísico-ontológicos da concepção de ser humano em Rousseau serve de base para a demonstração da ilegitimidade da força como fundamento do Direito.

Palavras-chave

Direito. Legitimidade. Fundamento.

THE METAPHYSICAL CONCEPTION OF HUMAN BEING IN ROUSSEAU AND THE ILLLEGITIMACY OF FORCE AS THE BASIS OF LAW

Abstract

This article aims to develop the theme of Rousseau's criticism of the force as the basis of legitimacy of law. It is intended to demonstrate that the metaphysical assumptions of human being conception in Rousseau serves as the basis for demonstrating the illegitimacy of force as the basis of law.

Keywords

Law. Legitimacy. Fundation.

1. INTRODUÇÃO

Uma das preocupações fundamentais de Rousseau em **Du Contract Social** é investigar os fundamentos para a legitimidade e a segurança da administração na ordem político-jurídica. Essa preocupação tem como pano de fundo uma antropologia filosófica, ou seja, uma consideração acerca dos homens tais como são. Há, portanto, como pressuposto para se pensar a ordem

* Professor da Universidade Federal do Ceará.

político-jurídica e sua legitimidade a necessidade de uma reflexão sobre a natureza humana, uma vez que essa legitimidade tem como pressuposto metafísico-ontológico uma ideia de natureza humana¹.

2. A CONDIÇÃO METAFÍSICO-ANTROPOLOGICA DO SER HUMANO EM CONTRAPOSITION À SUA CONDIÇÃO EMPÍRICA

Como já anunciado antes, Rousseau elabora *Du Contract Social* tomando como um dos pressupostos de sua reflexão uma antropologia. É por essa razão que ele inicia o primeiro capítulo do livro *Du Contract Social* tecendo considerações antropológicas, ou seja, exprimindo a condição natural do homem (a sua natureza) e a condição em que este homem empiricamente se encontra; condição essa que não coincide necessariamente com a sua natureza.

A primeira afirmação de Rousseau no primeiro capítulo da obra *Du Contract Social* é a seguinte: "L'homme est né libre, et partout il est dans le fers. Tel se croit maître des autres, qui ne laisse pas d'être plus esclave qu'eux"². Ora, dizer que o homem nasce livre não significa dizer que de fato, empiricamente, todo homem nasce livre, pois, sabemos - e Rousseau também o sabe - que em muitas sociedades na história da humanidade homens têm nascido na condição de escravidão. Nessa perspectiva, esse homem livre não é necessariamente um homem empírico, particular, mas um homem universal, um homem ideal, um homem concebido pela razão. Aliás, Rousseau tem tanta consciência disso que ele afirma que esse homem, que por sua natureza - em sua idealidade metafísica - nasce livre, se encontra, empiricamente, ou seja, na sua historicidade concreta, acorrentado, sob ferros.

* Professor de Filosofia do Estado no Programa de Pós-Graduação em Direito e de Filosofia do Direito no Curso de Graduação em Direito da UFC, Professor de Ética no Mestrado em Filosofia e no Curso de Graduação em Filosofia da UECE, Líder do Grupo de Pesquisa Filosofia dos Direitos Humanos da UFC e Líder do Grupo de Pesquisa Ética e Direitos Humanos da UECE.

¹ Para Rousseau, já em sua obra *Discours sur l'origine de l'inégalité* de 1755, anterior à obra *Du Contrat Social* de 1762, é de primordial importância para sua reflexão sobre a sociedade política legítima e sobre o direito legítimo uma antropologia, a saber, um estudo sobre o homem natural, uma vez que "Cette même étude de l'homme (...) de ses vrais besoins, et des principes fondamentaux de ses devoirs, est encore le seul moyen qu'on puisse employer pour lever ces foules difficultés qui se présentent (...) sur les vrais fondements du corps politique, sur les droit reciproques, et sur mille autres questions semblables". Tradução livre: "Este mesmo estudo do homem (...) de suas verdadeiras necessidades, e dos princípios fundamentais de seus deveres, é ainda a única maneira que nós podemos empregar para superar essa multidão de dificuldades que se apresentam (...) sobre os verdadeiros fundamentos do corpo político, sobre os direitos recíprocos e sobre mil outras questões semelhantes" (ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discours sur l'Origine et les Fundements de l'Inégalité Parmi les Hommes*. Paris: Flammarion, 2008, p. 57).

² Tradução livre: "O homem nasce livre e por toda parte ele se encontra acorrentado. O que se crê senhor dos outros não deixa de ser mais escravo que eles" (ROUSSEAU, Jean Jacques. *Du Contrat Social*. Paris: Flammarion, 2001, p. 46).

Há, portanto, para Rousseau, na condição humana uma contradição entre o existente e o ideal, entre o empírico e o metafísico, entre o particular e o universal, entre o fático e o ser (que implica em dever-ser). Neste horizonte de compreensão, podemos sustentar a tese de que um dos objetivos (ou o objetivo fundamental) do *Contrato Social* é a superação das contradições entre a faticidade e a idealidade, a empiria e a racionalidade, a escravidão e a liberdade³.

É nesse contexto de contradição entre o situacional e o ideal, ou seja, entre a condição empírica e a condição metafísico-ontológica do homem, que Rousseau se formula o seguinte questionamento: como o homem que livre nasceu se encontra acorrentado? Nesse questionamento está expressa uma constatação fática, que é a constatação da mudança na condição natural do homem, ou seja, há a constatação de que a construção da condição empírica do homem tem contrariado a sua condição racional, ideal.

Deste modo, o homem que é livre em sua natureza, modificado por sua situação empírica, se encontra escravizado⁴. Importa, pois, para Rousseau, não somente a constatação empírica dessa mudança, mas, também, indagar sobre o que a causou. No entanto, formulando tal questionamento, Rousseau parece dar a entender logo no primeiro capítulo do livro **Du Contract Social** que ele não pretende nessa obra responder à indagação sobre como aconteceu esse distanciamento do homem empírico em relação ao homem ideal - metafisicamente concebido.

Que pretende, então, Rousseau? Sua pretensão fica clara quando, logo a seguir, quando ele formula um novo questionamento: O que pode tornar

³ Nessa perspectiva, segundo Costa “importa (...) investigar qual a possibilidade de um critério de validade do direito e do poder político, o qual possa orientar a institucionalização de um poder político-jurídico como forma de dominação legal legítima da sociedade, sob pena de institucionalizarmos um poder político arbitrário e um direito arbitrário e, desse modo, ilegítimos do ponto de vista da racionalidade humana” (COSTA, Regenaldo da. **Ética e Filosofia do Direito**. Rio-São Paulo-Fortaleza: ABC Editora, 2006).

⁴ Nessa perspectiva, Rousseau entra em contraposição à concepção metafísica da natureza humana concebida por outros grandes pensadores, como é o caso de Aristóteles, para quem alguns homens nascem com a natureza (essência) de homens livres e outros com a natureza (essência) de escravos (não livres). Ora, para Aristóteles, “É claro, portanto, que há casos de pessoas livres e escravas por natureza, e para estas últimas a escravidão é uma instituição conveniente e justa” (ARISTÓTELES. **Política**. Brasília: Editora da UNB, 3^a Edição, 1985, p.20) e, mais, ainda, “On peut donc évidemment (...) soutenir qu'il y a des esclaves et des hommes libres par le fait de la nature; on peut soutenir que cette distinction subsiste bien réellement toutes les fois qu'il est utile pour l'un de servir en esclave, pour l'autre de régner en maître; on peut soutenir enfin qu'elle est juste, et que chacun doit, suivant le vœu de là nature, exercer ou subir le pouvoir”. Tradução livre: “É claro que podemos (...) sustentar que há escravos e homens livres por natureza; podemos sustentar que esta distinção subsiste propriamente todas as vezes que é útil para um servir como escravo e para o outro comandar como senhor; podemos sustentar, finalmente, que essa distinção é justa e que cada um deve, segundo os ditames da natureza, exercer o poder ou a ele se submeter (ARISTOTE. **Politique**. 3e. édition. Librarie Philosophique de Ladrangue, 1874, p.22).

legítima a condição empírica do homem? Ora, a pergunta central de Rousseau é sobre a legitimidade da condição humana empírica, pois foi na constituição empírica da condição humana que a natureza do homem foi contrariada, violada. Assim sendo, o que Rousseau pretender resolver é a questão da legitimidade da construção empírica do homem que, por essência, é livre e que se encontra em uma condição que contraria sua liberdade, ou seja, se encontra em uma condição de escravidão. Em verdade, ele afirma que acredita que pode resolver essa questão.

3. A CONDIÇÃO METAFÍSICO-ANTROPOLÓGICA DO SER HUMANO E A ILEGITIMIDADE DA FORÇA COMO FUNDAMENTO DO DIREITO

Após essa postulação de uma concepção antropológica ideal de homem, na qual o homem é concebido como livre em sua natureza, e a constatação de que em sua condição empírica o homem se encontra escravizado, Rousseau, no segundo parágrafo do primeiro capítulo, começa a refletir sobre a legitimidade do uso da força e sobre a ordem social como um direito sagrado, que serve de base a todos os demais direitos sociais. Há, por conseguinte, nessa reflexão a postulação implícita de uma relação necessária entre a liberdade, a força, o direito e a ordem social. Rousseau não deixa claro, de modo explícito, qual é essa relação, entretanto, ao tematizar a liberdade, a força, o direito e ordem social no mesmo parágrafo, entendemos que, para ele, há uma relação fundamental entre essas categorias e que, implicitamente, nas entrelinhas, ele já a expressou como fundamental.

Ao abordar a categoria “força”, Rousseau o faz refletindo sobre a relação da mesma com o povo. Isso significa dizer que ele está refletindo sobre essa categoria na perspectiva da ordem social e política. Segundo ele, se considerarmos apenas a força e o efeito que dela deriva, “tant qu’un peuple est contraint d’obéir et qu’il obéit, il fait bien”⁵ e, mais, ainda, “sitôt qu’il peut secouer le joug et qu’il le secoue, il faire encore mieux; car, recouvrant sa liberté par le même droit qui la lui a ravie, ou il est fondé à la réprendre, ou l’on ne l’était point à lui ôter”⁶ Com essas afirmações, podemos perceber, em primeiro lugar, que para ele a força

⁵ Tradução livre: “Quando um povo é constrangido a obedecer e que ele o faz, age bem” (ROUSSEAU, Jean Jacques. **Du Contrat Social**. Paris: Flammarion, 2001, p. 46).

⁶ Tradução livre: “Logo que ele pode sacudir o jugo e que ele o faz, ele faz ainda melhor, porque recobrando sua liberdade pelo mesmo direito que lha tinham arrebatado, ou ele tem razão em retomá-la ou não tinham em lha tirar” (ROUSSEAU, Jean Jacques. **Du Contrat Social**. Op. cit., p.46).

pode ser um fator de constrangimento e de submissão de um povo⁷ e, em segundo lugar, que a emancipação da força que constrange e submete o povo é algo possível e que deve ser feito (sendo, pois, um dever-ser).

No entendimento de Rousseau, através do uso da força se pode subtrair a liberdade do homem e mantê-lo em submissão e escravidão, ou seja, a força mal-usada pode ser um instrumento de violação à natureza humana na medida em que ela pode violar sua liberdade, que é sua condição natural. Essa é a razão pela qual se um povo se encontra impotente para recuperar a sua liberdade, que lhe foi roubada pela força, por não ter condições de se emancipar dessa força opressora que o escraviza, ele deve a ela se submeter, no entanto, logo que ele tenha condições de dela se emancipar e, por conseguinte, de se libertar da escravidão que lhe foi imposta e recuperar seu direito natural à liberdade, ele deve fazê-lo.

Nesse contexto, podemos afirmar que no segundo parágrafo do contrato social já está expresso que nem todo uso da força é legítimo e que a força não deve ser usada para suprimir a liberdade do homem, escravizando-o. Assim sendo, a ordem social e política e, por conseguinte o Direito, não deve meramente ser uma expressão da força, pois sendo esse o caso, eles carecem de legitimidade, uma vez que a força por si não gera a legitimidade de uma ordem social e jurídica, que também pode ser um instrumento de opressão do homem e de violação de seu direito natural à liberdade⁸.

Ora, como já foi dito anteriormente, para Rousseau a ordem social é um direito sagrado que serve de base a todos os outros direitos. Nessa perspectiva,

⁷ No entendimento de Costa, “há uma inversão da relação legítima entre poder político e direito quando o poder político apenas instrumentaliza o direito” (COSTA, Regenaldo da. *Ética e Filosofia do Direito*. Rio-São Paulo-Fortaleza: ABC Editora, 2006), isto é, quando o direito se coloca como mero instrumento da força (política), sendo que “O poder ao se institucionalizar, através do médium do direito para o exercício de uma dominação legal, instrumentaliza o direito na mesma medida em que não atende “a contento” a exigência de validade deontológica associada ao direito legítimo, configurando-se, portanto, como poder ilegítimo” (COSTA, Regenaldo da. Op., cit., p.), validade deontológica essa que para se justificar como racionalmente legítima necessita de uma justificação racional suficiente (atendendo a um dos critérios da rationalidade: o princípio de razão suficiente). Ora, segundo Costa, “Esse poder político instrumentalizador do direito é ilegítimo na mesma medida em que usurpa, em parte, a pretensão à validade deontológica do direito e pressiona o direito para ser, em parte, um mero instrumento da dominação ilegítima da sociedade” (COSTA, Regenaldo da. Op., cit., p.).

⁸ Importa compreender que a ordem político-jurídica, compreendida sob a idealidade da razão humana, deve ter como fundamento a justiça, logo, as normas jurídicas através das quais o direito se expressa devem ser justas para serem legítimas. Conforme Costa, “Essa é a razão pela qual a mera positividade da moral e do direito não pode ser critério suficiente para a aceitação de sua validade, pois são também as normas morais e jurídicas – uma vez que feita pelos homens – instrumentos do mal e da injustiça; afinal, normas morais e jurídicas, não poucas vezes, justificaram a escravidão, o racismo, o totalitarismo, o sexism, a intolerância religiosa, etc” (Cf. a respeito em COSTA, Regenaldo da. *Prefácio em WEYNE*, Bruno Cunha. *O princípio da dignidade humana. Reflexões a partir da filosofia de Kant*. São Paulo: Edotora Saraiva, 2013).

se a força por si não é legítima, a ordem social e seus direitos não devem ser meramente uma expressão da força. Mas, se a ordem social não pode derivar sua legitimidade da força e, por conseguinte, da lei do mais forte, o que torna legítima a ordem social?

Essa é uma questão fundamental que a obra **Du Contract Social** deve tentar responder, pois, se não há outro fundamento para a ordem social do que a força, então a ordem social será apenas a expressão do poder do mais forte, logo, ela será uma inimiga da liberdade, pois a vontade ilegítima do mais forte é uma ameaça constante à liberdade e, por conseguinte, à natureza humana e seus direitos naturais.

3.1. Crítica ao direito do mais forte como fundamento do Direito

No capítulo terceiro do livro primeiro do *Contrato Social* Rousseau retoma a reflexão sobre a legitimidade do uso da força, feita no capítulo anterior, razão pela qual o capítulo se intitula: "*Du droit du plus fort*"⁹. Em outras palavras, interessa a Rousseau questionar se o direito e, por consequência, a ordem social – fundamento de todos os direitos - deve ter como fundamento meramente a força. Ele inicia essa reflexão com a seguinte afirmação: "*Le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours le maître, s'il ne transforme sa force en droit et l'obéissance en devoir*"¹⁰. Ora, isso significa dizer que só através do direito é que se pode exercer um domínio estável, de modo que a força sem a mediação do direito não é capaz de constituir relações sociais estáveis e, portanto, uma ordem social e política estável. Entretanto, importa refletir se o direito deve ser meramente a expressão da força, em outras palavras, uma mera expressão do poder e da vontade do mais forte.

Segundo o iminente filósofo, há quem estabeleça o direito do mais forte como princípio e isso significa dizer que o fundamento da ordem social política e jurídica é a força do mais forte e que a fonte de legitimidade de todo o direito é o poder de quem tem mais força. Ele, porém, questiona de forma radical essa tese, que, em seu entendimento, resulta em contrassensos inexplicáveis. Que contrassensos são esses?

Em primeiro lugar, afirma Rousseau: "*La force est une puissance physique; je ne vois point quelle moralité peut résulter de ses effets*"¹¹. Nessa perspectiva, ele sustenta a tese de que "*Céder à la force est une acte de nécessité, non de volonté; c'est*

⁹ Tradução livre: "O direito do mais forte" ROUSSEAU, Jean Jacques. **Du Contrat Social**. Paris: Flammarion, 2001, p. 49.

¹⁰ Tradução livre: "O mais forte não é jamais suficientemente forte para ser sempre o senhor, se ele não transforma sua força em direito e sua obediência em dever" (ROUSSEAU, Jean Jacques. Op., cit., p.46).

¹¹ Tradução livre: "sendo a força um poder físico, não vejo que moralidade poderia resultar de seus efeitos" (ROUSSEAU, Jean Jacques. Op., cit., p. 49).

*tout au plus une acte de prudence*¹², de modo que ele se questiona se isso poderá ser concebido como um dever, em suas palavras: “*En quel sens pourra-ce être un devoir?*”¹³. Pois bem, com essa compreensão Rousseau dá a entender que se não há um ato de vontade em ceder à força, não havendo nesse ato manifestação da liberdade, não há como pensar legitimidade nele, de modo que onde não há liberdade não pode haver moralidade.

Em segundo lugar, argumenta Rousseau que se a força fosse a única fonte do direito, não poderia haver estabilidade na ordem social, pois “*sitôt que c'est la force qui fait le droit, l'effect change avec la cause; tout la force qui surmonte la première succéde à son droit*”¹⁴. Ora, “*puisque le plus fort a toujours raison, il ne s'agit que de faire en sorte qu'on soit le plus fort*”¹⁵; nessa perspectiva, o direito legítimo seria o resultado de uma luta em que o mais forte se imporia e como o mais forte agora pode vir a não ser o mais forte no momento seguinte, o direito e, por conseguinte, a ordem social e política ficariam sem qualquer estabilidade e sempre sujeitos ao capricho do mais forte. Além disso, se é a força que faz o direito, “*Sitôt qu'on peut désobéir impunément on le peut légitimement*”¹⁶, por conseguinte, o direito seria mera coação e não dever-ser.

Em terceiro lugar, o direito cessaria ao cessar a força. Mas, que é um direito que perece quando a força cessa? Esse seria um direito que não se constituiria em dever jurídico (dever-ser jurídico), pois “*S'il faut obéir par force on n'a pas besoin d'obéir par devoir, et si l'on est plus force d'obéir on n'y est plus obligé*”¹⁷, de modo que o dever de obedecer ao direito cessa quando cessa a coação, de forma que sem a coação em ato o direito deixaria de ser direito e a obediência deixaria de ser um dever. Assim sendo, “*On voit donc que ce mot de droit n'ajoute rien à la force; il ne signifie ici rien de tout*”¹⁸ ou seja, se o direito se funda na força, então, o direito não é legítimo e não legitima a força e ela, posta como fundamento da ordem social e política, continua sendo ilegítima e arbitrária.

¹² Tradução livre: “Ceder à força é um ato de necessidade, não de vontade; é quando muito um ato de prudência” (ROUSSEAU, Jean Jacques. Op., cit., p. 49).

¹³ Tradução livre: “em que sentido poderia isso ser um dever?” (ROUSSEAU, Jean Jacques. Op., cit., p. 49).

¹⁴ Tradução livre: “se é a força que faz o direito, o efeito muda com a causa e toda força que se sobrepõe à primeira a sucede em seu direito” (ROUSSEAU, Jean Jacques. Op., cit., p. 49).

¹⁵ Tradução livre: “visto que o mais forte tem sempre razão, se trata apenas de agir de tal modo a ser o mais forte” (ROUSSEAU, Jean Jacques. Op., cit., p. 49).

¹⁶ Tradução livre: “Logo que se pode desobedecer impunemente, se pode fazê-lo legitimamente” (ROUSSEAU, Jean Jacques. Op., cit., p. 49).

¹⁷ Tradução livre: “Se é necessário obedecer por força não há mais necessidade de obedecer por dever, e se não se é mais forçado a obedecer não se é mais obrigado a fazê-lo” (ROUSSEAU, Jean Jacques. Op., cit., p. 49).

¹⁸ Tradução livre: “Se vê que a palavra direito não acrescenta nada à força; ela não significa aqui absolutamente nada” (ROUSSEAU, Jean Jacques. Op., cit., p. 49).

Assim sendo, quando se afirma que se deve obedecer aos poderosos, se isso quer dizer apenas ceder à força, o preceito é bom mais supérfluo, pois ele não será jamais violado, pois a força do mais forte em ato, não pode jamais ser violada pelo mais fraco, a não ser que ele se torne o mais forte, o mais poderoso. Nessa perspectiva, para Rousseau, a força não gera o direito legítimo e só se é obrigado a obedecer ao poder legítimo. Mas, que é mesmo o poder legítimo? Qual o critério de legitimidade do poder legítimo? São essas questões que Rousseau se propõe a responder ao desenvolver na obra **Du Contract Social**.

3.2. Os direitos naturais ancorados em pressupostos metafísico-antropológicos (e as convenções legítimas) em contraposição à força como critério de legitimidade do Direito

No capítulo quarto do livro **Du Contract Social** Rousseau desenvolve sua reflexão sobre a relação entre força e liberdade, direito e escravidão. Como, para ele, a força não produz qualquer direito, as convenções são a base de toda autoridade legítima entre os homens. Assim sendo, podemos compreender que a ordem social e política – fundamento de todos os direitos - não deve ter como fundamento a força e é nessa perspectiva que se pode afirmar que o fundamento dos direitos também não pode ser a força. Evidentemente, essa maneira de pensar se funda em uma antropologia filosófica (ou racional), que concebe todos os seres humanos como naturalmente iguais e livres, de modo que “*aucun homme n'a une autorité naturelle sur son semblable*”¹⁹.

Mas, que homem é esse – que não tem autoridade sobre seu semelhante - do qual Rousseau fala? Evidentemente, não é o homem meramente empírico, pois na história empírica da humanidade alguns homens têm exercício domínio (???), inclusive, ilegítimo e arbitrário sobre outros; afinal, “*L'homme est né libre, et partout il est dans le fers*”²⁰. O homem do qual Rousseau fala é um homem natural em sua condição metafísica. Ele fala, por conseguinte, da natureza humana e de sua condição metafísica. Deste modo, o homem do qual Rousseau fala é um homem concebido racionalmente, ou seja, um homem ideal, um homem metafísico, um homem que só a razão (uma antropologia filosófica) pode conceber.

Nesse horizonte antropológico, que diz respeito ao homem enquanto ser racional, “*Renoncer à sa liberte c'est renoncer à sa qualité d'homme, aux droits de l'humanité, même a se devoirs*”²¹, pois “*Une telle renonciation est incompatible*

¹⁹ Tradução livre: “nenhum homem tem autoridade natural sobre seu semelhante” (ROUSSEAU, Jean Jacques. Op., cit., p. 49).

²⁰ Tradução livre: “O homem nasce livre e por toda parte ele se encontra acorrentado” (ROUSSEAU, Jean Jacques. Op., cit., p. 46).

²¹ Tradução livre: “Renunciar à sua liberdade é renunciar à sua qualidade de homem, aos direitos de humanidade, mesmo a seus deveres” (ROUSSEAU, Jean Jacques. Op., cit., p. 51).

*avec la nature de l'homme*²². A partir dessas considerações, podemos compreender que há para a antropologia filosófica de Rousseau uma natureza humana, uma qualidade de homem, que tem direitos que lhe são inerentes e mais, ainda, que renunciar esses direitos significa renunciar à sua humanidade e é sobre esse fundamento que não se deve renunciar jamais à liberdade. Essa é a razão pela qual *“Dire qu'un homme se done gratuitement, c'est dire une chose absurde et inconcevable; un tel acte est illégitime et nul, par cela seul que celui que le fait n'est pas dans son bon sens”*²³.

Assim sendo, há direitos naturais que são inerentes à natureza humana e, por conseguinte, pertencem ao homem independentemente de sua própria vontade ou do arbítrio de qualquer outro homem, de modo que renunciar a eles seria renunciar à qualidade de ser humano, de humanidade. Além disso, esses direitos independem de qualquer convenção e, portanto, de qualquer ordem social, que, para Rousseau, se funda em convenções e não na natureza. Ademais, esses direitos são, também, apresentados como deveres, de modo que se um homem renunciasse a esses direitos, ele estaria renunciando aos deveres que, naturalmente, tem para consigo próprio enquanto ser humano e, ao mesmo tempo, deveres que naturalmente tem para com a própria humanidade, que lhe é inerente.

Nesse contexto surgem perguntas fundamentais: como podem haver direitos naturais se a ordem social, que é a base de todos os direitos, se funda em convenções? Se a ordem social é convencional e é a base de todos os direitos, então, todos os direitos sendo fundados em uma convenção, não seriam também convencionais? Ora, parece haver no pensamento de Rousseau uma contradição, pois, sendo a ordem social a base de todos os direitos e sendo a mesma convencional, então, não se poderia falar de direitos naturais, de direitos inerentes à natureza humana, de direitos inerentes à humanidade, inerentes à condição de homem; logo, anteriores ao surgimento da ordem social e política, por conseguinte, anteriores à sociedade civil e política.

Há, portanto, para Rousseau, direitos e deveres naturais que pertencem aos seres humanos e dos quais eles não têm o poder moral de dispor, pois ao fazê-los estariam loucos, ou seja, estariam fora do uso da própria razão. Nessa perspectiva, enquanto o homem estiver usando de sua razão, ele não pode moralmente renunciar a esses direitos e deveres. Podemos concluir como consequência dessas teses que o homem por ser racional, por ter uma natureza

²² Tradução livre: “Uma tal renúncia é incompatível com a natureza do homem” (ROUSSEAU, Jean Jacques. Op., cit., p. 51).

²³ Tradução livre: “Dizer que um homem se dá gratuitamente é dizer uma coisa absurda e incomprensível; um tal ato é ilegítimo e nulo, porque aquele que o faz não está em seu bom senso” (ROUSSEAU, Jean Jacques. Op., cit., p. 50).

racial, é um ser que tem direitos e deveres naturais e, por conseguinte, pertence a uma comunidade, anteriormente ao surgimento da ordem social e política convencional, que é a comunidade de seres que têm direitos e deveres que lhe são inerentes por natureza.

É nesse horizonte de compreensão que Rousseau afirma que um povo não pode racionalmente (moralmente) alienar sua liberdade, pois dizer isso de um povo seria supor um povo de loucos e a loucura não pode ser fundamento do direito. Nessa perspectiva, Rousseau, dá a entender que há direitos naturais que pertencem ao homem e ao povo. Mas, se todo o direito emana da ordem social – a base de todos os direitos – que é apenas fruto de convenção, porque um povo não poderia renunciar sua liberdade? Parece-me que o próprio Rousseau responde a esse questionamento ao afirmar o que segue e que, para ele, se aplica tanto aos homens como a um povo:

Renoncer à sa liberte c'est renoncer à sa qualité d'homme, aux droits de l'humanité, même a ses devoirs. Il n'y a nul dédommagement possible pour quiconque renonce à tout. Une telle renonciation est incompatible avec la nature de l'homme, c'est ôter toute moralité à ses actions que d'ôter toute liberté a sa volonté²⁴

Se um povo no uso de sua razão não pode renunciar à sua liberdade, pois isso seria renunciar à sua natureza humana, aos direitos e deveres de humanidade, então, como pode afirmar Rousseau que a ordem social se funda somente em convenções, uma vez que a humanidade, os direitos de humanidade, são anteriores ao surgimento da ordem social, ao surgimento da sociedade civil e política? Parece haver uma forte contradição em sua argumentação (...), pois é impossível conciliar a tese de que todos os direitos têm como base uma ordem social convencional e a tese de que há direitos naturais, inerentes à natureza humana, anteriores a qualquer convenção que institui a ordem social e política.

De qualquer modo, é com base nesses pressupostos que Rousseau vai contestar de forma radical qualquer pretensão de legitimidade à escravidão. Para isso ele vai utilizar vários argumentos, dentre eles o argumento de que os pais não têm o direito de alienar os filhos, de modo a torná-los escravos. Segundo ele, “*Quand chacun pourrait s'aliéner lui-même il ne peut aliéner ses enfants; ils naissent hommes et libres; leur liberté leur appartient, nul n'a droit d'en disposer qu'eux*”²⁵. Pois bem, para Rousseau, quanto à autoridade dos pais para com os filhos, “*Avant qu'ils soient en âge de raison le père peut em leur nom stipuler des*

²⁴ “Renunciar à sua liberdade é renunciar à sua qualidade de homem, aos direitos de humanidade, mesmo a seus deveres (...) uma tal renúncia é incompatível com a natureza humana e significa Tradução livre: tirar toda moralidade de suas ações e toda liberdade de sua vontade” (ROUSSEAU, Jean Jacques. Op., cit., p. 51).

²⁵ Tradução livre: “Mesmo que cada um pudesse alienar a si mesmo, não poderia alienar seus filhos; eles nascem homens e livres, sua liberdade os pertence e ninguém pode dispor delas a não ser eles mesmos” (ROUSSEAU, Jean Jacques. Op., cit., p. 51).

*conditions pour leur conservation, pour leur bien-être*²⁶, porém, há limites para o poder paterno: o pai não pode lhes dar irrevogavelmente e sem condições, pois isso seria contrário aos fins da natureza e ultrapassaria os direitos de paternidade.

Isso significa dizer que os fins da natureza têm legitimidade e se sobrepõe à vontade dos pais, estabelecendo, assim, limites para os direitos dos pais e, mais, ainda, estabelecendo deveres dos pais para com os filhos. Nessa perspectiva, há direitos para os filhos, que lhe são atribuídos por natureza, e que implicam em direitos e deveres dos pais para com os filhos, de modo que os direitos dos filhos são concebidos como naturais e indisponíveis, logo, não são convencionais e nem fruto de uma ordem social convencional. Mas, como conciliar essa tese com outra tese do próprio Rousseau de que a ordem social – *que é concebida como base de todos os direitos* - não é natural e sim convencional? Parece-nos que essas duas teses são incompatíveis e contraditórias, de modo que Rousseau se autocontradiz mais de uma vez.

Rousseau também argumenta contra a tese que origina o direito de escravidão da guerra, logo, da força do mais forte. É nesse momento que Rousseau contesta a tese de Grotius, segundo a qual vencedor tendo o direito de matar o vencido, ele pode comprar sua vida à custa de sua liberdade, o que seria vantajoso para os dois. Ora, para Rousseau esse pretendido direito de matar os vencidos não resulta de modo algum do estado de guerra, aliás, para ele, os homens no estado de natureza não podem estar em estado de guerra, pois nele os homens vivem em uma primitiva independência, de modo que entre eles não há relações constantes para constituir nem um estado de paz e nem um estado de guerra; assim sendo, no estado de natureza, eles não são naturalmente inimigos.

No entendimento de Rousseau, o estado de guerra não pode surgir de relações pessoais. Nessa perspectiva, não pode existir nem no estado de natureza e nem no estado social guerra privada de homem a homem; pois:

*C'est le rapport des choses e non des hommes qui constitue la guerre, et l'état de guerre ne pouvant naître des simples relations personnelles, mais seulement des relations réelles, la guerre privé ou de l'homme à homme ne peut exister, ni dans l'état de nature où il n'y a point de propriété constante, ni dans l'état social où tout est sous l'autorité de lois*²⁷

²⁶ Tradução livre: “antes que os filhos estejam na idade da razão o pai pode estipular em seu nome as condições para sua conservação, para seu próprio bem-estar” (ROUSSEAU, Jean Jacques. Op., cit., p. 51).

²⁷ Tradução livre: “É a relação das coisas e não homens que constitui a guerra e o estado de guerra não pode surgir de simples relações pessoais, mas somente de relações reais, a guerra privada ou de homem para o homem não pode existir, nem no estado de natureza, onde não há nem

Ora, para ele, a guerra não é uma relação de homem a homem, mas de Estado a Estado e nela os particulares são inimigos apenas accidentalmente, ou seja, são inimigos como soldados e não como homens ou como cidadãos. Assim sendo, as declarações de guerra são declarações às potências e não aos súditos, razão pela qual “*Même en pleine guerre un prince juste s’empare bien en pays ennemi de tout ce qui appartient au public, mais il respecte la personne et les biens des particuliers*”²⁸, ou seja, “*il respecte des droits sur lesquels sont fondés les siens*”²⁹. Importa, entretanto, compreender claramente que, no entendimento de Rousseau, “*Ces principes (...) dérivent de la nature des choses, et son fondés sur la raison*”³⁰.

Nesse horizonte de compreensão, as pessoas particulares têm direitos naturais que lhe são inerentes, inclusive direito aos seus bens; esses direitos são derivados da natureza das coisas e são fundamentos na razão, por conseguinte, não são convencionais. Convém lembrar que Rousseau já afirmara antes que a ordem social é o fundamento de todos os direitos e ela é convencional, de onde se pode inferir que todos os direitos têm como base convenções; no entanto, Rousseau mais uma vez se contradiz, pois, ao contestar o direito à escravidão a partir da guerra, ele invoca a existência de direitos naturais (não convencionais) que tornam ilegítima a escravidão, mesmo a partir da guerra.

É, porém, nessa perspectiva da existência de direitos humanos naturais que Rousseau contesta o chamado direito de conquista, uma vez que este não tem outro fundamento que a lei do mais forte. Ora, para ele, a força por si não gera legitimidade, aliás, é o uso ilegítimo da força que pode violar a liberdade e com isso violar a natureza humana e seus direitos naturais. Assim sendo, o direito de conquista, sendo apenas uma expressão da força, quando viola a liberdade não é direito algum, ou seja, é antes uma violação arbitrária do direito natural à liberdade.

Além disso, argumenta Rousseau, o fato de ser vencedor em uma guerra, de conquista ou não, não dá aos vencedores o direito de matar os vencidos, de modo que o direito natural à vida é um limite para o uso da força. Essa é a razão pela qual, para ele, a guerra não dá ao vencedor o direito de massacrar os povos vencidos.

propriété constante, nem no estado social, onde tudo está sob a autoridade das leis” (ROUSSEAU, Jean Jacques. Op., cit., p. 52).

²⁸ Tradução livre: “Mesmo em plena guerra um príncipe justo se apodera em país inimigo de tudo que pertence ao público, mas ele respeita as pessoas e os bens dos particulares” (ROUSSEAU, Jean Jacques. Op., cit., p. 53).

²⁹ Tradução livre: “ele respeita os direitos sobre os quais são fundados os seus” (ROUSSEAU, Jean Jacques. Op., cit., p. 53).

³⁰ Tradução livre: “Estes princípios (...) não são fundados sobre a autoridade dos poetas, mas eles derivam da natureza das coisas e são fundados na razão” (ROUSSEAU, Jean Jacques. Op., cit., p. 53).

Pois bem, se a guerra não dá aos vencedores o direito de matar os vencidos, menos ainda lhes dá o direito de conservar a vida dos vencidos em troca de sua liberdade. Desse modo, “*C'est donc une échange inique le lui faire acheter au prix de sa liberte sa vie sur laquelle on n'a aucun droit*”³¹, pois como não se tem direito à vida dos vencidos, não se pode trocar algo que não se tem (o direito à vida dos vencidos) – direito que não se deve ter pelo fato de ter sido vencedor - por algo que não se pode moralmente ter, a liberdade de outrem (um direito humano natural indisponível).

Assim sendo, querer estabelecer o direito de vida e morte a partir do direito de escravidão e o direito de escravidão a partir do direito de vida e morte é, para Rousseau, se enredar em um círculo vicioso. Conclui ele, então, qualquer defesa do direito à escravidão será sempre insensata, arbitrária e irracional, de modo que “*Ces mots, esclavage, et, droit, sont contradictoires; ils se excluent mutuellement. Soit d'un homme à un homme, soit d'un peopple à un people, ces discurs sera toujours également insensé*”³².

É nesse horizonte de compreensão que há, para Rousseau, uma grande diferença entre submeter uma multidão e governar uma sociedade. O fato de um homem submeter outros homens ao seu domínio, em qualquer número que possa ser, não constitui nem um bem público e nem um corpo político. Mesmo que um homem submeta a metade do mundo, ele não passa de um particular e seu interesse é sempre privado e não público. Haveria nesse caso apenas senhor e escravos, mas, não um povo e seu governante; haveria apenas uma agregação, mas, jamais uma associação, um corpo político.

No entendimento de Rousseau, em se tratando da sociedade política legítima e, por conseguinte, de uma ordem jurídica legítima, há sempre a necessidade de se ir além da força e se remontar a uma primeira convenção. Ora, para ele, “*La loi de la pluralité des suffrages est elle même un établissement de convention, et suppose au moins une fois l'unanimité*”³³, ou seja: se não houver uma convenção anterior, ao menos que a eleição seja unânime, de onde se tiraria a obrigação de um pequeno número se submeter ao grande? Assim sendo, a formação do corpo político e, por conseguinte, da ordem jurídica na sociedade política, pressupõe o consentimento daqueles que dele farão parte, sem o qual

³¹ Tradução livre: “é uma troca iníqua os fazer comprar ao preço de sua liberdade sua vida sobre a qual não se tem nenhum direito” (ROUSSEAU, Jean Jacques. Op., cit., p. 53).

³² Tradução livre: “Essas palavras **escravidão** e **direito** são contraditórias e se excluem mutuamente, seja de um homem a um homem, seja de um homem a um povo” (ROUSSEAU, Jean Jacques. Op., cit., p. 54).

³³ Tradução livre: “A lei da pluralidade dos sufrágios é ela própria um estabelecimento de convenção, e supõe ao menos uma vez a unanimidade” (ROUSSEAU, Jean Jacques. Op., cit., p. 55). (C.S.p.50)

o exercício de qualquer domínio, mesmo o da maioria, seria meramente pautado pela força e, por conseguinte, arbitrário e injusto.

4. CONCLUSÃO

Em consonância com os pressupostos metafísico-antropológicos da liberdade e da igualdade natural de todos os seres humanos, na ordem política legítima todos os seres humanos são concebidos como iguais e livres e só alienam sua liberdade natural em função de sua utilidade e em função da garantia da efetivação de sua liberdade e de sua igualdade na sociedade política. Por consequência, uma vez que só se deve obediência aos poderes legítimos, podemos concluir, com Rousseau, que a força de modo algum pode ser legitimamente, isto é, racionalmente, considerada fundamento do direito legítimo, que, sob o prisma da razão, sempre necessita de uma justificação racional suficiente para ser considerado válido³⁴.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **Política**. Brasília: Editora da UNB, 3^a Edição, 1985
- COSTA, Regenaldo da. **Ética do Discurso e Verdade em Apel**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- _____. **Ética e Filosofia do Direito**. Rio-São Paulo-Fortaleza: ABC Editora, 2006.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discours sur l'Origine et les Fundements de l'Inégalité Parmi les Hommes**. Paris: Flammarion, 2008.
- _____. **Du Contract Social**. Paris: Flammarion, 2001.
- WEYNE, Bruno Cunha. **O Princípio da Dignidade Humana. Reflexões a Partir da Filosofia de Kant**. São Paulo: Saraiva, 2013.

* Recebido em 10 nov. 2015.

³⁴ Segundo Costa, em concordância com Apel, a validade racional das normas pressupostas não pode ser fundamentada no mero fato da aceitação das mesmas, pois isso implicaria em cair no sofisma do liberalismo ético. (Cf. em COSTA, Regenaldo da. **Ética do Discurso e Verdade em Apel**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 209 e 210)



A LEI 12.546/2011: PONDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DAS CONTRIBUIÇÕES (ENCARGOS) SOCIAIS E O NECESSÁRIO DIÁLOGO ENTRE AS FONTES[△]

*Sheila Stolz**
*Rodrigo Galia***

Resumo

Na presente pesquisa, agora transformada em artigo, defender-se-á a ideia de que as polêmicas sobre o que *são* e *em que consistem* os percentuais de despesas sobre a folha de pagamentos de empregadas e empregados contratados formalmente têm origem nas diferentes conceituações dos componentes que integram o chamado *custo real do trabalho*. De um lado do debate se encontram os que consideram elevadíssimas as contribuições sociais (também chamados de encargos sociais) pagas pelas empresas sobre os salários das empregadas e dos empregados, e, de outro lado, estão aqueles que consideram que as contribuições sociais representam pouco mais de 1/4 da folha salarial das empresas. O objeto de estudo será delineado desde as perspectivas legais e doutrinárias para, a partir, dos conceitos de salário e de remuneração – e a respectiva diferenciação destes institutos jurídicos dos benefícios –, compreender a conformação das contribuições sociais. Com base nestes aportes, analisar-se-á a Lei 12.546 de 14/12/2011 que instituiu alterações significativas no cálculo do INSS sobre a folha de pagamento para os setores de Tecnologia da Informação (TI) e Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC); exame que servirá como base para averiguar se, em efeito, dita variação tributária reduz o *Custo Brasil*.

[△] Uma versão inicial deste artigo foi apresentado nos seminários da disciplina de Tributação e Estado Socioambiental ministrada pelo Professor Dr. Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito (Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS), Área de Concentração Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado.

* Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande (Fad/URG). Mestre em Direito pela Universitat Pompeu Fabra (UPF/Barcelona/Espanha). Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Coordenadora Geral do Núcleo de Pesquisa e Extensão em Direitos Humanos (NUPEDH/FURG). Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Educação em Direitos Humanos (PGEDH/FURG-UAB-CAPES). Pesquisadora dos Grupos de Pesquisa: Cooperação e Relações Contratuais (UNICURITIBA) e Estado, Processo e sindicalismo (PPGD/PUC-RS).

** Advogado, Doutorando em Direito (PUC/RS), Mestre em Direito (PUCRS), Professor de Direito do Trabalho II e de Estágio III (Prática Processual Trabalhista) da UNISINOS. Professor de Direito do Trabalho I e II do Curso de Direito das Faculdades Integradas São Judas Tadeu.

Palavras-chave

Diálogo entre as Fontes. Contribuições Sociais. Direitos Fundamentais. Direito do Trabalho. Direito Tributário.

BRAZILIAN LAW 12,546 / 2011: THOUGHTS ON THE INSTITUTE OF SOCIAL CONTRIBUTIONS (CHARGES) AND THE NECESSARY DIALOGUE BETWEEN SOURCES

Abstract

This research now reflected in this article defends the idea that the controversies over what the percentages of expenditures over companies payroll to employees are and what they consist of are rooted in the different conceptions of the elements that build the so-called real cost of labor. On one side of the debate are those who consider the costs of social security contributions (also called social charges) paid by businesses on the salaries of the employees very high and on the other side are those who believe that these contributions account for just over one quarter of the company's payroll. The object of study is outlined from the legal and doctrinal perspectives to understand, based on the concepts of salary and remuneration - and the respective differentiation of these legal institutes from social benefits - the formation of social contributions. Based on these contributions, it analyzes Brazilian Law 12,546 of 12/14/2011 establishing significant changes in the calculation of the social contribution on payroll for the sectors of Information Technology (IT) and Information Technology and Communication (ICT); this examination will serve as the basis to determine if in fact this tax change reduces the Brazil cost.

Keywords

Dialogue between sources. Social contributions. Fundamental rights. Labour Law. Tax Law.

Todo o sistema tributário deve ser dirigido ao grande problema do financiamento dos Direitos Fundamentais e deve existir um deslocamento do problema do Estado para o Indivíduo, uma passagem do paradigma da ordem e do poder para o paradigma da liberdade. [...] Trata-se de um modelo de promoção dos direitos fundamentais sociais que reconhece as virtudes de uma esfera econômica privada autonôma ao lado de uma esfera pública reguladora forte. (Paulo Antonio Caliendo Velloso da SILVEIRA, 2009, p. 148).

1. INTRODUÇÃO

As polarizadas divergências e estendidas polêmicas sobre o que *são* e *em que consistem* os percentuais de despesas sobre a folha de pagamentos de empregadas e empregados contratados¹ formalmente (sob os auspícios da Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT) têm sido, em efeito, o *Tendão de Aquiles* das políticas públicas de fomento ao emprego e a renda.

¹ No português, assim como eu outros idiomas, é comum o uso exclusivo do gênero gramatical masculino para designar o conjunto de homens e mulheres, ainda que morfológicamente existam formas femininas. Admite-se que o gênero masculino engloba o feminino, como é o caso da usual utilização das expressões o Homem ou os Homens como sinônimos de a Humanidade. Tomando a parte pelo todo, identificam-se os Homens com a universalidade dos seres humanos. Não obstante a padronizada utilização no vernáculo do gênero masculino como genérico, entende-se que subsumidas na referência linguística aos homens, as mulheres tornam-se praticamente invisíveis na linguagem e, quando visíveis, continuam marcadas por uma assimetria

Acredita-se que ditas polêmicas tem origem nas diferentes conceituações dos componentes que integram o chamado *custo real do trabalho*.

De um lado do fiel da balança se encontram os que consideram elevadíssimas as contribuições sociais (também chamados de encargos sociais²) pagas pelas empresas sobre os salários das empregadas e dos empregados, o que colocaria o Brasil em situação desfavorável na comparação internacional. De outro, estão os que consideram que as contribuições sociais representam pouco mais de 1/4 da folha salarial das empresas, argumentando que uma grande parcela do que se costuma chamar de contribuição social/encargo social é, na verdade, parte integrante da própria remuneração da empregada e do empregado.

Na base destas discussões existe, não obstante, um tema de fundo que não pode ser elidido: as contribuições sociais sobre a folha de pagamento das empregadas e dos empregados tem por fito financiar a Seguridade Social fundamentada, segundo o artigo 194 da Constituição Federal brasileira, em três pilares básicos: saúde, previdência e assistência social.

Não menos controvertido é o debate acerca do impacto que uma eventual redução das contribuições sociais teria sobre o mercado de trabalho sobre tudo em termos de criação de novos postos de trabalho, pois, segundo alguns especialistas, o peso excessivo das mesmas e a impossibilidade de sua flexibilização em casos de redução dos negócios levam as empresas a tomar, não raras vezes, uma atitude conservadora na criação de novos postos de trabalho ou a utilizar-se de mão de obra informalmente contratada. Não obstante, para outros especialistas, os fatores inibidores do crescimento do emprego mais do que vinculados ao peso das contribuições sociais, estão situados em outra esfera, isto é, atrelados às condições macroeconômicas que inibem o investimento como, por exemplo, nas altas taxas de juros, o arrocho monetário e fiscal, a ausência de políticas setoriais consistentes e, principalmente, em um ambiente de incertezas econômicas tanto a nível nacional como internacional.

que as encerra em especificidades: uma diferença natural (o sexo) e uma humanidade de um outro tipo. Ademais, em se tratando das relações de trabalho onde existem reais abismos entre homens e mulheres, entende-se por bem utilizar-se a linguagem aqui expressa como meio promotor da igualdade.

² Não há consenso no meio acadêmico quanto à denominação que se dá aos encargos. Entre os cientistas sociais e, em particular, entre os economistas, alguns os chamam genericamente de encargos sociais, outros, em particular os operadores do direito, os subdividem em contribuições sociais e encargos trabalhistas; outros ainda se referem a encargos sociais, encargos tributários e contribuições parafiscais. Menor o consenso existente quanto ao que se refere aos itens que compõem cada um desses grupos, o que dificulta uma análise comparativa e efetiva entre eles.

A este contexto soma-se o fato de que as empresas gozam da prerrogativa de ampliar a produção sem que exista a reciprocidade de novas contratações, através, por exemplo, da utilização de grande volume de horas extras de trabalho. E, ademais, no que concerne ao chamado *mercado informal* de trabalho, para esse segundo grupo de analistas, sua robusta existência se explicaria, antes de tudo, por características do atual sistema brasileiro de relações de trabalho e pelo desaparelhamento da máquina estatal de fiscalização, circunstâncias que tornam o risco da contratação ilegal baixíssimo. A contratação ilegal encontra campo fértil num ambiente de poucas garantias sociais de subsistência (renda mínima, por exemplo) o que leva um grande contingente de pessoas a se submeter a qualquer relação de trabalho, ainda que contraria a legislação trabalhista³.

Dado a intrincada natureza do tema em tela de análise, tomar-se-á, como ponto de partida, os ensinamentos de Erik Jayme que, preocupado com as transformações das relações econômicas e interpessoais, com a multiplicação de leis regulando amplos setores da vida em sociedade e a complexidade dos ordenamentos jurídicos em âmbito nacional e internacional, insiste na importância de que se promova o *diálogo entre as fontes* as mais heterogêneas na busca de coordenação e coerência do sistema jurídico-político norteado (no caso brasileiro pelo *telos Constitucional*) pela proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, pretende-se inicialmente resgatar a dinâmica que a Constituição Federal imprime ao Sistema Tributário Nacional e, no que couber, estabelecer ao longo do texto o necessário diálogo que tal Sistema deve ter (no que diz respeito à questão aqui discutida) com a legislação laboral. Na terceira seção será apresentada de forma concisa a polêmica sobre o conceito e os respectivos elementos constitutivos das contribuições/encargos sociais.

³ Corroboram a assertiva de que a contratação ilegal encontra campo fértil num ambiente de poucas garantias sociais, os dados apresentados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em sua Síntese de Indicadores Sociais – Uma análise das condições de vida da população brasileira 2012, ao demonstrar que a parcela de pessoas com 16 anos ou mais de idade ocupadas no mercado de trabalho brasileiro passou de 45,3% para 56% entre o período de 2001 a 2011. Entretanto, o mesmo relatório adverte que, em 2011, o contingente de mão de obra informal somava 44,2 milhões de pessoas, aproximadamente 22% do total da população brasileira, estimada em cerca de 193 milhões. Outra compilação de dados organizado pela OIT/Brasil e denominado Trabalho Escravo no Brasil do Século XXI, revela que persiste no Brasil uma mentalidade discriminatória e excluente apontando que no período de “1995 até 2005, 17.983 pessoas foram libertadas em ações dos grupos móveis de fiscalização integrados por auditores fiscais do Trabalho, procuradores do Trabalho e policiais federais. No total, foram 1.463 propriedades fiscalizadas em 395 operações. As ações fiscais demonstram que quem escraviza no Brasil não são proprietários desinformados, escondidos em fazendas atrasadas e arcaicas. Pelo contrário, são latifundiários, muitos produzindo com alta tecnologia para o mercado consumidor interno ou para o mercado internacional. Não raro nas fazendas são identificados campos de pouso de aviões. O gado recebe tratamento de primeira, enquanto os trabalhadores vivem em condições piores do que as dos animais”. (OIT/Brasil, 2006, p. 24).

Apoiado neste panorama geral na quarta seção delinear-se-ão, desde as perspectivas legais e doutrinárias os conceitos de salário e de remuneração e a respectiva diferenciação destes institutos jurídicos dos chamados benefícios, posto que se acredita ser indispensável esta aproximação a fim de que se compreenda a conformação das contribuições/encargos sociais. Na quinta seção restaurar-se-á, de forma substancial e abalizada, o debate acerca das contribuições/encargos sociais para, logo a continuação, na sexta e última seção, examinar a Lei 12.546 de 14 de dezembro de 2011 que, entre outros aspectos, instituiu alterações significativas no cálculo do INSS sobre a folha de pagamento para os setores de Tecnologia da Informação (TI) e Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC). A partir da análise legal, indagar-se-á, a guisa de conclusão, se dita redução das contribuições/encargos sociais diminui, de fato, o que se convencionou chamar de *Custo Brasil*.

2. O NECESSÁRIO DIÁLOGO ENTRE AS FONTES

Antes de adentrar-se no estudo das contribuições sociais, faz-se necessário um sucinto resgate da dinâmica que a Constituição Federal imprime ao Sistema Tributário Nacional – formado por um significativo e ordenado conjunto de princípios e normas jurídicas que se destinam a guiar o exercício do poder fiscal e a capacidade efetiva de tributar dos entes tributantes. Além dos fundamentos constitucionais, o Sistema Tributário encontra-se estruturado na Lei 5.172 de 1966, mais conhecida como Código Tributário Nacional. Com o objetivo de construir uma relação tributária harmoniosa, segura e certa entre o fisco e o contribuinte, o Direito Tributário se socorre, inúmeras vezes, de figuras alheias ao seu corpo normativo, mas pertencentes a outros ramos do Direito, passando a utilizar-se, quando cogente, de alguns princípios gerais do direito público e privado e, neste sentido, pode-se afirmar que apresenta um rico *diálogo com as demais fontes jurídicas*, conforme preceitua o Código Tributário Nacional, *in verbis*.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizado, expressa ou implicitamente, pela Constituição federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Direito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Além das fontes que a própria Lei reconhece como balizadoras de seus atos e ações, cabe, na esteira dos ensinamentos de Erik Jayme (2003, p. 109), promover o *diálogo entre as fontes* as mais heterogêneas – posto ser este um requisito indispensável à coerência dos sistemas jurídicos contemporâneos per-

passados pela complexidade e pluralismo⁴ de fontes, mas ordenados pelos Direitos Humanos e Fundamentais, assim como pelos valores fundantes da ordem Constitucional de cada país.

Segundo Claudia Lima Marques, divulgadora no Brasil da obra do professor Erik Jayme, o termo *diálogo das fontes* empregado por ele

[...] é uma expressão simbólica, simbólica de um novo paradigma de coordenação e coerência restaurada de um sistema legal, sistema hoje de fontes plúrimas, com diversos campos de aplicação, a criar, na era pós-decodificação, uma grande complexidade no antes simples fato – ou ato – de o aplicador da lei “escolher” entre as fontes (em aparente conflito) a lei ou leis a serem aplicadas ao caso concreto. (MARQUES, 2012, p. 27. *Grifos da autora*).

O idealizador da teoria do diálogo das fontes enfatiza que, no momento atual, a aplicação e interpretação do Direito requerem não mais a superação de paradigmas, mas a convivência de paradigmas e, como consequência, a convivência de normas jurídicas (amplo sentido) com campos de aplicação diferentes, e, assim sendo, mais convergentes e uníssonos com um sistema jurídico plural, mutável, fluído e complexo. O diálogo das fontes – como método – tem por escopo a *ratio* das normas jurídicas, ou seja, busca alcançar a finalidade *narrada* ou *comunicada* em ditas normas sob a luz da Constituição e de seu sistema de valores, princípios e direitos – particularmente dos Direitos Fundamentais. Em outros termos, dita teoria é uma visão atualizada e coerente do denominado *conflito de normas jurídicas* e, neste sentido, serve, segundo Claudia Lima Marques (2012), para iluminar a teoria geral do Direito, pois, como método, eleva a visão do intérprete para o *telos* do conjunto sistemático de normas e dos valores constitucionais.

No que segue, procurar-se-á dialogar não somente com as fontes do Direito, mas em face da complexidade do tema em discussão, com outras áreas do conhecimento.

3. A RECORRENTE POLÊMICA SOBRE O CONCEITO DE CONTRIBUIÇÕES/ENCARGOS SOCIAIS

O Direito, a Economia e a Sociologia do Trabalho são áreas de conhecimento que se encontram no campo das ciências sociais aplicadas, no qual os conceitos (*essentially contested concepts*⁵) e postulados estão, normalmente, cercados de controvérsias. Essa característica, entretanto, não lhes retira qualquer

⁴ Segundo o professor alemão, "Na linguagem do Direito, o pluralismo significa ter à disposição alternativas, opções, possibilidades" (JAYME, 2005, p. 29).

⁵ Segundo Sheila Stolz, "os conceitos em torno dos quais se suscitam de maneira inevitável disputas e controvérsias com relação aos usos mais convenientes que deles possam fazer os sujeitos que intervém no debate são denominados conceitos essencialmente controvertidos (essentially

mérito, posto que, ao contrário, torna mais transparente o limite da ciência enquanto aproximação com a realidade, aproximação que é inevitavelmente imprecisa, parcial, contestável, atrelada ao ponto de vista da cientista e do cientista, da pesquisadora e do pesquisador.

Com base neste esclarecimento inicial, faz-se necessário arrolar e contrapor as distintas concepções plausíveis sobre o tema em foco de exame, explicitando o ponto de vista do qual se está partindo para interpretar a realidade social.

Os conceitos de contribuições/encargos sociais chegam a ser tão dispareios que, dependendo da ótica da observadora e do observador, justificam-se conclusões radicalmente opostas e, em alguns casos, absurdas. Afirmação de fácil averiguação quando as discussões remetem a temas do mundo do trabalho como, *verbi gratia*, os referentes aos direitos das trabalhadoras e dos trabalhadores, da continuidade da relação de emprego, da ampliação dos posto de trabalho, entre outros.

Dos distintos pontos de vista sobre o tema *encargos sociais*, podem-se destacar duas grandes vertentes.

A primeira delas, de grande aceitação entre os empresários e alguns círculos acadêmicos que exercem influência destacada sobre o pensamento empresarial, parte de um conceito restrito de salário e conclui que os encargos sociais são muito elevados, atingindo, segundo os cálculos apresentados, mais de 100% da folha de pagamentos. A esta vertente de pensamento encontra-se afiliado, entre outros, o professor Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo (USP) e consultor de empresas José Pastore. Segundo essa visão, o Brasil tem uma elevada incidência de encargos trabalhistas sobre a folha de pagamento, pois uma empregada/um empregado custa para o empregador duas vezes o valor de seu salário o que, segundo Pastore, faz do país "o campeão de impostos e de encargos sociais. Argumenta-se que o Brasil é um país de encargos altos e salários baixos, o que faz o trabalhador receber pouco e custar muito para a empresa" (PASTORE, 1994, p.133). Índices que,

contested concepts). De acordo com Gallie (1965), os conceitos essencialmente controvertidos – habitualmente utilizados nas ciências humanas e sociais –, se caracterizam por possuírem os seguintes contornos:

Uma forte carga valorativa;

Fazem referência a realidades que também são valoradas tanto positiva como negativamente; Possuem uma estrutura interna complexa, composta de distintos elementos a partir dos quais se conforma uma entidade que recebe uma determinada valoração;

Ditos elementos configuradores da entidade não possuem entre eles uma hierarquia predeterminada, circunstância que permite perspectivas distintas sobre o conceito;

Possuem um caráter eminentemente aberto e a sua importância e aplicabilidade varia de acordo com o contexto" (STOLZ, 2010, p. 313)

em contra partida, não se averiguam, segundo Pastore, em países como a Alemanha (60%), a Inglaterra (58,8%), a Holanda (51%) e os Estados Unidos (9%).

Já na segunda interpretação, adotada, entre outros, pelo professor Edward Amadeo⁶, pelos pesquisadores Carlos Alonso B. de Oliveira, Paulo Eduardo de A. Baltar e Márcio Pochmann⁷ e por Jorge Jatobá⁸ e seguida também pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Sócio-Econômicos – DIEESE, conclui-se que o peso dos encargos sociais é de 25,1% sobre o salário.

Dado que as concepções apresentadas são díspares faz-se necessário, antes de chegar a alguma conclusão plausível acerca do tema, esboçar, já na próxima seção, os respectivos conceitos e elementos constitutivos do salário e da remuneração.

4. SALÁRIO E REMUNERAÇÃO: CONCEITO E ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

4.1. Origens

A origem da palavra remuneração vem de *remuneratio*, composta de *re*, que para o português tem como sentido e equivalência a ideia de *reciprocidade* e que significa, entre outras coisas, a noção de obrigação, de um lado, e dever, por outro. E *muneror*, que tem o sentido de recompensar ou compensar. Já, a palavra salário, tem sua origem na palavra latina *salarium*, que vem de sal, produto utilizado para o pagamento das prestações de serviço na Antiguidade.

Porém, essas palavras, remuneração e salário, acabam sendo cotidianamente utilizadas como se de sinônimos se tratassem. Certo é que ambas absorvem a ideia de pagamento feito pelo empregador ao prestador do serviço: a empregada ou ao empregado. E, como bem manifesta Sérgio Pinto Martins,

Vários nomes são empregados para se referir ao pagamento feito pelo que recebe a prestação de serviço e por aquele que os presta. Usa-se a palavra vencimento para denominar a remuneração dos professores, magistrados e funcionários públicos; ultimamente, tem sido empregada a palavra subsídios para designar a remuneração dos magistrados (art. 95, III, da Constituição). Subsídio era pagamento feito a quem exercia cargo eletivo; honorários em relação aos profissionais liberais; soldo, para militares; ordenado, quando preponderava o esforço intelectual do trabalhador em rela-

⁶ Vinculado a Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ).

⁷ Estes três últimos, pesquisadores do Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp).

⁸ Ex-assessor especial do Ministério do Trabalho durante o governo Fernando Henrique Cardoso e professor da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

ção aos esforços físicos; salário, para os trabalhadores que não desenvolvem esforço intelectual, mas apenas físico. Proventos é a palavra empregada para estabelecer o recebimento dos aposentados ou de funcionários públicos aposentados. (MARTINS, 2008, p. 202)

Ademais e como se verificará mais adiante, para o autor, o uso do termo remuneração, compreende o conjunto de vantagens pagas pelo empregador diretamente a empregada ou ao empregado como também o pagamento feito por terceiros das gorjetas.

4.2. Conceituação

Cabe lembrar, na esteira da advertência feita por Carlos Alberto da Mota Pinto, que

[...] os problemas de conceituação ou construção jurídica são problemas cuja solução e cujos resultados permitem uma exposição sucinta e resumida do conteúdo das normas jurídicas, mas não servem como fundamento de soluções práticas. Os conceitos jurídicos têm um mero valor de formulação e não um valor prático; não estão antes das soluções jurídicas como seu fundamento, mas inferem-se das soluções como resultados “a posteriori” (PINTO, 1996, p. 196).

Seguindo, portanto, as sugestões de Pinto, convém averiguar a pertinência dos conceitos jurídicos em face ao seu enquadramento jurídico.

4.2.1. Salário

O artigo 458 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) esclarece o que integra o salário ao estabelecer que: “Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações in natura que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado”, porém, não o conceitua.

A doutrina criou algumas teorias com relação ao conceito de salário, não obstante, nenhuma delas foi verdadeiramente exitosa. Conseguiram, no entanto, aportar alguns esclarecimentos sobre a matéria. A primeira delas, denominada de teoria da contraprestatividade, procurou explicar o salário a partir do âmbito da relação de emprego relacionando à troca do trabalho da empregada/do empregado pela contraprestação salarial paga pelo empregador.

A segunda teoria, a da contraprestação da disponibilidade da empregada/do empregado, sugere que ela/ele receba do empregador por todo o

tempo em que esteja disponível para o trabalho, mesmo que não trabalhando efetivamente.

Uma terceira teoria encontrada é a que fixa o fundamento da contraprestação no próprio contrato de trabalho, ou seja, desvincula a ideia de que o pagamento do salário deva ser feito em razão da energia despendida pela empregada/pelo empregado, mas sim na noção mesma de reciprocidade prevista no contrato de trabalho pactuado entre as partes e que efetivamente vincula o empregador a contraprestar o salário em razão da prestação do serviço realizado, bem como pelo tempo em que a empregada/o empregado esteve à sua disposição. Essa última teoria prepondera sobre as demais por ser mais aceitável em razão de sua delimitação do que efetivamente é o salário, isto é, por configurar o salário como o pagamento realizado como contraprestação não apenas pelo serviço prestado como também pelo tempo em que a empregada/o empregado esteve disponível, sendo, não obstante, criticada por desconsiderar as interrupções do contrato de trabalho ou outros interstícios que a lei indica que deverão também ser pagos.

O conceito de salário entendido como “a retribuição devida e paga diretamente pelo empregador ao empregado, de forma habitual, não só pelos serviços prestados, mas pelo fato de se encontrar à disposição daquele, por força do contrato de trabalho” (BARROS, 2006, p. 712) oferecido por Alice Monteiro de Barro, será o conceito aqui adotado.

4.2.2. Remuneração

O artigo 457 da CLT omissa quanto ao conceito de remuneração traz em seu texto os elementos que a integram ao estabelecer que “compreende-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber”.

De acordo com a doutrina jurídica, constitui a remuneração o conjunto de prestações recebidas habitualmente pela empregada/pelo empregado pela prestação de serviços, seja em dinheiro ou em utilidades, pagas pelo empregador ou por terceiros (mas decorrente do contrato de trabalho), de modo a satisfazer suas necessidades básicas e de sua família. A remuneração é composta por duas partes: a primeira delas, pelo o salário, e, a segunda, pelos demais benefícios que compõem a remuneração. Nesta mesma acepção afirma Carmem Camino que a remuneração contempla

[...] alguns tipos de salário em sentido próprio (importância fixa, comissões, percentagens) e não partes integrantes do salário, além de outros tipos de natureza salarial, mas em sentido lato (gratificações ajustadas, abonos) (CAMINO, 2004, p. 341).

Sendo doutrinariamente claro o conceito de remuneração, dele pode se extrair o conceito de salário. Quanto ao conceito de remuneração, pode-se dizer que é mais amplo do que o de salário, pois ele comprehende mais benefícios em contrapartida aos serviços prestados e não apenas aqueles pagos diretamente pelo empregador como também aqueles pagos por terceiros.

4.2.3. Salário Mínimo

O salário mínimo encontra-se previsto, além do artigo 76 da CLT, na Constituição Federal no seu artigo 7º, IV, que o define como aquele pagamento feito a trabalhadora ou ao trabalhador “[...] fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”. Pode-se arguir, com Mozart Victor Russomano (2003, p. 376), que o salário mínimo diz respeito à linha divisória e abaixo da qual não se pode descer a remuneração da trabalhadora/do trabalhador, posto que aquém dela, se abre caminho ao domínio da exploração humana e da exclusão social.

Precisamente aqui se averigua o caráter protetivo do Direito do Trabalho em consonância com o espírito teleológico da Constituição brasileira que incorpora um certo ideal de vida humana boa explicitado na enumeração constitucional dos Direitos Fundamentais garantindo, ademais, o bem comum da sociedade na medida em que assegura em seu Preâmbulo a realização dos valores da liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça.

4.3. A distinção entre remuneração e benefícios

Há várias distinções a serem feitas quanto à remuneração e os benefícios. A primeira delas decorre da diferença existente entre a remuneração e a indenização. A indenização tem sua origem no Direito Civil e, para que ela se configure, faz-se necessária a conjugação de uma causa (inexecução de obrigação, inadimplemento, ofensa à lei, abuso de direito), de um dano (lesão patrimonial) ou de uma ameaça (nos casos de direitos da personalidade) e de nexo causal (o dano tem que ser resultado da causa). Entende-se por indenização à compensação devida a alguém de maneira a reparar, recompor, reduzir ou anular um dano de natureza moral ou patrimonial originado por cumprimento deficiente ou incumprimento de uma obrigação ou também por ameaça, lesão ou violação de um direito.

E, no que concerne a indenização paga pelo empregador e/ou terceiro a empregada ou ao empregado, ela mantém o mesmo sentido estipulado pelo

Direito Civil e costuma ser paga, mas não somente, quando no âmbito das relações de emprego houver ameaça ou lesão aos direitos da personalidade (previstos nos artigos 11 a 21 do Código Civil) e a respectiva reclamação por perdas e danos. Os Direitos da Personalidade dizem respeito aos atributos que definem e individualizam o indivíduo e estão diretamente vinculados à sua dignidade, mas também englobam, segundo Sérgio Cavalieri,

[...] a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais. Em suma, os direitos de personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem ser violados em diferentes níveis. Resulta daí que o dano moral, em *sentido amplo*, envolve esses diversos graus de violação dos direitos de personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada (CAVALIERI, 2007, p. 77).

Em se tratando do âmbito laboral a tutela dos direitos da personalidade nas relações de emprego também se faz presente (STOLZ, COSTA e COSTA, 2013). Entendimento pacificado, ademais, pelo Tribunal Superior Trabalho (TST), posto que se há de preservar, segundo seu entendimento, o respeito à consciência da trabalhadora/do trabalhador, zelar pela sua saúde mental e liberdade de trabalho, bem como sua intimidade, vida privada, honra e imagem, erradicando práticas que exponham as empregadas/os empregados a situações humilhantes, constrangedoras, ridículas, degadantes, vexatórias, causando-lhes perturbações psíquicas ou sentimentos de incapacidade profissional, atingindo, sobremaneira, sua autoestima⁹.

Outro benefício pago a empregada/ao empregado e que é distinto da remuneração, é a complementação de aposentadoria. Nesta o empregador ou empresa especializada paga a diferença entre o benefício previdenciário do INSS e a remuneração que o empregado receberia se estivesse trabalhando. Cabe ressaltar, com base no parágrafo 2º do artigo 202 da CLT, e do artigo 68 da Lei Complementar nº 109/2001, que os benefícios e as condições contratuais prevista nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de Previdência Privada não integram o contrato de trabalho pactado entre o empregador e as empregadas/os empregados nem, tão pouco, sua remuneração.

Com base na delimitação dos conceitos de salário e remuneração aqui realizada, incumbe agora retomar a polêmica discussão sobre as contribuições/encargos sociais.

⁹ TST – RR – 985-2006-025-03-00 (3^a Turma) Ministro Relator Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira – 29.04.09.

5. REVISITANDO A POLÊMICA SOBRE O CONCEITO DE CONTRIBUIÇÕES/ENCARGOS SOCIAIS

O grupo de especialistas que concluem ser elevado o percentual brasileiro concernente às contribuições/encargos sociais parte do conceito de salário como sendo o pagamento referente apenas das horas efetivamente trabalhadas. Em alguns trabalhos, a base de cálculo dos encargos chega a ser definida pelo conceito de *unidad salarial*. Nesse sentido, a base de comparação dos encargos não é a remuneração total da empregada/do empregado, nem mesmo o seu salário contratual, mas apenas uma parte dele. A base de cálculo assim estipulada, exclui do salário contratual a parte relativa ao descanso semanal remunerado, aos dias de férias e feriados, ao 13º salário, aos dias de afastamento por motivos de doença e acidente de trabalho pagos pela empresa, ao aviso prévio e à terminação do contrato de trabalho por rescisão contratual.

Já os que se alinham a outra forma de interpretação do que são os encargos sociais partem de um conceito mais amplo de salário e que se equipara ao conceito de remuneração anteriormente exposto. Entendendo que esta contraprestação se subdivide em três partes, a saber:

- o salário contratual recebido mensalmente, inclusive férias;
- o salário diferido (ou adiado), recebido uma vez a cada ano (13º salário e 1/3 de férias);
- o salário recebido eventualmente (FGTS¹⁰ e outras verbas rescisórias).

Para os representantes desse pensamento, todas essas são contraprestações pagas integral e diretamente a empregada/ao empregado. Constituem aquilo que elas/eles ganham diretamente ou na forma de espécie e também de conta poupança aberta em seu nome pelo empregador (*verbi gratia* o FGTS que constitui um patrimônio individual da empregada/do empregado).

Tal com o anuncia-se desde o começo deste texto, é precisamente em torno dos encargos incidentes sobre a folha de pagamentos das empresas que se concentra toda a polêmica em apreciação. Segundo Pastore, integra o conceito de encargos sociais tudo o que a empresa desembolsa e que excede o custo da hora efetivamente trabalhada. Neste caso, encargos sociais incidentes sobre a folha restringem-se às contribuições sociais pagas pelas empresas como parte do custo total do trabalho, mas que não revertem em benefício direto e integral da empregada/do empregado. Além das obrigações sociais recolhidas pelo Governo sobre a folha de pagamentos (INSS, salário-educação, seguro de

¹⁰ Existe uma discussão na doutrina que entende que o FGTS pode também ser incluído como salário diferido, uma vez que a empregada/o empregado tem o direito de sacá-lo, entre outros casos, quando de sua aposentadoria ou para a aquisição da casa própria (e não apenas na eventualidade de uma demissão sem justa causa).

acidentes do trabalho, contribuições repassadas ao Sesi/Sesc, Senai/Senac, Incra e Sebrae), entram também neste cômputo os vários itens que compõem a remuneração da empregada/do empregado, motivo pelo qual os *encargos* chegam a 102% do custo de cada empregada/empregado.

Tabela 1 - Composição dos encargos sociais para uma incidência de 102%

Tipos de encargos	% sobre o salário
A - Obrigações sociais	35,80
Previdência Social 20,0	20,0
FGTS	8,0
Salário educação	2,5
Acidentes do trabalho (média)	2,0
Sesi	1,5
Senai	1,0
Sebrae	0,6
Incra	0,2
B - Tempo não trabalhado I	38,23
Reposo semanal	18,91
Férias	9,45
Feriados	4,96
Abono de férias	3,64
Aviso prévio	1,32
Auxílio-enfermidade	0,55
C - Tempo não trabalhado II	13,48
13º salário	10,91
Despesa de rescisão contratual	2,57
D - Reflexos dos itens anteriores	14,55
Incidência cumulativa do grupo A sobre o B	13,68
Incidência do FGTS sobre o 13º salário	0,87
TOTAL	102,06

Fonte: Pastore (1996).

Em oposição a esta forma de conceber os encargos sociais, encontra-se aquele grupo que entende que o salário é, em efeito, a remuneração total recebida direta e integralmente pelas/os empregadas/os e, sendo assim, os encargos sociais totalizam 27,8% sobre o valor da folha (nela incluídos o salário mensal contratual e a proporção mensal do 13º salário e do adicional de 1/3 sobre as férias). Cabe mencionar que alguns das defensoras dos defensores deste conceito de salário trabalham com o percentual total de 35,8%, ao manterem, neste caso, o FGTS entre os encargos sociais. Advertindo, entretanto, que o FGTS, a rigor, compõe o que a empregada/o empregado recebe direta e inte-

gralmente, já que a conta é individualizada. Ao contrário, por exemplo, do recolhimento ao INSS, que é encaminhado para um fundo cujo retorno não tem necessariamente a ver com o valor do recolhimento¹¹.

Em estudo realizado em 2007, o DIEESE aponta também para as formas de cômputo utilizadas pelo Bureau Estatístico do Trabalho da Organização Internacional do Trabalho (OIT, Estados Unidos) e, também, pelo Centro de Estudos sobre Renda e Custos (CERC, França) que aplicam outra metodologia e, segundo a qual, o custo do trabalho se divide em contribuições sociais e rendimentos do trabalho.

De acordo com essa metodologia, as contribuições sociais seriam todas as imposições legais ou convencionadas por acordos que visam financiar fundos para as políticas públicas, enquanto os outros seriam considerados rendimentos do trabalho. Adotada no Brasil, essa metodologia modificaria totalmente os conceitos sobre encargos, visto que vários itens, como o FGTS, por exemplo, não seriam considerados encargos, mas rendimentos do trabalho, embora seja um custo a ser assumido pelo empregador. Isto porque o percentual de 8% referente ao FGTS calculado sobre o valor final da remuneração da empregada/do empregado e pago pelo empregador é repassado mensalmente a uma conta bancária própria da empregada/do empregado, diferentemente do que ocorre com os percentuais relativos ao INSS que são encaminhados a Previdência Social para serem aplicados, entre outros, em gastos com saúde pública, aposentadorias e pensões; nesse caso compõe o que se entende por encargos.

Uma panorama mais claro da questão encontra-se na tabela do Dieese abaixo transcrita.

Tabela 2 - Desembolso total para empregar uma empregada/um empregado com salário contratual hipotético de R\$ 100,00

Itens de despesa	Sub parcelas (em \$)	Desembolso (em \$)
1. Salário contratual		100,00
2. 13º e adicional de 1/3 de férias (como proporção mensal)		11,11
3. Folha de pagamentos média mensal (base de cálculo dos encargos sociais)		111,11
4. FGTS e verbas rescisórias (proporção mensal)		11,38
5. Remuneração média mensal total do trabalhador (3+4)		122,49
6. Encargos Sociais (incidentes sobre R\$ 111,11)		30,89

¹¹ Neste sentido veja-se: FIOCCA, 1996.

6.1 - INSS (20%)	22,22	
6.2 - Seguro de acidentes trabalho (2% em média)	2,2	
6.3 - Salário-educação (2,5%)	2,78	
6.4 - Incra (0,2%)	0,22	
6.5 - Sesi ou Sesc (1,5%)	1,67	38,23
6.6 - Senai ou Senac (1,0%)	1,11	
6.7 - Sebrae (0,6%)	0,67	
7. Desembolso total mensal do empregador (5 + 6)		153,38

Fonte: DIEESE, 2007, p. 15.

Entre as pesquisadoras/os pesquisadores nacionais que seguem a metodologia da OIT encontra-se José Camargo (1996). Não obstante, em seus estudos, acabem encontrando outro percentual final. Para o autor, os custos não salariais com a mão de obra (e que e incluem o tempo pago não trabalhado e as contribuições do empregador à Previdência Social) equivalem aproximadamente 90% do salário total de uma empregada/um empregado. Levando em consideração à metodologia da OIT, 45% destinam-se a empregada/o empregado como salário indireto; 28% vão para o Governo a título de financiamento da Previdência Social e do ensino formal; e, 17%, às Organizações Patronais com o intuito de custear despesas com a capacitação profissional e demais serviços prestados a empregadas, empregados e, também, a empregadores. Portanto, os encargos sociais efetivos são de 45% sobre a folha de pagamento.

Verificam-se, por conseguinte, intensas contradições tanto no que concerne a definição e os elementos constitutivos dos encargos sociais como no que representam seus percentuais finais. No entanto, independentemente do custo do trabalho, quando se propõe a redução dos encargos sociais é preciso analisar se o que se almeja efetivamente é a redução dos encargos sociais propriamente ditos, ou a eliminação, pura e simples, de itens que compõem a remuneração das empregadas/dos empregados, como, por exemplo, a parte do salário relativa ao descanso semanal remunerado, aos dias de férias e feriados, ao 13º salário.

6. COMENTÁRIOS A LEI Nº 12.546 DE 14 DE DEZEMBRO DE 2011

Como forma de enfrentamento ao chamado custo Brasil dos encargos sociais o Governo Federal instituiu alterações significativas no cálculo do INSS sobre a folha de pagamento para os setores de Tecnologia da Informação (TI) e Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC). Tal diretriz, promovida pela Medida Provisória n. 540/2011, foi convertida na Lei 12.546/2011 publicada no Diário Oficial da União (D.O.U) em 15.12.2011. A referida Lei cria o denominado Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (Reintegra); dispondo, igualmente, sobre a redução do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) concedido à indústria automotiva

e alterando, ademais, a incidência das contribuições previdenciárias devidas pelas empresas que menciona em seu texto.

A principal mudança introduzida pela Lei 12.546/2011 encontra-se na base de cálculo que passa a incidir sobre o faturamento da empresa e não mais sobre a remuneração da empregada/do empregado. Salienta-se que essa alteração não é uma opção da contribuinte/do contribuinte, mas uma determinação legal independentemente de ser factivelmente benéfica ou não, circunstância que depende, em última instância, do peso da folha de pagamento em relação à receita bruta. Como regra geral se está buscando a desoneração do custo dos encargos sociais – especificamente para aqueles casos em que o custo do pagamento dos encargos sobre as remunerações represente mais do que 12,5% do faturamento da empresa.

Em decorrência do objetivo precípua da Lei no período de 01.08.2012 a 31.12.2014 deverão ser observadas as seguintes regras de imposição de tributos:

i) alíquota de 2% sobre o valor da receita bruta - para as empresas que prestam serviços de TI, de TIC, *call centers* e as empresas do setor hoteleiro;

ii) alíquota de 1% sobre o valor da receita bruta - para as empresas que fabricam fluídos para freios hidráulicos, plásticos, vestuário e seus acessórios, peles, couros, sedas, lãs, tapetes e outros revestimentos para pisos, chapéus e artefatos de uso semelhante, máquinas e aparelhos, válvulas redutoras de pressão, dentre outros. A relação dos códigos abrangidos encontra-se no anexo único da Lei 12.546/2011, instituído pela própria Medida Provisória 563/2012.

6.1. O cálculo do INSS sobre a folha de pagamento e o respectivo afastamento das Contribuições previdenciárias

A Lei 12.546/2011 ao instituir a nova contribuição sobre a receita bruta operacional afasta as contribuições previdenciárias patronais previstas nos incisos I e III do artigo 22 da Lei 8.212/1991, quais sejam:

i) vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, as seguradas empregadas, aos segurados empregados e as trabalhadoras e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa.

ii) vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços.

6.2. As contribuições Previdenciárias não Abrangidas pela Substituição

Não foram substituídas as seguintes contribuições:

i) para o financiamento do benefício previsto nos artigos 57 e 58 da Lei 8.213/1991 (aposentadoria especial) e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (RAT), sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, as seguradas empregadas, aos segurados empregados e as trabalhadoras e trabalhadores avulsos.

ii) de quinze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho.

iii) destinadas para outras entidades (SENAI, SESI, SESC, INCRA, etc.) conforme enquadramento da empresa no respectivo FPAS.

6.3. Receita Operacional Bruta: configuração legal

Para a determinação da receita bruta esta deve ser considerada sem o ajuste o valor presente de que trata o inciso VIII do art. 183 da Lei 6.404/1976, admitindo-se as seguintes exclusões da base de cálculo:

- a) A receita bruta de exportações;
- b) As vendas canceladas, e;
- c) Os descontos incondicionais concedidos.

No texto da Medida Provisória não está expresso, mas, por uma questão de conceito, o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) também deve ser excluído da base de cálculo por não compor receita da pessoa jurídica. No texto normativo consta apenas a expressão vendas canceladas, a qual parece ter sido empregada como sinônimo de devolução de vendas.

6.4. Empresas de Tecnologia da Informação – TI e Tecnologia da Informação e Comunicação - TIC

A Lei estabelece que as empresas que prestam exclusivamente serviços de Tecnologia da Informação (TI) e Tecnologia da Informação e Comunicação

(TIC) em substituição as contribuições patronais previdenciárias sobre a remuneração do trabalho, recolherão uma contribuição incidente (alíquota de 2%, dois por cento) sobre o valor da receita operacional bruta.

Estas modificações na base de contribuição foram instituídas prioritariamente para as empresas do ramo de TI e TIC, mas atualmente se beneficiam desta diretriz pública também as empresas dos ramos de confecções, couro, calçados e dos **setores de plásticos, material elétrico, mecânico, autopeças, naval, aéreo, móveis, hotéis, design houses (chips) e ônibus**. Para uma melhor visualização aconselha-se ver a tabela abaixo.

Tabela 3 - Base de Cálculo da Lei 12.546/2011

Itens	Lei 12.546/2011
Base de cálculo	<p>O INSS passa a ser calculado com base na receita bruta:</p> <ul style="list-style-type: none"> - líquido das vendas canceladas e descontos incondicionais; - exclui-se as receitas das exportações; - não será permitido o ajuste ao valor presente previsto na Lei das S/A; <p>Este substitui o INSS empresa de 20% sobre as remunerações dos empregados, <i>pro-labore</i> e autônomos, conforme incisos I e III do art. 22 da Lei no 8.212/1991.</p> <p>O INSS sobre terceiros e SAT permanecem em vigor, calculando sobre a folha de pagamento.</p>
Alíquota	Alíquota 2,5% sobre a base de cálculo acima.
Aplicação para empresas que prestam exclusivamente as seguintes atividades de TI	<p>I - análise e desenvolvimento de sistemas;</p> <p>II - programação;</p> <p>III - processamento de dados e congêneres;</p> <p>IV - elaboração de programas de computadores, inclusive de jogos eletrônicos;</p> <p>V – licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação;</p> <p>VI - assessoria e consultoria em informática;</p> <p>VII - suporte técnico em informática, inclusive instalação,</p>
Aplicação para empresas que prestam exclusivamente as seguintes atividades de TIC	<p>I - análise e desenvolvimento de sistemas;</p> <p>II - programação;</p> <p>III - processamento de dados e congêneres;</p> <p>IV - elaboração de programas de computadores, inclusive de jogos eletrônicos;</p> <p>V – licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação;</p> <p>VI - assessoria e consultoria em informática;</p> <p>VII - suporte técnico em informática, inclusive instalação, configuração e manutenção de programas de computação e bancos de dados; e</p>

	<p>VIII - planejamento, confecção, manutenção e atualização de páginas eletrônicas.</p> <p>Não se aplica: empresas com atividades exclusivas de representante, distribuidor ou revendedor de programas de computador.</p>
Aplicação para empresas com atividades mistas	<p>As empresas que possuem atividades mistas, ou seja, possuem parte das atividades listadas anteriormente, aplica-se a regra da proporcionalidade:</p> <p>a) sobre as receitas das atividades de TIC aplicar-se-á o INSS sobre a receita bruta;</p> <p>b) sobre as demais atividades, mantém o cálculo sobre a folha de pagamento. Neste caso é fundamental ter a segregação tanto da receita como do custo de pessoal de acordo com as atividades</p>
Inclusão de outros setores de atividade	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Call Center</i> - empresas do setor hoteleiro
Vigência	Para empresas com atividades exclusivas de TIC, a partir de 01.08.2012 a 31.12.2014

A partir da análise legal concretizada cabe perquirir-se se as mudanças realizadas pela Lei 12.546/2011 na base de cálculo que passou agora a incidir sobre o faturamento das empresas de TI e TIC (e outras mencionadas) e não mais sobre a remuneração da empregada/do empregado e a consequente diminuição das contribuições/encargos sociais, conseguiu, em efeito, amortecer o *Custo Brasil*.

7. CONCLUSÃO

A ideia de que a diminuição dos encargos sociais favorece a criação de empregos parte da concepção teórica que se afilia a teoria econômica neoclássica. Conforme dita teoria, os fatores de produção – capital e trabalho – podem ser combinados em distintas e variadas proporções e, se o fator trabalho equivaler a um preço final reduzido e/ou módico, haverá uma predisposição do mercado a empregar técnicas de produção que necessitem intensiva contratação de mão de obra. Caberia, não obstante, realizar-se as seguintes perguntas: 1) de fato o pagamento de salário e remunerações pouco elevado aumentaria a contratação formal de trabalhadoras e trabalhadores?; e, 2) Será que a redução dos encargos sociais consiste na única e a mais acertada medida a ser tomada como forma de estímulo a geração de empregos?

A resposta a primeira pergunta já foi dada no início deste texto e os dados do IBGE (entre outros) sobre o mercado de trabalho brasileiro desmentem a ideia de que baixos salários/remuneração e relações de trabalho mais flexíveis

e menos garantes dos direitos humanos e fundamentais das trabalhadoras e trabalhadores¹² ampliariam o mercado de trabalho.

As defensoras e os defensores da drástica redução dos encargos sociais, estão desconsiderando as incontáveis transformações por que têm passado a economia mundial (celeridade do progresso tecnológico, solidificação da integração dos mercados financeiros, de produtos e serviços, extenuação de modelos econômicos assentados na substituição de importações e na planificação central) e que vêm atingindo de forma abrupta e brutal a vida de milhões de trabalhadoras e trabalhadores em todo o mundo.

Atuar neste cenário complexo, mutável e altamente competitivo exige o enfrentamento, por parte do Estado, de uma série de desafios e, no que tange as organizações, que sejam mais dinâmicas em face da instabilidade do mercado global.

Quanto ao Estado, tais desafios envolvem a necessária continuidade das reformas já realizadas e/ou em processo de implantação, bem como de novas mudanças alicerçadas em estratégias sustentáveis, consistentes a médio e longo prazo e que compatibilizem o crescimento equitativo e sustentável, o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado e a dignidade da pessoa humana (artigo 1º da Constituição, inciso III), *telos* do Estado Democrático de Direito brasileiro, com os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º da Constituição, inciso IV).

Se, tal qual afirmado, compete ao Estado brasileiro promover o necessário equilíbrio entre as finalidades a ele adjudicadas e os interesses do mercado, pode-se deduzir, sem temor a erro, que os desafios presentes e futuros a que terá que fazer frente são, de fato, muito mais amplos e complexos que uma mera redução de encargos sociais pode ocasionar.

Ações que visem desenvolver sustentável e eficientemente a infraestrutura logística básica concernente ao trinômio energia/transportes/telecomunicações, a fortalecer a estrutura político-institucional (através de reformas políticas, da Administração Pública e do Poder Judiciário) e a promover a autodeterminação, emancipação (por meio de esforços em prol de educação, de saúde, de ciência e de tecnologia) e também a participação cidadã nas questões fulcrais a cargo do Estado (como, por exemplo, na composição e direcionamento dos gastos públicos¹³), são todas elas medidas mais eficientes e eficazes de incentivo à geração de novos postos de trabalho e de investimentos produtivos que a redução, *a secas*, dos encargos sociais pode ser.

¹² Veja-se, neste sentido, STOLZ (2013) e STOLZ e GALIA (2013).

¹³ Veja-se neste sentido Juarez Freitas (2011, p. 11-39).

Acredita-se, portanto, que apontar os encargos sociais incidentes sobre a folha de pagamentos como o grande obstáculo a maior competitividade das empresas é um equívoco não somente pelos fatores já descritos, mas também porque tais medidas podem, a longo prazo e se aplicadas indistintamente, comprometer a arrecadação do Estado (tanto que a Lei 12.546/2011 restringiu seu âmbito normativo a alguns tipos de empreendimentos econômicos e não a todos, tomando o cuidado, ademais, de ser progressivamente ampliada e avaliada em suas consequências). Convém retomar, neste contexto, a expressão *Estado Tributário* entendido no sentido dado por Paulo Antônio Caliendo como aquele modelo de Estado

[...] governado pela proteção e promoção dos Direitos Fundamentais onde já não importa somente o financiamento do Estado – seja este mínimo ou máximo – mas de como serão mais bem efetivados os Direitos Fundamentais e Sociais. (SILVEIRA, 2009, p. 148).

Dito de outra forma, pensar em reduzir o Custo Brasil única e exclusivamente através da redução dos encargos sociais é deixar de lado, entre outros, o valor justiça – em particular a justiça social – preconizado na Constituição Federal. Não é possível concretizar-se a justiça – neste caso particular aquela que advém da distribuição das riquezas – sem que todos os membros da sociedade contribuam equitativa e solidariamente para a sua concretude. Não se pode perder de vista que a tributação é um instrumento eficaz para alcançar a justiça material não podendo constituir-se, assim, em um mecanismo a ser utilizado para a manutenção das desigualdades e exclusões sociais.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2006.

BITENCOURT, Mayra Batista; TEIXEIRA, Erly Cardoso. *Impactos dos encargos sociais na economia brasileira*. **Nova Economia**, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-83992008000100001 Acesso em 13 Setembro de 2012.

CAMARGO, José Márcio. *Flexibilidade e Produtividade no Mercado de Trabalho Brasileiro*. In: CAMARGO, J. (Ed.). **Flexibilidade do Mercado de Trabalho no Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. Getúlio Vargas, 1996, p. 11-45.

_____; AMADEO, Edward. *Labour Legislation and Institutional Aspects of the Brazilian Labour Market*. In: OIT – IIEL (Ed.). **Reestructuración y Regulación Institucional del Mercado de Trabajo en América Latina**. Genebra e Buenos Aires: OIT - Instituto Internacional de Estudios Laborales, 1993, p. 81-109.

CAMINO, Carmem. **Direito Individual do Trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

DIEESE. **Encargos sociais no Brasil: conceito, magnitude e reflexos no emprego**. Brasília: Ministério do Trabalho, 2007.

CAMPBELL, D. *The Globalizing Firm and Labour Institutions*. OIT (Ed.). **Multinationals and Employment**. Genebra: OIT, 1993, p. 267-292.

FIOCCA, Demian. *O que são encargos sociais*. São Paulo: Folha de S. Paulo, 31 jan, 1996. Disponível em: http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_083.htm. Acesso em 12 de setembro de 2012.

FREITAS, Juarez. *Direito Constitucional à Democracia*. In: FREITAS, J. e TEIXEIRA, A. (Org.). **Direito à Democracia: Ensaios Transdisciplinares**. Florianópolis: Conceito, 2011, p. 11-39.

GALLIE, W. B. *Essentially Contested Concepts*. Proceedings of the Aristotelian Society, vol. 56, 1956, p. 167-198.

IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais – Uma análise das condições de vida da população brasileira 2012**. Rio de Janeiro: 2012. Disponível em:

ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores_Sociais/Sintese_de_Indicadores_Sociais_2012/SIS_2012.pdf. Acesso em 10 de julho de 2013.

JAYME, Erik. *O Direito Internacional Privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização*. In: MARQUES, C. e ARAÚJO, N. (Orgs.). **O novo direito internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 3-20.

_____. *Direito internacional privado e cultura pós-moderna*. **Cadernos do PPGD/UFRGS** 1, n. 1, mar. 2003, p. 59-68.

MARQUES, Claudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da Nova Teoria Geral do Direito. In: Claudia Lima Marques (coord). **Diálogo das Fontes. Do Conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 17-66.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24. ed. 2. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**: Historia e Teoria Geral do Direito do Trabalho. Relações Individuais e Coletivas do Trabalho. 21. Ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

OIT/Brasil. **Trabalho Escravo no Brasil do Século XXI**. Leonardo Sakamoto (org.), Brasília: OIT/Brasil, 2006.

PASTORE, José. **Flexibilização e contratação coletiva**. São Paulo: Ltr, 1994.

_____. *A batalha dos encargos sociais*. São Paulo: Folha de S. Paulo, 28 fev., 1996. Disponível em: http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_082.htm. Acesso em 12 de setembro de 2012.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. Ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1996.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. Ed., 2^a tir. Curitiba: Juruá. 2003.

SANTOS, Anselmo. Encargos sociais e custo do trabalho no Brasil. **Cadernos do CESIT**. Campinas: 1995.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. **Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

_____. Direitos fundamentais, direito tributário e análise econômica do direito: contribuições e limites. **Direitos fundamentais & justiça**, Porto Alegre, v.3, n.7, p. 203-222, 2009.

STOLZ, Sheila. *Os atores sociais e a concretização sustentável do direito fundamental ao trabalho garantido pela Constituição cidadã*. Artigo recomendado pelo PPGD/PUC. In: MACHADO, Ednilson Donisete, FILHO, Vladimir Brega e KNOERR, Fernando Gustavo (Coordenadores), **Direitos fundamentais e democracia I** [Recurso eletrônico on-line]. Organização CONPEDI/UNICURITIBA CONPEDI/UNICURITIBA. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 479-502.

_____. *Estado de Direito e democracia: velhos conceitos e novas realidades frente aos direitos humanos*. In: RODRIGUEZ, J. R., et al. (Ed.). **Nas Fronteiras do Formalismo**. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 311-335.

_____; COSTA, José Ricardo; COSTA, Eder. A tutela dos direitos da personalidade nas relações de emprego. **Revista Jurídica UNICURITIBA**, vol. 2, n- 31, 2013, p. 228-244.

_____; GALIA, Rodrigo. *As vicissitudes das normativas legais espanholas referentes à extinção do contrato de trabalho*. In: Artur Torres (org.), **Direito e Processo do Trabalho. Escritos em homenagem aos 20 anos de docência do Professor Gilberto Stürmer**. Porto Alegre: Arana, 2013, p. 353-378.

* Recebido em 12 jan. 2015.



O CONFLITO ARMADO SÍRIO À LUZ DAS ARMAS QUÍMICAS: PERSPECTIVAS PARA O CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU

*Ulisses Levy Silvério dos Reis**

*Robson Antão de Medeiros***

Resumo

Este artigo tem por foco a atuação do Conselho de Segurança no conflito armado sírio, em especial a partir dos episódios de utilização de armas químicas no país. Problematiza-se quais as medidas poderiam ser adotadas pelo Conselho para encerrar a guerra civil mencionada, bem como quais as consequências da sua contínua omissão nesse aspecto. O estudo é importante em razão do conflito já se estender por cinco anos e ser responsável pela morte de mais de trezentas mil pessoas, sendo atribuição do Direito Internacional resolver tal situação. Parte-se do método dedutivo sujeito ao procedimento hermenêutico das disposições da Carta da ONU, com apoio em fontes bibliográfica e documental. O trabalho divide-se em quatro momentos. No primeiro, será apresentada a origem e a regulamentação internacional do uso de armas químicas. Em seguida, os traços do conflito armado sírio serão esboçados. O terceiro revelará o contexto da utilização das armas químicas nesta conflagração e as medidas adotadas pelas Nações Unidas para impedir tal continuidade. Na última parte, serão abordadas as possibilidades de atuação do Conselho de Segurança para suspender as hostilidades na Síria e a possível razão para a sua omissão, bem como a provável consequência de sua postura. A pesquisa permite deduzir que, se mantida a paralisação do Conselho quanto à finalização desta guerra civil, provavelmente algum país realizará intervenção unilateral na Síria, o que, além de ser proibido, pode ensejar a morte de inúmeros civis. Consequência disso será a atração da responsabilidade política do Conselho de Segurança.

Palavras-chave

Síria. Conflitos armados. Armas químicas. Conselho de Segurança da ONU.

* Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB). Especialista em Direitos Humanos e Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Professor Substituto da Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA).

** Doutor em Ciências da Saúde pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências da Saúde da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (PPGCSA/UFRN). Mestre em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professor Associado do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

THE SYRIAN ARMED CONFLICT IN THE LIGHT OF CHEMICAL WEAPONS: PROSPECTS FOR UN SECURITY COUNCIL

Abstract

This paper focuses on the Security Council's role in the Syrian armed conflict, especially from episodes of use of chemical weapons in the country. It questions to what measures could be adopted by the Council to end the mentioned civil war and the consequences of its continued omission in this regard. The study is important because of the conflict has extend for five years and it's responsible for the deaths of more than three hundred thousand people, as well it's assignment of international law to resolve this situation. It starts with the deductive method by hermeneutical procedure of the provisions of the UN Charter, supported by bibliographic and documentary sources. The work is divided into four stages. In the first, the origin and the international regulation of the use of chemical weapons will be displayed. Then, traces of the Syrian armed conflict will be outlined. The third will reveal the context of the use of chemical weapons in this conflagration and measures adopted by the United Nations to prevent such continuity. In the last part, the Security Council possibilities of action to suspend hostilities in Syria will be addressed and the possible reason for its omission, and the likely consequence of his stance. The research can be deduced that, if maintained the stoppage of the Council on the end of this civil war, probably some country will carry out unilateral intervention in Syria, which, besides being prohibited, may give rise to the death of countless civilians. The result will be the attraction of the political responsibility of the Security Council.

Keywords

Syria. Armed conflicts. Chemical weapons. UN Security Council.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a mídia internacional vem registrando uma tensão política no Oriente Médio caracterizada por conflitos intestinos dentro de vários dos países abrangidos no cenário da chamada *Primavera Árabe*. Dentre estes Estados, destaca-se a proeminência do morticínio crescente ocorrido desde 2010 na Síria, país onde atualmente desenvolvem-se hostilidades cuja conjuntura envolve o regime do Presidente Bashar al-Assad e o seu grupo oposicionista, respectivamente apoiados pela Rússia e pelos Estados Unidos da América (EUA), sem olvidar da participação ativa do grupo terrorista Estado Islâmico do Iraque e da Síria (ISIS), também conhecido como Estado Islâmico do Iraque e do Levante.

Para piorar a situação, desde 2013 há registros tanto do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) quanto do Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU) confirmado a utilização de armas químicas em tal conflito armado, as quais já foram responsáveis pelo extermínio da vida de milhares de pessoas, dentre elas especialmente civis (mulheres, crianças, idosos etc.).

Diante de tal cenário em que figura o uso de armas químicas e comuns, buscaremos identificar quais as medidas elencadas no Capítulo VII da Carta de São Francisco seriam suficientes para pôr fim a tal morticínio, bem como quais os entraves existentes para a consecução de tal objetivo. Justifica-se a busca de respostas a tais perguntas em razão do pavor experimentado pela

sociedade internacional em decorrência de um conflito que, além de ter ceifado já centenas de milhares de vidas, não apresenta indicativos de término. Para obtê-las, utilizaremos o método dedutivo sujeito ao procedimento hermenêutico para a interpretação do tratado mencionado, amparando-se preci-
puamente em pesquisa bibliográfica e documental.

Dividiremos o artigo, além das etapas introdutória e de conclusão, em quatro partes. Num primeiro instante, apresentaremos a evolução da proscrição do uso de armas químicas no plano internacional. A seguir, explanaremos brevemente acerca do contexto dos conflitos internos exsurgidos na Primavera Árabe, bem como o desenvolvimento específico do problema político sírio. No item seguinte, apresentaremos os relatos comprobatórios da utilização de armas químicas no país e as medidas já adotadas nesse quadrante por parte do CSONU, além do número de mortos totais no conflito por uso de armamento químico e comum. Ao final, analisaremos se as medidas elencadas no Capítulo VII da Carta da Organização das Nações Unidas (ONU) podem ensejar a adoção de medidas capazes de pôr termo à chacina elucidada.

O horror vivenciado na Síria e diariamente apresentado na mídia internacional não pode ser tratado com indiferença pela comunidade acadêmica que discute o ramo internacional da ciência jurídica. Com este artigo, procuramos contribuir, a partir de um raciocínio crítico, com a construção de possibilidades para a superação de tamanho problema.

2. A ORIGEM DA UTILIZAÇÃO DAS ARMAS QUÍMICAS E A SUA PROSCRIÇÃO NO ÂMBITO DOS CONFLITOS ARMADOS NACIONAIS E INTERNACIONAIS

As conhecidas armas químicas diferem das convencionais especialmente porque o seu potencial destrutivo não advém da sua capacidade explosiva, mas sim da toxicidade das substâncias específicas utilizadas em sua composição. Exemplos mais comuns desta categoria são o gás mostarda, o cloro, o ácido cianídrico, o gás sarim e o agente laranja (napalm).

É comum a utilização de armamento químico em conflitos armados não com o objetivo de exterminar instantaneamente a vida dos inimigos, mas sim como forma de obter-se uma morte lenta ou um estado de incapacitação prolongado¹. Explica-se isso em razão de o Estado responsável pela vida dos atingidos ser obrigado a cuidar deles enquanto perdurar a sua incapacidade, pois os efeitos do atingimento são – em geral – longos e incertos.

¹ A doutrina registra formas de utilização de armas químicas das mais diversas. Durante a I Guerra Mundial, p. ex., elas foram utilizadas prioritariamente não para matar, mas sim como meio de forçar os militares inimigos a saírem de suas posições originais em trincheiras e, assim, tornarem-se alvos mais fáceis de serem capturados ou mortos (ILCHMAN, Kai; REVILL, James.

Os efeitos longevos do atingimento por armas químicas costumam ensejar proliferação de doenças e lesões graves seguidas ou não de mortes. Há casos em que tais efeitos demoram até mesmo anos para se tornarem evidentes. Estas reações podem ainda ser exacerbadas pela incerteza sobre a extensão ou os efeitos da exposição humana aos agentes químicos.

A história aponta na I Guerra Mundial (1914-1918) o primeiro marco de utilização sistemática de armas com propriedades químicas. O exército alemão, a partir das criações do Prof. Fritz Haber², em 22 de abril de 1915, descarregou cento e oitenta toneladas de cloro gasoso em território francês (Ypres) matando e causando a fuga de soldados franceses e argelinos. Dois dias após, tropas canadenses sofreram o mesmo tratamento. Houve quase duzentos ataques desta natureza durante o conflito. Num deles, ocorrido em outubro de 1915, os alemães liberaram quinhentas e cinquenta toneladas de cloro. Desta época para os dias atuais, tais técnicas de produção de armamento evoluíram consideravelmente³.

Terminada a conflagração, o CICV iniciou uma campanha maciça contra o emprego de armas químicas em qualquer tipo de conflito armado, seja interno ou internacional⁴. A intenção do Comitê era a de costurar um tratado capaz de proscrever definitivamente a possibilidade de uso ou fabricação desta modalidade de arsenal. Neste espírito, foi firmado o Protocolo de Genebra de 1925, o qual, no entanto, limitou apenas a possibilidade de uso destas armas, não a sua fabricação⁵.

Chemical and Biological Weapons in the “New Wars”. In: *Science and Engineering Ethics*. Vol. 20, issue 3, September 2014, p. 761).

² O Prof. Dr. Fritz Haber foi vencedor do Prêmio Nobel de Química e é considerado o Pai da Guerra Química. A premiação lhe foi concedida em razão da sua descoberta da síntese do amônico, importante para fertilizantes e explosivos, sendo que, até atualmente, a produção alimentar de metade da população mundial depende desse procedimento. Foi responsável pela organização do Departamento Bélico de Química alemão na I Guerra Mundial. Após ser condecorado Capitão, a sua esposa, pacifista declarada, suicidou-se. Na Segunda Guerra Mundial, por sua ascendência judia, foi obrigado a abandonar a Alemanha, quando passou a trabalhar na Universidade de Cambridge. Mais detalhes de sua biografia podem ser encontrados em NOBEL PRIZE. Fritz Haber: Biographical. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/chemistry/laureates/1918/haber-bio.html>. Acesso em: 24 nov. 2015.

³ Para uma análise específica sobre o aprimoramento dos armamentos bélicos com auxílio das ciências biológica e química, redundando no uso da biotecnologia no contexto dos conflitos armados, cf. ALMEIDA, Maria Eneida de. A permanente relação entre biologia, poder e guerra: o uso dual do desenvolvimento biotecnológico. Ciência & Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 20, n. 7, jul. 2015, p. 2255-2266.

⁴ SOUSA, Mônica Tereza Costa. *Direito Internacional Humanitário*. 2^a ed. (ano 2007), 4^a reimpr./Curitiba: Juruá, 2011, p. 132.

⁵ Cf. trecho inicial do Protocolo: “That the High Contracting Parties, so far as they are not already Parties to Treaties prohibiting such use, accept this prohibition, agree to extend this prohibition to the use of bacteriological methods of warfare and agree to be bound as between themselves according to the terms of this declaration.”. (Tradução livre: “As Altas Partes Contratantes, desde que eles não sejam já Partes de Tratados que proíbam tal uso, aceitam esta proibição,

A Síria aderiu ao tratado em 17 de dezembro de 1968⁶. A interpretação do CICV é a de que mesmo os países a ele não integrados devem obediência à disposição da proibição da utilização de armas químicas em conflitos armados por força do direito internacional costumeiro. Esse posicionamento não é imune a críticas, como ainda veremos.

Anos após, o CICV, atuando em conjunto com a ONU, conseguiu estabelecer um tratado determinando a proibição do uso, do desenvolvimento e da estocagem de armas químicas⁷. A Convenção sobre as Armas Químicas de 1993 detalhou várias situações responsáveis por tornar ilícito o manejo destes armamentos, inclusive determinando que os Estados que os possuíssem entregassem-nos para destruição. Inicialmente, a Síria não ratificou o tratado.

Por meio da Convenção de 1993, foi criada a Organização para a Proibição de Armas Químicas (OPAQ), entidade responsável pela fiscalização do cumprimento dos propósitos do tratado. Entre suas principais atribuições, consta a do recolhimento de armas químicas existentes nos Estados e a sua destruição. Pelo desenvolvimento de suas ações, a OPAQ foi agraciada com o Prêmio Nobel de 2013. Segundo informações da Organização, 90% (noventa por cento) das armas químicas existentes no mundo já foram incineradas⁸.

Apesar da quase universalidade dos tratados citados, subsistem Estados que não aderiram a eles ou ratificaram-nos. A interpretação do CICV, com base no Direito Internacional Humanitário Costumeiro, é a de que mesmos estes estariam forçados a adotar as diretrizes do Protocolo de 1925 e da Convenção

concedem o prolongamento da proibição para o uso de métodos bacteriológicos de guerra e concordam em ser vinculadas entre si de acordo com os termos da presente declaração.”)

- ⁶ Informação sobre os países que ratificaram e/ou aderiram a tal protocolo disponível em: <<https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280167ca8>>. Acesso em: 25 nov. 2015.
- ⁷ Artigo I. Obrigações Gerais. 1. Cada Estado-Parte na presente Convenção se compromete, em quaisquer circunstâncias, a: a) Não desenvolver, produzir, adquirir por qualquer outro modo, estocar ou conservar armas químicas, nem transferir essas armas a quem quer que seja, direta ou indiretamente; b) Não usar armas químicas; c) Não dar início a preparativos militares para o uso de armas químicas; d) Não ajudar, encorajar ou induzir por qualquer meio a ninguém para realizar qualquer atividade proibida aos Estados-Partes por esta Convenção.
2. Cada Estado-Parte se compromete a destruir as armas químicas de sua propriedade ou das quais tenha posse, ou que existam em qualquer lugar sob sua jurisdição, em conformidade com as disposições desta Convenção.
3. Cada Estado-Parte se compromete a destruir qualquer instalação de armas químicas que tiver abandonado no território de um outro Estado-Parte, em conformidade com as disposições desta Convenção. [...]
- ⁸ G1. Opaq diz que 90% das armas químicas do mundo foram destruídas. Disponível em <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/05/opaq-diz-que-90-das-armas-quimicas-do-mundo-foram-destruidas.html>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

de 1993, pois existiria uma regra não-escrita⁹ vedando a possibilidade de uso ou armazenamento de armas químicas em nível de conflitos armados, sejam nacionais ou internacionais.

O posicionamento do Comitê não é imune a críticas. Apesar do desejo político geral da erradicação das armas químicas, é fato que ainda se registram episódios do seu uso. No mais, nem todos os tratados que de alguma forma proscrevem tal utilização foram ratificados por grande número de países. Assim, pelo menos em tese, não se encontrariam presentes os requisitos da constante prática dos Estados e da *opinio juris* clara para a formação de um direito costumeiro internacional nessa matéria, o que justificaria a sua não inclusão no rol destas regras humanitárias não escritas¹⁰. Claro que este ponto de vista vai de encontro às diretrizes do CICV.

Alguns dos mais recentes casos de emprego de armas químicas em conflito armado deram-se na Síria, Estado cujo território é palco de guerra civil desde meados de 2011. O uso indiscriminado destes agentes tóxicos resultou na morte de dezenas de milhares de pessoas, incluindo civis, os quais, somados às pessoas assassinadas em razão da utilização de armas comuns, somam centenas de milhares de indivíduos, o que enseja a necessidade de compreendermos como surgiu e se desenvolve o ambiente de tensão vivido no país.

3. ASPECTOS CONJUNTURAIS DO CONFLITO ARMADO SÍRIO

O conflito armado existente na Síria teve gênese no bojo dos movimentos de reivindicação denominados genericamente de *Primavera Árabe*. A partir do estopim ocorrido em 2010 na Tunísia, onde um jovem ateou fogo ao próprio corpo como forma de manifestação contra o governo e deu ensejo ao exílio do Presidente local por dez dias na Arábia Saudita, vários países¹¹ das regiões norte africana e do Oriente Médio, durante os anos 2010 e 2011, testemunharam a eclosão de ondas de protestos pelas suas populações.

As causas da insatisfação popular, apesar de diferirem de um país para o outro, podem ser agrupadas genericamente pela crise econômica e pela falta de democracia. Some-se a isso a dificuldade hídrica enfrentada pela maioria destes Estados, os quais não conseguem garantir o acesso à água potável aos

⁹ Rule 74. The use of chemical weapon is prohibited. (Tradução: Regra 74. O Uso de armas químicas é proibido.) Disponível em <https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule74>. Acesso em: 17 dez. 2015.

¹⁰ BLAKE, Jillian; MAHMUD, Aqsa. A Legal “Red Line”?: Syria and the Use of Chemical Weapons in Civil Conflict. *UCLA Law Review Discourse*, 61, 2013, p. 244-260.

¹¹ Os países cujos movimentos de reivindicação de direitos civis, políticos e sociais associaram-se ao chamado quadro da Primavera Árabe foram Tunísia, Argélia, Jordânia, Omã, Egito, Iêmen, Djibouti, Somália, Sudão, Iraque, Bahrain, Líbia, Kuwait, Marrocos, Mauritânia, Líbano, Arábia Saudita, Síria, Khuzistão, Israel, Emirados Árabes Unidos e Palestina.

seus cidadãos. A utilização das redes sociais representou fator de considerável importância para o sucesso da organização reivindicatória.

Os movimentos não tardaram em chegar ao território sírio, o que se deu em meados de 2011. A partir de então, grupos rebeldes desafiam a autoridade do Estado e do Presidente Bashar al-Assad, acusado de violar os direitos humanos dos seus próprios nacionais. Em 14 de julho de 2012, o CICV reconheceu a situação de conflito armado vivenciado na Síria. Neste entremeio, além da colisão entre rebeldes e Governo, um terceiro elemento ingressou no país com poder de fogo: o ISIS¹².

Para agravar ainda mais a crise existente dentro do território sírio, as potências globais historicamente rivais no período da Guerra Fria tomaram lados opostos quanto ao apoio dado para cada facção em conflito. Enquanto os EUA, com base no seu já conhecido discurso de necessidade de alastramento da democracia por todo o mundo, endossou a bandeira dos revoltosos, a Rússia optou por apoiar a gestão do Presidente Bashar al-Assad. O estreitamento do relacionamento entre este último e o Presidente russo Vladimir Putin reverberou na mídia. Ambos os lados, entretanto, concordam com relação à necessidade de reprimir a ação do grupo terrorista Estado Islâmico.

Constata-se que, mesmo após a aferição dos males causados por tantos conflitos armados vivenciados pela humanidade desde as suas origens, especialmente com o testemunho de duas guerras mundiais cujo saldo superou mais de cinquenta milhões de mortos, países com o peso geopolítico dos EUA e da Rússia ainda não amadureceram politicamente de forma a tentar inibir tais hostilidades, ao invés de estimula-las por meio de treinamento de combatentes e fornecimento de material bélico, quiçá envio de efetivos próprios. Ambos os Estados, ocupantes de lugares de proeminência no CSONU, deveriam, a partir do que se espera da missão da entidade, apresentar postura de coibição das hostilidades, não de manutenção¹³.

¹² O ISIS, também conhecido como Estado Islâmico e formado a partir de dissidência da Al-Qaeda, compõe-se de um grupo de pessoas que se afirma o verdadeiro propagador da religião muçulmana e com autoridade sobre todos os adeptos do islamismo. As suas práticas comumente descabam para o terrorismo, inclusive com ações radicais e causadoras de diversas mortes, como a vista em Paris no dia 13 de novembro de 2015 (FOLHA DE SÃO PAULO. Ataques coordenados aterrorizam Paris e deixam 129 mortos. 13/11/2015 19h29 – Atualizado em 14/11/2015 às 17h25. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/11/1706236-policia-francesa-registra-tiroteio-e-explosao-em-paris.shtml>>. Acesso em: 10 dez. 2015). Algumas teorias expõem que o ISIS foi formado por ação dos EUA, pois o agrupamento teve gênese a partir do contato entre pessoas presas em campos no Iraque pelo exército norte-americano sem acusação formal ou acesso a qualquer tipo de instância judicial ou administrativa.

¹³ Apesar dos belos discursos contidos na Carta de São Francisco no sentido de ser o CSONU o responsável pela manutenção e promoção da paz mundial, consoante veremos com mais detalhes nos itens seguintes, o fato é que os seus membros permanentes, especialmente polarizados em torno dos EUA e da Rússia, dificilmente conseguem cumprir tal objetivo. É como se, embora

Com o acirramento das batalhas entre as tropas governamentais, os rebeldes e o ISIS, surgiram denúncias de utilização de armas químicas. O chefe de operações do CICV para o Oriente Médio, Robert Mardini, deu uma entrevista¹⁴ em 18 de julho de 2013 alertando para a possibilidade concreta deste uso e ressaltando a preocupação do Comitê em colocar-se à disposição para a realização de investigações destinadas a constatar a veracidade dos fatos, bem como para, se for o caso, colaborar no recolhimento e na destruição das armas existentes.

Menos de um mês após a concessão da entrevista citada, em 21 de agosto de 2013, surge a confirmação. Cerca de mil e trezentas pessoas foram mortas em consequência de bombardeios com armas químicas (gás sarin) na capital Damasco. Tanto o regime sírio quanto os rebeldes negaram a utilização do armamento químico.

Embora o morticínio de seres humanos por armas comuns já fosse causa suficiente para a tomada de ação por parte do CSONU para o estancamento do conflito, os interesses geopolíticos dos EUA e da Rússia impediam uma ação efetiva do órgão. Essa situação foi parcialmente modificada a partir da confirmação do manejo de armas químicas, verificando-se a sobreposição do desejo coletivo de conter tal uso em detrimento de conveniências particulares.

4. A UTILIZAÇÃO DE ARMAS QUÍMICAS NA SÍRIA E AS MEDIDAS ADOTADAS PELO CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS

A ONU, por meio do Conselho de Segurança, reconheceu formalmente a utilização de armas químicas no conflito sírio¹⁵. O mais grave é que, segundo

o discurso formal almeje pela paz, há sempre uma maneira discursiva de legitimar a deflagração de um conflito. Nunca pareceu tão atual o pensamento de Bobbio neste tocante: "Nenhuma condenação, pronunciada de qualquer púlpito, jamais deteve a guerra, e o que é mais grave, jamais impediu a sua justificação não só em matéria de julgamento histórico, mas também em matéria de julgamento moral. Não nos deixamos levar pelo horror que suscita a guerra em geral, a guerra como arquétipo, sobretudo para quem está fora do conflito. Quando se considera a guerra não em abstrato, mas esta ou aquela guerra determinada, não há nenhuma, digo nenhuma, que não tenha encontrado bons argumentos para a sua própria justificação. É bem sabido que uma das causas da crise da guerra justa, cujo problema preocupou durante séculos teólogos e juristas, foi que de fato jamais foi travada uma guerra que não fosse considerada justa, com base nas mais doulas dissertações de ambos os contendores." (BOBBIO, Norberto. O problema da guerra e as vias da paz. São Paulo: Unesp, 2003, p. 168-169).

¹⁴ A entrevista pode ser vista em INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. Chemical weapons: An absolute prohibition under international humanitarian law. 18-07-2013 Interview. Disponível em <<https://www.icrc.org/eng/resources/documents/interview/2013/07-18-syria-chemical-weapons.htm>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

¹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Report of the United Nations Mission to Investigate Allegations of the Use of Chemical Weapons in the Syrian Arab Republic on the alleged use of chemical weapons in the Ghouta area of Damascus on 21 August 2013. General Assembly. Security Council. Doc. A/67/997-S/2013/553. Atentar para a conclusão elencada no § 27 do documento: "On the basis of the evidence obtained during our investigation of the Ghouta incident,

relatório da entidade, dentre os atingidos pelo uso deste armamento estavam civis e crianças. A sociedade internacional repudiou tal ato e, em que pese o conflito de interesses geopolítico no conflito como um todo, EUA e Rússia adotaram uma agenda de convergência no que toca à tentativa de impedir a continuidade desta prática na Síria.

O efeito imediato da constatação feita pelo Conselho de Segurança foi a adesão, em 14 de setembro de 2013, por parte da Síria, da Convenção de 1993 relativa à proibição do uso e à destruição de armas químicas. Essa atitude levanta o questionamento: era mesmo necessária tal assinatura para que se evitasse a utilização destas armas, já que o CICV apregoa a existência de um costume internacional humanitário proibitivo em tal matéria?

Havendo ou não a norma costumeira, o fato é que, pelo menos no âmbito das suas relações diplomáticas, o Governo deu mostras de repúdio à utilização destes armamentos, visto que assinou a Convenção de 1993. Claro que essa adesão não teria sido realizada sem o peso da pressão política internacional.

Ainda no mesmo mês, em 27 de setembro de 2013, já tendo a Síria aderido aos ditames da Convenção de 1993, o Conselho de Segurança apresentou mais uma vez momento de harmonia entre os EUA e a Rússia e emitiu uma resolução¹⁶ determinando a realização de visitas no primeiro país pela OPAQ para que os seus funcionários recolhessem todo e qualquer armamento químico encontrado, o qual deveria ser destruído. Ao todo, estima-se que mais de 1.180 toneladas de armamentos químicos e bacteriológicos tenham sido encontradas e recolhidas. Neste documento não se fala em intervenção ou qualquer outra medida de natureza congênere ao uso da força.

Salientamos que, mesmo com o avanço das ações da ONU, por intermédio do Conselho de Segurança, com relação ao uso de armas químicas na Síria, os EUA defenderam a adoção de uma intervenção humanitária no território do país para fins de tentar erradicar tal problema. Houve inclusive publicações oficiais do Executivo, do Senado e da Câmara dos Deputados estadunidenses

the conclusion is that, on 21 August 2013, chemical weapons have been used in the ongoing conflict between the parties in the Syrian Arab Republic, also against civilians, including children, on a relatively large scale". (Tradução livre: "Com base nos elementos de prova obtidos durante a investigação do incidente Ghouta, a conclusão é que, em 21 de agosto de 2013, as armas químicas foram usadas no conflito em curso entre as partes na República Árabe da Síria, também contra civis, incluindo crianças, numa escala relativamente grande.")

¹⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolution 2118 (2013). Security Council. Doc. S/Res/2118 (2013).

sinalizando em tal sentido¹⁷. A falta de apoio internacional freou os impulsos norte-americanos.

É esta mais uma daquelas várias situações em que os EUA utilizam o discurso da necessidade de proteção de inocentes para acobertar uma agressão contra outro Estado. Para o Direito Internacional atual, especialmente o ramo criminal, não se confundem a responsabilidade de proteger com a intervenção militar agressiva. A não diferenciação correta destes institutos pode levar a problemas de imiscuição de um país em outro sem o respaldo das Nações Unidas¹⁸.

Após estas ações iniciais, a ONU continuou enviando especialistas para obter relatórios sobre o desenvolvimento do conflito sírio. Em 05 de março de 2014, a missão liderada pelo diplomata brasileiro Paulo Pinheiro constatou que, pelos dados colhidos, as armas químicas utilizadas foram de origem do Exército local¹⁹. Para o seu uso, era também indispensável a detenção de conhecimentos confiados apenas a membros das Forças Armadas. Analistas aduziram que, nesse cenário, dificilmente os rebeldes poderiam ter feito manejo de tal arsenal. Ambas as facções em luta permaneceram negando ações com armas químicas.

Quando tudo aparentava estar apascentado com relação ao uso de armas químicas (mas não com relação ao conflito propriamente dito), em abril de 2014, uma missão da OPAQ confirmou mais uma vez o uso reiterado de cloro responsável por atingir a população civil na Síria. Por todo o ano foram constatadas denúncias de repetição deste incidente. Já em 2015, foi a vez da organização Médicos Sem Fronteiras endossar tal acusação.

A partir da confirmação do reiterado uso de cloro mesmo após a destruição considerável de armas químicas na Síria pela OPAQ em 2013, o Conselho de Segurança aprovou outra resolução determinando a realização de

¹⁷ CARDOZA ZÚÑIGA, Rúben. El uso de armas químicas en Siria, un desafío para el derecho internacional. ACDI – Anuario Colombiano de Derecho Internacional, 8, 2015, p. 25-29. Para análise dos documentos oficiais norte-americanos, cf. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US Government and Congress Response to Syria. SNIA 6721; e ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. S.J.Res.21: Authorization for the Use of Military Force Against the Government of Syria to Respond to Use of Chemical Weapons. 113th Congress (2013-2014). Interessante notar que, quando foi eleito para o seu primeiro mandato nos idos de 2008, o Presidente Barack Obama levantou uma bandeira pacifista e de respeito à autonomia dos povos. Com o tempo, esse discurso foi sendo esvaziado por suas ações. Exemplo notável do que afirmamos deu-se em 2011, quando os EUA invadiram o território do Paquistão com o objetivo de matar o ex-líder da al-Qaeda, Osama bin Laden, sem garantir a este último qualquer direito de defesa.

¹⁸ O foco deste trabalho não é contextualizar tais institutos de Direito Internacional. Para uma análise mais detalhada, cf. STAHL, Carsten. Syria and the Semantics of Intervention, Aggression and Punishment. Journal of International Criminal Justice. Vol. 11, 2013, p. 955-977.

¹⁹ As Forças Armadas sírias tinham estoque de armamento químico em razão da produção realizada na passagem das décadas de 1960/1970, quando da eclosão dos conflitos do país contra o Estado de Israel, notadamente na Guerra dos Seis Dias e na Guerra do Yom Kippur.

nova investigação para a apuração das responsabilidades por tais atos²⁰. Estes trabalhos, haja vista a determinação ter sido adotada em 08 de agosto de 2015, ainda não foram concluídos.

Embora o debate sobre a utilização de armas químicas na Síria parecer sobremaneira entre os atores governamentais e rebeldes, não está fora de cogitação a possibilidade desta manobra ser utilizada pelo ISIS. Autoridades dos EUA afirmam possuir fortes indícios de que o grupo terrorista fabrica e utiliza armamento desta natureza tanto na Síria quanto no Iraque, especialmente na forma de gás mostarda em pó, o qual causa mucosas e bolhas na pele²¹. Nada ainda foi comprovado definitivamente neste assunto.

Outro dado já anunciado merece ser levantado. Apesar do terror causado pela utilização de armas químicas, certamente este não é o único problema vivenciado na Síria, mas igualmente o morticínio promovido por armamentos convencionais.

Segundo informações obtidas pelo Observatório Sírio de Direitos Humanos, já foram registrados, até agosto de 2015, mais de 330.000 mortos desde o início do conflito, sendo que deste número 111.624 são civis e 11.964 são crianças²². A constatação clara disso é que as armas convencionais são numericamente mais letais no conflito que as químicas. Não obstante, a sociedade inter-

²⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolution 2235 (2015). Security Council. Doc. S/Res/2235 (2015). Cf. importantes trechos do preâmbulo e o § 4º da Resolução: "Recalling that the Syrian Arab Republic acceded to the CWC, noting that the use of any toxic chemical, such as chlorine, as a chemical weapon in the Syrian Arab Republic is a violation of resolution 2118, and further noting that any such use by the Syrian Arab Republic would constitute a violation of the CWC, [...]

4. Expresses its determination to identify those responsible for these acts and reiterates that those individuals, entities, groups, or governments responsible for any use of chemicals as weapons, including chlorine or any other toxic chemical, must be held accountable, and calls on all parties in the Syrian Arab Republic to extend their full cooperation in this regard. [...]." (Tradução livre: Recordando que a República Árabe da Síria aderiu à CAQ, observando que o uso de qualquer produto químico tóxico, tal como cloro, como arma química na República Árabe Síria é uma violação da resolução 2118, e notando, ainda, que tal uso pela República Árabe da Síria constituiria uma violação da CAQ, [...]

4. Manifesta a sua determinação para identificar os responsáveis por esses atos e reitera que os indivíduos, entidades, grupos ou governos responsáveis por qualquer uso de produtos químicos como armas, incluindo cloro ou qualquer outro produto químico tóxico, devem ser responsabilizados, e exorta todas as partes na República Árabe da Síria para aumentar a sua plena cooperação a este respeito.)

²¹ DIÁRIO NACIONAL. EUA acusam Estado Islâmico de usar armas químicas na Síria e no Iraque. Disponível em <<http://www.dn.pt/globo/interior/eua-acusam-estado-islamico-de-usar-armas-quimicas-na-siria-e-no-iraque-4772950.html>>. Acesso em: 26 nov. 2015.

²² SYRIAN OBSERVATORY FOR HUMAN RIGHTS. More than 330000 people die while about 13000000 wounded and displaced since the beginning of Syrian revolution. Disponível em <<http://www.syriahr.com/en/2015/08/more-than-330000-people-die-while-about-13000000-wounded-and-displaced-since-the-beginning-of-syrian-revolution/>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

nacional, representada pelo Conselho de Segurança, parece somente se compadecer com a problemática local e resolve agir de maneira harmônica para aplacar o conflito quando está envolvido o uso de agentes químicos. É como se, quando não envolvido o uso de elementos tóxicos de assassinato, os membros do CSONU preferissem estabelecer um pacto interno de omissão e deixar os civis sírios à própria sorte, conquanto o sistema das Nações Unidas conte com ferramentas capazes de solucionar tal impasse.

A situação não deveria ser tratada de tal forma. As vítimas do conflito, especialmente civis, nesse grupo idosos e crianças, merecem ser respeitadas e protegidas independente do meio bélico empregado. Os interesses geopolíticos, principalmente dos EUA e da Rússia, devem ceder em prol do alcance da paz e da reconstrução deste país já tão atingido.

5. A POSSIBILIDADE DE UMA INTERVENÇÃO ENÉRGICA POR PARTE DO CSONU A PARTIR DAS MEDIDAS ELENCADAS NO CAPÍTULO VII DA CARTA DE SÃO FRANCISCO

Em breve digressão quanto à discussão principal, podemos dizer que, diferentemente das demais espécies, o homem é capaz de planejar e sistematizar a aniquilação dos seus semelhantes²³. Acresce-se a esse fato um problema: enquanto as guerras ocorridas até antes da Revolução Industrial aniquilavam apenas as unidades civis e militares existentes dentro do campo de batalha, é característica da sua modernização, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, a capacidade de morticínio coletivo pelo acionar de um mecanismo informatizado.

Dentro deste cenário ingressa o uso de armas químicas. A sua utilização, como verificamos em itens anteriores, é responsável por atingir um número de pessoas impossível de ser previsto por parte de quem a aciona. Dá-se isso especialmente porque os seus agentes condutores, em regra ar e água, alastram-se involuntariamente à ação humana. Consequência disso é o atingimento de civis, mormente os mais vulneráveis (idosos e crianças).

Cientes dos flagelos causados pelos conflitos armados, filósofos e juristas, do período iluminista até então, tentam criar e fundamentar mecanismos afetos ao Direito Internacional capazes de estancar a possibilidade de agressões armadas interestatais e internas. Enquanto no período clássico o ramo internacional da ciência jurídica sempre preconizou como lícitas as guerras, foi a partir da razão kantiana que se consagrou essa virada funcional para fim de tornar tal disciplina a ferramenta responsável pela manutenção da paz²⁴.

²³ MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15^a ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 2 v., p. 1500.

²⁴ Sobre o desenvolvimento do Direito Internacional antes de Kant, cf. Galindo: "Na doutrina anterior a Kant, a guerra não era vista como uma antítese do próprio direito. Ao contrário, ela era legalizada. Não é à toa que o primeiro item do Livro I de *Jure Belli Ac Pacis*, de Grotius, já

Seguindo o pensamento inaugurado pelo Filósofo de Königsberg, Kelsen, jurista de reconhecida expressão intelectual e com histórico de exílio da Europa para os EUA no contexto da Segunda Guerra Mundial, traçou a formulação de um Direito Internacional responsável pelo estabelecimento da paz por meio de um órgão judiciário forte, centralizado e com capacidade de impor coativamente as suas decisões. Na obra *A Paz Pelo Direito*, o vienense inclusivo esboça a estrutura normativa de um órgão cuja atribuição seria manter a paz nível internacional.

O fato é que, com as devidas ressalvas, o final da Segunda Guerra Mundial deu ensejo à formulação de um órgão internacional com estrutura pelo menos similar à idealizada por Kelsen. Embora não seja um ente jurisdicional, mas sim político, o Conselho de Segurança das Nações Unidas compõe-se de quinze membros, sendo cinco permanentes e dez rotativos (art. 23(1))²⁵. A existência desses países com poder geopolítico acima dos demais casa com a ideia kelseniana de que a proeminência de alguns Estados mais fortes no órgão seria suficiente para inibir qualquer tentativa dos países geopoliticamente menos relevantes de tentar dar início a algum conflito²⁶.

Antes de tecer as críticas pertinentes, salientamos que a missão principal do CSONU consiste na manutenção e promoção da paz (art. 24(1)). Para tanto, preferencialmente o Conselho tentará encontrar soluções pacíficas para as controvérsias lhe submetidas (Capítulo VI), especialmente a partir da utilização das medidas tradicionais de resolução de controvérsias entre os Estados (art. 33(1)) ou outras porventura mais pertinentes ao caso (art. 36(1)). Não sendo possível a extinção da controvérsia destas maneiras, a entidade dispõe das medidas elencadas no Capítulo VII da Carta, as quais podem, ou não, envolver o emprego de força armada (arts. 41 e 42).

Com relação à problemática vivenciada na Síria, chamamos atenção para o fato de o CSONU não ter ainda utilizado qualquer meio lhe disponível para erradicar o conflito. Não foi determinado o corte das relações econômicas do país com outrem, o rompimento das relações diplomáticas ou dos meios de

deixava claro que 'a guerra é empreendida em prol da paz' e '[a] própria guerra nos levará em seguida à paz como a seu último fim' (Grotius 2004, 71). A doutrina da guerra justa não apenas permitia o uso da guerra como resposta a um ilícito, ela tornava a guerra um instrumento de suporte e efetividade do direito. É justamente em virtude do apoio, recorrente ao seu tempo, às doutrinas de autores como Grotius, mas também Puffendorf e Vattel, para 'justificar uma ofensiva de guerra', que Kant chama esses 'país' do direito internacional de 'tristes consoladores' (Kant, 2008, 33)." (GALINDO, G. R. B. A Paz (ainda) pela Jurisdição Compulsória?. Revista Brasileira de Política Internacional (Impresso), v. 57, n. 2, Brasília, Jul./Dez. 2014, p. 82)

²⁵ Os membros permanentes são os EUA, a Rússia (herdeira do assento da ex-URSS), a China, a França e o Reino Unido.

²⁶ KELSEN, Hans. *A paz pelo direito*. Tradução Lenita Ananias do Nascimento. - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 8 e 54.

comunicação mais diversos²⁷. Ademais, não houve também determinação do Conselho, com base na autorização da qual dispõe para convocar efetivos dos membros componentes da ONU, para a realização de qualquer tipo de ação terrestre, aérea ou naval, ou mesmo bloqueio, para fins de restabelecimento da paz no seio do conflito estudado²⁸.

Como vimos, mais de trezentas mil pessoas já morreram no conflito sírio. Deste número, não menos que cento e onze mil pessoas são civis. Resta caracterizada uma nítida violação dos direitos humanos destes indivíduos cujo Estado da República da Síria já se mostrou incapaz de garantir. Some-se a tanto o volume de refugiados criado pelas hostilidades e que tentam, por todos os meios, migrar ilegalmente para a Europa a fim de tentar alcançar meios de sobrevivência, situação que chocou o mundo especialmente em meados de 2015.

Em razão de o Conselho ter a prerrogativa de emitir resoluções para estancar conflitos armados não apenas interestatais, mas também intestinos (guerras civis)²⁹, consideramos incabível a sua omissão neste episódio. Destacamos, porém, dois fatores que entrelaçam esta conjuntura, sendo um a possível causa e o outro uma provável consequência.

Como decorrência da própria estruturação de forças de coalizão elencadas acima, tendo de um lado os EUA e do outro a Rússia apoiando respectivamente os rebeldes e o Presidente sírio, tudo indica que a manutenção da letargia do CSONU se prolongará em razão da indisposição das duas potências em costurar uma alternativa para o conflito. Diferentemente do episódio da preêmência da destruição das armas químicas, que apelou para uma necessidade humanitária mais sensível, o morticínio numericamente maior de civis por armas convencionais não parece ser suficiente para pressionar estes polos antagônicos ao objetivo razoável do fim das hostilidades.

O mecanismo de votação das resoluções do CSONU tendo como necessária, além da votação afirmativa de nove membros, a aquiescência dos representantes dos cinco Estados com assento permanente no órgão (art. 27(3)) obstaculiza a tomada de uma diretriz capaz de ensejar fim definitivo ao conflito

²⁷ Artigo 41. O Conselho de Segurança decidirá sobre as medidas que, sem envolver o emprego de forças armadas, deverão ser tomadas para tornar efetivas suas decisões e poderá convidar os Membros das Nações Unidas a aplicarem tais medidas. Estas poderão incluir a interrupção completa ou parcial das relações econômicas, dos meios de comunicação ferroviários, marítimos, aéreos, postais, telegráficos, radiofônicos, ou de outra qualquer espécie e o rompimento das relações diplomáticas.

²⁸ Artigo 42. No caso de o Conselho de Segurança considerar que as medidas previstas no Artigo 41 seriam ou demonstraram que são inadequadas, poderá levar a efeito, por meio de forças aéreas, navais ou terrestres, a ação que julgar necessária para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais. Tal ação poderá compreender demonstrações, bloqueios e outras operações, por parte das forças aéreas, navais ou terrestres dos Membros das Nações Unidas.

²⁹ MEZZANOTTI, Gabriela. Direito, Guerra e Terror – Os Novos Desafios do Direito Internacional pós 11 de Setembro. – São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 51-52.

armado sírio³⁰. Isso porque os EUA e a Rússia não conseguem dialogar a respeito do assunto tendo como fim a salvaguarda dos interesses dos civis atingidos pela conflagração, pois as suas ambições estratégicas preponderam na região do Oriente Médio.

Essa estrutura do Conselho, da forma como pensada originalmente e ainda em prática, desconsidera os direitos humanos das vítimas³¹. A colocação dos problemas da segurança internacional e da possibilidade de dissipaçāo de guerras civis sob o interesse de apenas cinco países é incapaz de representar os verdadeiros anseios da sociedade formada por todos os Estados. Considerações desta natureza talvez fossem bem melhor analisadas na Assembleia Geral, espaço em que todos os membros da ONU possuem voz e assento. As nações mais geopoliticamente relevantes, contudo, dificilmente aceitarão tal mudança de cenário.

A consequência desta incapacidade de solucionar coletivamente o problema do conflito sírio enseja a infeliz possibilidade de realização de uma intervenção unilateral³², atuação proscrita pela Carta de São Francisco (art. 2(4)) justamente por violar a soberania e a integridade territorial dos Estados. Não obstante, é expediente que já foi utilizado algumas vezes sem a prévia autorização do CSONU, embora a posteriori a entidade tenha ratificado a prática³³.

³⁰ Quanto ao mecanismo do poder de voto, rendemos elogios ao trabalho de Kelsen, pois o autor, no seu anteprojeto do órgão jurisdicional mundial, não imaginou tal figura normativa. Para a íntegra da normatização, cf. KELSEN, Hans. *A paz pelo direito*. Tradução Lenita Ananias do Nascimento. - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 117-129.

³¹ ZOLO, Danilo. *Reforçar e democratizar as instituições internacionais? O caso das Nações Unidas*. In: *Direitos humanos em uma época de insegurança*. Organizado por Emilio Santoro, Gustavo Mesquita Batista, Maria de Nazaré Tavares Zenaide e Rafaella Greco Tonegutti. - Porto Alegre: Tomo Editorial, 2010, p. 21.

³² Não nos esqueçamos que, quando das primeiras notícias de utilização de armas químicas na Síria em 2013, os EUA, através do Presidente Barack Obama, já anunciam o seu interesse de enviar unilateralmente efetivos para a Síria. O seu intento à ocasião, contudo, foi barrado pela pressão internacional e pela própria atuação do CSONU. Nada obstante, não se sabe o que pode vir a ocorrer no futuro, especialmente com o acirramento de interesses na região. Para uma crítica dessa postura estadunidense, cf. CARDOSA ZÚNIGA, Rúben. *El uso de armas químicas en Siria, un desafío para el derecho internacional*. ACDI – Anuario Colombiano de Derecho Internacional, 8, 2015, p. 26-29.

³³ Exemplo da realização de intervenção humanitária ao alvedrio de autorização prévia do Conselho ocorreu no Kosovo por parte da OTAN (1999). Infelizmente, de “humanitária” não teve nada a ação da Organização liderada pelos EUA, uma vez que as bombas atiradas pelas aeronaves acabaram por matar vários inocentes, em especial civis e refugiados, e destruir escolas, hospitais, estações de TV, embaixadas etc. (DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora Luzia Araújo. - São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 146) A ratificação posterior exarada pelo CSONU no caso pode ter sido inclusive temerária para o Direito Internacional, uma vez que, em outras oportunidades, pode ensejar justificativa para os EUA ou outros países realizarem novamente intervenções desautorizadas a fim de conseguir a chancela posterior com base no precedente.

Além de violar a soberania e a autodeterminação do Estado sobre o qual se realiza a intervenção, esta ação fere igualmente a proibição do uso da força nas relações internacionais. Em regra, a sua realização, sob o pretexto de garantir, acaba privando os atingidos pelo conflito armado dos seus direitos fundamentais, uma vez que o país intervencionista comumente ataca de forma indiscriminada alvos civis e militares, como ocorrido no Kosovo. Filiamo-nos à corrente doutrinária da não aceitação do uso da intervenção humanitária seja com base na normatização atual do Direito Internacional Público ou com base em normas costumeiras de igual natureza³⁴.

O vazio deixado pela omissão do CSONU quanto ao encontro de uma maneira efetiva para estancar o desenvolvimento do conflito armado na Síria, em especial pela presença em tal cenário do ISIS, pode ensejar atitudes interventionistas unilaterais de países como os EUA e seus históricos aliados (p. ex. Reino Unido e França) que acabem por, sob o pressuposto de estabelecer a paz, ceifar ainda mais as vidas de civis presentes na região. De uma maneira ou outra, a assunção da responsabilidade por essas vidas cairá nos ombros da ONU.

Mantida a configuração instável de interesses que prepondera há mais de setenta anos a partir das disposições da Carta de São Francisco, não enxergamos uma saída efetiva e iminente para o conflito existente na Síria e para a cessação das mortes ocorridas no país. Embora os episódios do uso de armas químicas clamem por atenção, não foram eles os responsáveis pelo maior saldo de assassinatos na versada guerra civil. Se os membros do CSONU descartarem a ação coletiva institucional quando os morticínios forem provocados com o uso apenas de armas comuns, estará consagrada a ineeficácia das Nações Unidas para a promoção da paz.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a primeira vez que foram utilizadas, as armas químicas levantaram a atenção das organizações internacionais e dos governos no tocante ao

³⁴ MEZZANOTTI, Gabriela. Direito, Guerra e Terror – Os Novos Desafios do Direito Internacional pós 11 de Setembro. – São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 96. Ao nosso ver, a intervenção humanitária, após a promulgação da Carta de São Francisco, consiste, além de numa violação a princípio da soberania e da proibição do uso da força, na caracterização de uma agressão. Para um estudo sobre a evolução do conceito de agressão, especialmente tendo como parâmetro as resoluções do CSONU, cf. LOBO DE SOUZA, I. M. O conceito de agressão armada no Direito Internacional. Revista de Informação Legislativa, n. 129, jan./mar. 1996, p. 145-156. É possível encontrar sérios artigos científicos, entretanto, que defendem o posicionamento da possibilidade de realização de uma intervenção humanitária na Síria, seja por parte dos EUA ou de qualquer outro país, desde que com o objetivo de aplacar o conflito lá existente (BLAKE, Jillian; MAHMUD, Aqsa. A Legal “Red Line”?: Syria and the Use of Chemical Weapons in Civil Conflict. UCLA Law Review Discourse, 61, 2013, p. 257-260).

seu potencial destrutivo da vida humana. Sucessivamente, tratados internacionais surgiram de modo a tentar inibir o seu uso, especialmente o Protocolo de Genebra de 1925 e a Convenção de Armas Químicas de 1993, sendo que esta última previu inclusive a criação de uma organização para fiscalizar o seu cumprimento.

A proscrição à utilização de armas químicas em conflitos armados nacionais e internacionais é considerada um direito costumeiro internacional humanitário pela CICV. Logo, mesmo um país que não tenha ratificado ou aderido aos instrumentos citados, deve se abster de fazer uso de tais armamentos. Esse posicionamento encontra resistência doutrinária, mas é defendido pelo Comitê.

O conflito na Síria, nascido em meio às revoltas do norte africano e do Oriente Médio conhecidas pelo contexto da *Primavera Árabe*, se arrasta há cerca de cinco anos e já ceifou a vida de mais de trezentas mil pessoas, com largo número de civis e crianças nesta cifra. Entidades internacionais registram a utilização de armas químicas nos anos de 2013, 2014 e 2015, especialmente o cloro. Por conta disso, sucessivas investigações são feitas no país em busca da punição dos responsáveis.

O fato concreto de maior amplitude oriundo das acusações feitas com relação ao emprego de armas químicas na Síria consistiu na adesão do país à Convenção de 1993. A partir daí, a OPAQ foi autorizada a visitar a arena do conflito a fim de recolher para destruição quase duas toneladas de armamento químico que estavam em poder do Governo local. Infelizmente, mesmo após esse fato houve registro de novo uso deste tipo de material, ensejando, assim, a determinação de novas investigações pelo Conselho de Segurança.

Apesar da comoção ensejada pelos efeitos degradantes no corpo humano do uso de armas químicas, figuramos o uso dessa modalidade de arsenal neste trabalho a título ilustrativo do problema sírio. A maioria dos óbitos, inclusive de civis e crianças, ocorre diariamente por força de armas convencionais. Mesmo cientes de tais fatos, os componentes do Conselho de Segurança mostram-se incapazes de dialogar construtivamente no fito de encontrar uma solução para o fim das hostilidades e a reconstrução deste país já tão dizimado.

É imperativo o encontro de um meio de encerrar o conflito vivenciado há anos na Síria, sob pena de não restar mais uma população para reconstruir o país. Além disso, a manutenção desta inércia, a qual é fruto principalmente dos interesses antagônicos dos EUA e da Rússia no desenvolvimento da contenda protagonizada pelos rebeldes e pelo Governo, pode ensejar a adoção de um discurso de intervenção humanitária por alguma nação com forte potencial bélico, em especial após a comoção mundial causada pelo ataque protagonizado pelo ISIS na capital francesa em novembro de 2015.

Com o pretexto de finalizar a guerra civil e, ao mesmo tempo, atingir unidades do ISIS, o governo norte-americano ou francês podem praticar uma intervenção na Síria e serem responsáveis por ceifar vidas de mais milhares de civis, tal como ocorreu em episódios anteriores da história (Kosovo, p. ex.). Caso isso venha realmente a ocorrer, não podemos negar a responsabilidade do CSONU, que detinha a obrigação original de encontrar as medidas responsáveis por estancar o conflito.

Além disso, se mantida a inefetividade das Nações Unidas quanto ao encontro de uma solução para o fim da conflagração interna na Síria, o volume de mortes registradas no país aumentará em detrimento dos direitos humanos (especialmente a vida) das pessoas lá residentes. Cenário desta magnitude representará a certificação da falência do modelo desenhado para as instituições da ONU, em especial o Conselho de Segurança.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Eneida de. A permanente relação entre biologia, poder e guerra: o uso dual do desenvolvimento biotecnológico. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 7, jul. 2015, p. 2255-2266.

BLAKE, Jillian; MAHMUD, Aqsa. A Legal “Red Line”?: Syria and the Use of Chemical Weapons in Civil Conflict. **UCLA Law Review Discourse**, 61, 2013, p. 244-260.

BOBBIO, Norberto. **O problema da guerra e as vias da paz**. São Paulo: Unesp, 2003.

CARDOZA ZÚÑIGA, Rúben. El uso de armas químicas en Siria, un desafío para el derecho internacional. **ACDI – Anuario Colombiano de Derecho Internacional**, 8, 2015, p. 17-40.

DIÁRIO NACIONAL. **EUA acusam Estado Islâmico de usar armas químicas na Síria e no Iraque**. Disponível em <<http://www.dn.pt/globo/interior/eua-acusam-estado-islamico-de-usar-armas-quimicas-na-siria-e-no-iraque-4772950.html>>. Acesso em: 26 nov. 2015.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradutora Luzia Araújo. - São Leopoldo: Unisinos, 2009.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **S.J.Res.21: Authorization for the Use of Military Force Against the Government of Syria to Respond to Use of Chemical Weapons**. 113th Congress (2013-2014).

_____. **US Government and Congress Response to Syria**. SNIA 6721.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Ataques coordenados aterrorizam Paris e deixam 129 mortos.** 13/11/2015 19h29 – Atualizado em 14/11/2015 às 17h25. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/11/1706236-policia-francesa-registra-tiroteio-e-explosao-em-paris.shtml>>. Acesso em: 10 dez. 2015

G1. **Opaq diz que 90% das armas químicas do mundo foram destruídas.** Disponível em <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/05/opaq-diz-que-90-das-armas-quimicas-do-mundo-foram-destruidas.html>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

GALINDO, G. R. B. A Paz (ainda) pela Jurisdição Compulsória?. **Revista Brasileira de Política Internacional (Impresso)**, v. 57, n. 2, Brasília, Jul./Dez. 2014, p. 82-98.

ILCHMAN, Kai; REVILL, James. Chemical and Biological Weapons in the "New Wars". In: **Science and Engineering Ethics**. Vol. 20, issue 3, September 2014, p. 753-767.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **Chemical weapons: An absolute prohibition under international humanitarian law.** 18-07-2013 Interview. Disponível em <<https://www.icrc.org/eng/resources/documents/interview/2013/07-18-syria-chemical-weapons.htm>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

KELSEN, Hans. **A paz pelo direito.** Tradução Lenita Ananias do Nascimento. - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011

LOBO DE SOUZA, I. M. O conceito de agressão armada no Direito Internacional. **Revista de Informação Legislativa**, n. 129, jan./mar. 1996, p. 145-156.

MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de direito internacional público.** 15^a ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 2 v.

MEZZANOTTI, Gabriela. **Direito, Guerra e Terror – Os Novos Desafios do Direito Internacional pós 11 de Setembro.** – São Paulo: Quartier Latin, 2007

NOBEL PRIZE. **Fritz Haber:** Biographical. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/chemistry/laureates/1918/haber-bio.html>. Acesso em: 24 nov. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Report of the United Nations Mission to Investigate Allegations of the Use of Chemical Weapons in the Syrian Arab Republic on the alleged use of chemical weapons in the Ghouta area of Damascus on 21 August 2013.** General Assembly. Security Council. Doc. A/67/997-S/2013/553.

_____ . **Resolution 2118 (2013).** Security Council. Doc. S/Res/2118 (2013).

_____ . **Resolution 2235 (2015).** Security Council. Doc. S/Res/2235 (2015).

SOUSA, Mônica Tereza Costa. **Direito Internacional Humanitário.** 2^a ed. (ano 2007), 4^a reimpr./Curitiba: Juruá, 2011.

STAHN, Carsten. Syria and the Semantics of Intervention, Aggression and Punishment. **Journal of International Criminal Justice.** Vol. 11, 2013, p. 955-977.

SYRIAN OBSERVATORY FOR HUMAN RIGHTS. **More than 330000 people die while about 13000000 wounded and displaced since the beginning of Syrian revolution.** Disponível em <<http://www.syriahr.com/en/2015/08/more-than-330000-people-die-while-about-13000000-wounded-and-displaced-since-the-beginning-of-syrian-revolution/>>.

Acesso em: 30 nov. 2015.

* Recebido em 20 nov. 2015.

DOCTRINA ESTRANGEIRA



LA TECNICA DE LA LIBERTAD. EL ORDEN REPUBLICANO EN *EL FEDERALISTA*

*Antonio Hermosa Andújar**

Resumen

El presente artículo intenta poner de relieve cómo para los autores de *El Federalista* la presencia de ciertos principios e instituciones en la Constitución -la soberanía popular, la división de poderes, la representación o el federalismo-, constituyen la condición necesaria para hacer del poder un medio para preservar la libertad (así como también la seguridad y cierta igualdad) en lugar del instrumento que la reprime. Así mismo, se intenta poner de relieve cómo el poder sólo puede ser eficaz a la hora de llevar a cabo su función constitucional si se le dota de ciertos recursos que lo fortalezcan y aumenten su capacidad de acción. En suma, se trata de hacer ver que el Orden Republicano apuesta por un poder fuerte que garantice su eficacia, pero a la vez sujeto a determinados límites inviolables que lo mantengan en su condición de medio sin hacer de él nunca un fin. A ese delicado equilibrio entre fuerza e instituciones denominamos la técnica de la libertad.

Palabras clave

El Federalista. Soberanía popular. División de poderes. Representación. Federalismo.

THE TECHNIQUE OF FREEDOM. REPUBLICAN ORDER ON THE FEDERALIST

Abstract

In this article we try to highlight how for the authors of *The Federalist* the presence of certain constitutional principles and institutions –popular sovereignty, division of power, representation or federalism- constitute the necessary condition to use power as a mean to preserve freedom, security and some extent of equality instead of being a repression instrument. Likewise, we intend to highlight how power can only be effective to fulfil its constitutional function if it is provided with certain resources to strengthen it and increase its action capacity. In summary, we try to show that the Republican order seeks a strong power to guaranty its efficacy being subject at the same time to certain inviolable limits which assure it remains a medium and never becoming into an end. We call the freedom technic to this delicate equilibrium between force and institutions.

Keywords

The Federalist. Popular sovereignty. Division of powers. Representation. Federalism.

* Universidad de Sevilla

La “mano de la Providencia”¹ que Madison adivinara tras los acontecimientos cristalizados en la Constitución de 1787, y que ya agitara las banderas de los colonos durante la revolución, no sólo debía ser visible para el hombre religioso que mirase el resultado; el cúmulo de circunstancias vencidas, y su dificultad, habían sido tales que quizás el agnóstico, y hasta el nihilista, siendo “sinceros”, hubieran podido divisar a partir de su natural “asombro” la tra-moya desde la que aquella inefable mano transfiguraba la realidad en leyenda. La República Federal, el Estado único conformado por los trece Estados origi-narios de los actuales Estados Unidos, y del que la citada Constitución era su expresión y su orden, constituía la radical novedad histórica cuya mera forma-ción significaba a la vez la derrota del imperio de la naturaleza, la refutación de las lecciones de la historia y el desafío a los límites de la política a la hora de configura-
r la ordenación de una sociedad. Por explicarnos con ejemplos: la vastedad de un territorio ya no será el espacio por el que se pierda la imagina-ción política o sus ideas, ni el fracaso de ligas y confederaciones en el pasado se perpetuará, por la inercia de las cosas, en el fracaso de futuras asociaciones estatales, ni la necesidad de conjugar series de intereses opuestos conjurará fatalmente contra el orden racionalmente obstinado en alcanzar su equilibrio.

La Federación, en efecto, al disolver prácticamente el vínculo que la teo-
ría política estableciera por siglos entre territorio grande y monarquía (o tira-nía); o al tener jurisdicción directa sobre los ciudadanos de los Estados que la integran, y no sólo sobre éstos²; o bien al mostrar su capacidad de aunar los intereses de los Estados grandes con los de los pequeños, o la estabilidad y energía de un gobierno fuerte con la libertad republicana –por quedarnos con dos de las cuatro magnas dificultades elencadas por Madison³–; o, incluso, y por hacer también referencia al ámbito internacional, por representar su sola existencia la anulación de ciertos factores susceptibles de provocar conflictos entre los Estados⁴, la Federación, decimos, dibujaba en la conciencia de sus partidarios el primer amago de respuesta positiva a la eterna cuestión de si es o no posible que un pueblo quiera y funde racionalmente un “buen go-bierno”⁵. El pueblo que por su propia voluntad ilustrada irrumpie en la historia destrona con ese solo hecho a los viejos déspotas, el azar o la fuerza, que tan

¹ *El Federalista*, nº 37. Hay española en FCE, México, 1998 (tr. de Gustavo R. Velasco) y otra de Daniel Blanch y Ramón Mái, recentísima, en Akal, Madrid, 2015.

² La federación, tal y como la define Hamilton por los tres autores del libro, “es la asociación de dos o más Estados en uno solo” (nº 9). Y en cuanto *Estado* ejerce imperio precisamente sobre *sus* ciudadanos. Igualmente, *en cuanto* Estado se diferencia tanto de las confederaciones como de las mismas repúblicas unitarias, al igual que en cuanto república *representativa* también se dife-renciará de las democracias (como dice Madison en el cap. siguiente). Justo por ello todo serán ventajas, dicen ambos citando a Montesquieu: las de los Estados pequeños combinadas con las de los Estados grandes, la fuerza de aquéllos sumada a la libertad de éstos.

³ *Ibidem*.

⁴ Cf. los artículos de Jay, especialmente los números 3 y 4.

⁵ Hamilton, nº 1.

violentamente han regido y rigen los destinos de los hombres, imprimiendo en la acción política un sello de madurez y previsibilidad desconocidas al arbitrio, con la consecuencia de reincorporar el futuro al quehacer político cotidiano –esa figura central del republicanismo cuyo descuido por parte del gobernante ya fuera señalado por Tácito como indeleble seña de identidad de la autoritaria concentración del poder⁶ (y antes por Tucídides como una de las señales de la descomposición de un gobierno⁷).

La Federación, decíamos, era una novedad histórica radical. No lo es, pues, sólo por su contenido, sino también por su método de formación. El “pueblo sabio y libre”, como Jay consideraba al suyo, y que estaba distribuido en trece Estados, construyó la Federación en virtud de una decisión colectiva tomada mediante procedimientos democráticos, pues la Constitución resultante, que la creaba, sería más tarde ratificada por las correspondientes asambleas estatales elegidas al respecto. Su origen, por tanto, no fue un acto de fuerza, del que la historia ofrecía modelos para todos los gustos, como tampoco la voluntad originaria fue la de uno de aquellos grandes hombres –Teseo, Ciro, Moisés⁸– de los que dan fe mítica los anales de los diversos pueblos⁹; hombres que casi parecen dioses, y que en algunos casos, como el propio Teseo o Rómulo, hasta llegaron a serlo¹⁰. Ni se trató sin más de una simple declaración de voluntad tomada por una multitud de individuos a título personal en condiciones de inexistencia material de derecho y de poder, a partir de la cual el Estado era creado *ex nihilo*, según se preconizara en las doctrinas del contrato social. Por el contrario, cuando los miembros de la Convención aprueban su Constitución, preámbulo para la creación de un Estado *ex novo*, lo hacen como delegados de un pueblo ya constituido, y por tanto en una situación histórica

⁶ *Historias*, I-1. Cf. *EF*, nº 34 (Hamilton). Esa fue también la imborrable lección que la prudencia romana legara al ejercicio del poder, incluido el del príncipe (*El Príncipe*, Madrid, Istmo, 2000, cap. 3). (Para Tocqueville la prudencia sería igualmente necesaria porque el interés, la palanca que de modo cada vez más absoluto regía la conducta del americano medio, produce sobre todo ovejas).

⁷ *Historia de la guerra del Peloponeso*, II-53 3/4. Tucídides narra en esos párrafos algunos de los efectos morales de la peste caída como una maldición sobre Atenas, y entre ellos destaca, con la pérdida de las esperanzas por el hombre –los atenienses–, la desaparición del futuro del horizonte de su tiempo.

⁸ Cf. Levi, *La federazione: costituzionalismo e democrazia oltre i confini nazionali* (introducción a *Il Federalista*, Bologna, Il Mulino, 1998, págs. 9-116), págs. 22 s.

⁹ Fue la Historia la que en América suplió a los sacros legisladores del pasado; el ser ya una sociedad libre en el momento de su fundación los hizo innecesarios (Hartz, *La tradición liberal en los Estados Unidos*, FCE, México, 1994, págs. 57-60).

¹⁰ Cf. Tito Livio, *Historia de Roma desde su fundación*, I-16; cf. también Jenofonte, *Ciropedia*, I-6 (la excelencia de Ciro le hace ser único, es decir, no puede ser modelo para sus súbditos, pues basa precisamente su legitimidad en el hecho de ser el mejor; cf. también V-, 5, 8/36 donde Jenofonte escenifica ejemplarmente en el diálogo de Ciro con Ciaxares ese auténtico drama del honor regio, una versión por lo general descuidada de la soledad del poder. Una soledad de carácter personal que, por lo demás, parte de otra, de naturaleza política: la inexistencia de espacio público por la inexistencia de ciudadanos).

en lugar de natural. El poder constituyente tenía ya detrás una serie de poderes constituidos de los que obtenía la legitimidad suficiente y necesaria para crear una nueva legalidad¹¹.

La Federación diseñada por la Constitución era, al igual que los trece Estados fundadores con los que pasaba a constituir un único Estado, una república. Es decir, se basaba en el principio republicano por excelencia, el de que cada uno está capacitado para autogobernarse, que en su traducción política significa establecimiento de la soberanía popular¹². El esfuerzo por aplicarlo y conservarlo le dotó de un grado de lucidez normativa muy superior al de cualquiera de los Estados particulares, pese a las notables analogías de su estructura respecto a las de aquéllos, sus modelos organizativos. El pueblo americano quería ser tan dueño de su destino después de la Unión como antes, y al respecto ideó una original serie de instituciones en la que parapetar sus valores e intereses, regida siempre por la divisa de que la circulación del poder por ellas no debía en ningún momento saldarse con la servidumbre de la voluntad colectiva de la que partió. El modelo establecía una tupida red de garantías primarias –la estructura propia de la Constitución, con su cohorte de órganos distintos pero coordinados- y de garantías secundarias –el modo de funcionamiento de cada uno; si con las primeras el poder prometía al pueblo respetar los límites que se le imponían, con las segundas él mismo se garantizaba respetar sus promesas, pues éstas representaban las condiciones mediante las cuales el poder se hallaba en grado de acometer con éxito las tareas para las que había sido creado. Veamos tal disposición.

Los antiguos colonos hoy ya independientes no han cambiado de fines al constituir la Unión; tienen, en todo caso, motivos para deplorar el fracaso de la reciente experiencia política ideada para lograrlos, la antigua Confederación¹³; pero sus objetivos personales y sus aspiraciones sociales siguen siendo las mismas: en el ámbito público la libertad, la paz, la seguridad, la prosperidad; y en el privado la dignidad, la libertad y la felicidad, es decir, los mismos

¹¹ Resultaría extremadamente sugerente dilatar aquí la originalidad de la Federación americana en relación a problemas esenciales de la historia y la práctica políticas, como el de la solución dada a la correlación entre ambos poderes, tan diferente en la práctica constitucional americana a la teórica de Sieyès, o a la cuestión del absoluto. Pero remitimos al lector a las luminosas páginas dedicadas por H. Arendt (*Sobre la Revolución*, Alianza Editorial, Madrid, 1988, especialmente IV-3 y V-1), en relación con esos problemas que no son objeto de nuestro estudio. Cf. también Madison, nº. 40).

¹² EF, nº 39 (Madison).

¹³ Acerca del peso de dicha experiencia sobre el origen de la idea de un gobierno central fuerte, véase el excelente texto de Abbattista *La rivoluzione americana*, Laterza, Roma-Bari, 1998 (cap. IX).

“derechos” que, con ligeras variaciones, eran considerados como verdades autoevidentes por la famosa *Declaración de Independencia*¹⁴, y tomados por naturales. Tampoco aquí hay una definición de dichos valores, y menos una explotación en torno a su esencia, como tampoco indicación alguna acerca de si todos ellos poseen el mismo estatuto ontológico o no (y ello a pesar de que el discurso al respecto no siempre es claro, por cuanto la supuesta identidad ontológica a veces queda en entredicho para los primeros, o bien diluida su autonomía para los segundos; aquéllos, en efecto, ocasionalmente reducen su número a dos al integrarse la libertad y la paz en los dominios de la seguridad, y éstos pasan a ser la trilogía en la que se ramifica el concepto de interés¹⁵). También aquí, pues, la evidencia ve la verdad al mirarse en el espejo de sus nombres.

Los autores del *El Federalista* no sólo sabían, al igual que Maquiavelo, que el poder es necesario para preservar el orden social¹⁶, sino que sabían así mismo, como Aristóteles, algo que ha sido gravemente olvidado o incomprendido después: que el poder es necesario para preservar la libertad¹⁷. La visión del hombre manejada en esta doctrina política es la del realismo de la naturaleza humana, cuya inevitable dosis de pesimismo¹⁸, que tanto escándalo hipócrita y tanta bienintencionada miopía ha suscitado entre sus críticos, no hace sino resaltar la colosal dosis de optimismo antropológico inherente a ella. Pues que el individuo, aisladamente considerado, sea un ser más egoísta que social, más interesado que racional, no significa que no pueda vivir en sociedad; al revés, es precisamente la vida social la que refrena en parte esos instintos egoístas, conteniéndolos en un punto de equilibrio que aunque conflictivo no

¹⁴ Cf. Jefferson, *Autobiografía* [en *Autobiografía y otros escritos*, Madrid, Tecnos, 1987], pág. 24. Cf. también *EF*, nº 1 (y nº 23).

¹⁵ Cf. nº 9 y nº 1 respectivamente. Añadamos que en una ocasión ese doble mundo parece rápidamente identificado con el de la justicia y el bien común (nº 51).

¹⁶ *EF*, nº 15 (Hamilton). Paine, por citar un caso, había sido uno de los últimos personajes en incorporarse a la fatídica lista con su famosa afirmación de que mientras la sociedad proviene de la bondad del hombre el gobierno lo hace de su maldad. De ahí que todo sean frenos a su marcha antes de haber siquiera echado a andar.

¹⁷ “La vitalidad del gobierno es esencial para la salvaguardia de la libertad”, exclama Hamilton casi al exordio de la obra. E insiste cuando se lleva recorrido casi un tercio de la misma al vincular la “energía del gobierno” con “la seguridad” en el disfrute de los derechos individuales” (nº 26).

¹⁸ “El hombre –dice Hamilton- es ambicioso, vengativo y rapaz”, lo que acabará garantizando la guerra incluso entre repúblicas (nº 6; cf. también el nº 70). Con todo, no era ésa la primera ocasión en la que el republicanismo abandonaba su virtuosa matriz histórica para pasarse al bando absolutista rival, pues aparte el caso de Maquiavelo, que siempre vio al mismo hombre aun cuando cambiaba de régimen, también Giannotti operaba con una antropología similar (*La República de Florencia*, CEPC, Madrid, 1997), y con una idea de la política que anticipaba la de *El Federalista*, pues también el orden republicano refrenaba las pasiones naturales de los hombres volviéndolos no sólo sociables, sino aspirantes legítimos a alcanzar la virtud (libro I, caps. 3 y 4, págs. 17 s).

por ello, como expusiera magistralmente Maquiavelo en su día¹⁹, es necesariamente precario. En este sentido, cabría decir, como ya se ha hecho en alguna ocasión, lo contrario del tópico ilustrado, roussoniano sobre todo: que si el hombre es *malo* por naturaleza, la sociedad lo vuelve *bueno*, vale decir: *sociable*²⁰. Sin duda, su belicosidad es tal que la guerra es ineliminable del panorama humano, como afirma Jay, y de esa quema no se salvan ni repúblicas ni monarquías, pues ambas guerrean por igual; pero no es menos cierto que su interés y su inteligencia se concitan para forjar instrumentos capaces de erradicar la violencia tanto del orden interno como del internacional; o, por decirlo con otras palabras, el hombre está en grado de transformar la fuerza en poder y el poder en derecho, y de garantizarse con ello su libertad en sociedad²¹.

¿Cómo lo logra? Descontada la necesidad del poder al respecto, ¿cómo es posible ese invocado milagro de su transformación en Derecho? ¿Cómo puede el hombre contener con sus acciones sus instintos, y los hombres, juntos, salir indemnes de la dominación establecida por ellos mismos? ¿Cómo es posible al pueblo, reconocido soberano cuando se mira al poder en su fuente, seguir siendo soberano cuando dicho poder ha redondeado su ciclo; evitar que el instrumento ideado para su protección acabe siéndolo de su servidumbre? En suma: puesto que se anhelan los fines públicos y privados antevistos, ¿cuáles serán los medios al respecto?

El mundo moderno –sostienen los federalistas- ha traído consigo, en el pensamiento y en la acción, una serie de novedades que permiten afrontar con cierto optimismo el desafío del futuro; la ciencia política especialmente ha podido deducir ya de las recientes experiencias los principios con los que articular una red normativa susceptible de atrapar la libertad, y de hacerla vivir por siempre en medio de los hombres. Tales serían la representación, la división de poderes y su consiguiente equilibrio, el propio bicameralismo o la creación de un poder judicial independiente. La suma de todos ellos se llama república, si bien ésta admite una ulterior corrección en aras de su perfecta configuración: el federalismo, el aporte excepcional de los nuevos Estados Unidos al presente y a la posteridad²². El orden republicano resultante de la conjunción

¹⁹ *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, AE, Madrid, 1987, I-4.

²⁰ Arendt, op. cit., págs. 179-80. Cf. también Pocock, *The Machiavellian Moment...* Princeton University Press, Princeton, 1975, para comprender la novedad de semejante concepción antropológica en el interior de la tradición republicana; y Botana, *La tradición republicana*, Suramericana, Buenos Aires, 1997, cap. 2.

²¹ EF., nº 4 (Jay); cf. También el nº 10, de Madison; y Levi, cit., págs. 39-40.

²² La república federal, en efecto, tendrá carácter de “modelo”, es decir, será reproducible. La orgullosa confianza de *Publius* de que el futuro rendirá homenaje al presente estadounidense actual es heredera, y por la misma razón, de la de Pericles (en Tucídides, II, 37). Por lo demás, esta idea completa otras acerca del modelo de sociedad y de mentalidad que acercan a aquellos norteamericanos a la Atenas clásica, y que Pocock resume con la preferencia de Pericles frente a

de los principios señalados, a saber, la Unión, es así la síntesis armónica de las exigencias de la libertad con las exigencias del poder: del fin y sus medios, de la voluntad con la necesidad. Ambos tipos de exigencias aparecen tan entremezcladas que cuesta trabajo a veces deslindar con claridad qué pertenece a unas y qué a otras, pero en todo caso demuestran que ni la libertad podría ser sin el poder ni el poder sin la libertad. Empecemos por las primeras de esas exigencias, las de la libertad.

Su primera gran cita con los medios republicanos se personifica en el concepto de representación, sobre todo cuando ésta se amplía hasta englobar junto a la elección directa del representante su elección indirecta. Pero antes de elegir debemos saber quién elige, quién debe ser el sujeto representado. Y al respecto la respuesta es terminante: para la Unión los electores serán los mismos que en cada Estado miembro, es decir: "el entero pueblo de los Estados Unidos"²³. La soberanía popular no admite que las diferencias económicas, sociales o culturales de los sujetos –las relativas al nivel de riqueza, al linaje o al saber- se traduzcan en diferencias políticas susceptibles de establecer dos tipos de individuos o dos grados de ciudadanía, a las que cumplidamente se abonara y se abonará el pensamiento europeo²⁴, desde Locke y Spinoza a Diderot y Kant o Constant y Mill. La ausencia de discriminación entre los electores se traslada tal cual a los electos, pues si bien se fijan condiciones para su elección²⁵, entre éstas no se hallan las concernientes al ideario político ni a la confesión religiosa, como tampoco a las de linaje, riqueza o cultura recién indicadas, o a la profesión, etc., (sí persisten, en cambio, las de género).

Al igual que todos eligen, cualquiera puede ser elegido, y la elección será directa o indirecta, según se apuntó. Representantes serán todos los electos, con independencia de la modalidad de elección, si bien los vínculos entre mandante y mandatario serán más inmediatos, estrechos y complejos en el primer caso que en el segundo, por cuanto "el deber, la gratitud, el interés personal y hasta la propia ambición" (pág. 493) vincularán férreamente a unos con otros.

Eligiendo todos libremente a sus representantes, y pudiendo elegir en condiciones de igualdad a cualquiera, el pueblo ciertamente gobierna. Ahora bien, de un lado en la idea de representación se subsumen otras dos, la de la

Licurgo (op. cit., XV-4). En cuanto a la influencia sobre la "posteridad" del citado aporte americano, la lectura del célebre texto de Elazar *Exploring Federalism* (The University of Alabama Press, 1987) nos proporciona, aunque exagerada, una amplia perspectiva de las virtualidades del concepto.

²³ *EF*, nº 57; cf. también nº 54 y nº 46.

²⁴ En la Antigüedad también Pericles insistió en la que la oscuridad del pobre no debía discriminarse (II-37).

²⁵ Tanto físicas –edad- como políticas: la nacionalidad. Condiciones que se extreman algo más a la hora de seleccionar a los candidatos de la segunda cámara.

separación entre titularidad y ejercicio del poder, y la de que este último es en puridad *el* poder; de otro, la participación del pueblo en el gobierno, en gran medida se agota ahí²⁶: ¿qué garantías tiene entonces de *seguir* siendo el sujeto del poder? Es decir, ¿cómo se asegura el *buen* gobierno, objetivo natural de toda constitución? La americana ha reforzado la autoridad del pueblo, principio republicano cardinal, con un conjunto de “garantías subsidiarias” (Madison) al objeto de evitar sea que el uso del poder se salde con su abuso, sea el sacrificio de la libertad en el altar de la eficacia²⁷. La dimensión positiva del buen gobierno –su ejercicio por los mejores- el pueblo norteamericano la resuelve recurriendo a la sociología y a la psicología antes incluso que a la misma política, es decir: seleccionando a aquéllos de quienes conoce los méritos y las capacidades para actuar en su nombre y por su cuenta, y eligiendo a quienes la elección, halagando su propia vanidad, los identifica con un régimen en el que creen ver reconocidas sus cualidades personales. Después, ya en el cargo, los tendrá allí el tiempo suficiente para familiarizarse con sus tareas, y hasta los recompensará con la reelección si cumplieron como se esperaba de ellos.

Sociología y política terminan de redondear su contribución al buen gobierno con dos nuevas aportaciones; la infinitud de intereses, de ideas y valores existentes en una sociedad se halla presente cuando cada uno de sus miembros deposita su voto. El elector, máxime si posee la madurez ya demostrada por el norteamericano, al manifestar así sus preferencias no las hace recaer únicamente sobre un candidato validado por su capacidad y su buen comportamiento, sino más en concreto en aquél con quien además cree compartir²⁸ en mayor o menor grado gustos, opiniones o intereses. Ese será idealmente su representante fiduciario, al que dejará hacer libremente en el desempeño de su cargo, y al que renovará o no su confianza al final de su mandato dependiendo, entre otros factores, de la satisfacción obtenida con el mismo. Ello garantiza la formación de una cámara en la que esté presente la sociedad²⁹; la

²⁶El pueblo de la Unión tiene más cauces aparte del representativo para seguir participando activamente en el gobierno, como es el caso del jurado. Pero el imperio del pueblo sobre el gobierno conoce otros modos aún más refinados de ejercerse, como más tarde pondrá de relieve Tocqueville (*De la démocratie en Amérique*, Gallimard, Paris, 1986, I-II, 1).

²⁷ No hay que olvidar lo que decía Hamilton: que el abuso del poder puede venir de todo poder, también del necesario, y no sólo del superfluo.

²⁸ Identidad, por cierto, que no degenerará en corporativismo, haciendo que al comerciante lo represente el comerciante, etc.: la técnica jurídica ‘sabe’ que diversos intereses profesionales pueden aunarse en una sola categoría profesional (nº 35) (con todo, éste será uno de los blancos preferidos por los enemigos que la Constitución se crea -junto al de la supremacía de la Unión frente a los Estados-, que abogarán por la representación de los intereses sectoriales; al respecto, Abbattista, op. cit., págs. 119 s).

²⁹ Como garantizará también su peligro, a saber: la coincidencia absoluta en la misma fe –“liberal”, añade- contiene en su tentación –la de generar una unanimidad que por absoluta deviene absolutista- los gérmenes de su caída: el otro, lo distinto, corre el riesgo de ser estigmatizado. Riesgo que en los años 50 del pasado siglo, cuando “la excentricidad devino pecado”, se volvió deletéreo para quienes no comulgaban con los mismos dogmas (cf. Hartz, op. cit., cap. I). Contra

proporcionalidad adoptada como criterio para su composición asegura, con independencia del número de sus miembros, la representatividad del entero territorio, tanto como la pluralidad de los mismos asegura, con independencia de sus características personales, la representatividad del conjunto de la población. El pluralismo de opiniones e intereses, llevado como quería Burke desde la sociedad hasta la instancia de representación constituirá de este modo el mayor obstáculo tanto a la formación de un interés propio y separado del mandatario con respecto al mandante, como a la prevalencia de una opinión o de un interés sobre los demás, enfermedades ambas indicativas del imperio de la corrupción sobre la totalidad del tejido social. Así, la pervivencia del pluralismo político, consecuencia en sus orígenes del buen funcionamiento de los mecanismos de selección del representante en una sociedad plural, revierte sobre sus orígenes preservando los dos. Frente al peligro de aislamiento de la esfera política en relación a la sociedad, o al de que un interés se cierre a cal y canto sobre sí mismo en forma de facción, y frente a sus consecuencias, es decir, que la esfera política se convierta en una burbuja que flote como una corte sobre la sociedad, o que el interés cerrado alcance tal fuerza que no sólo impida la circulación de diferencias en su interior, sino que por lo mismo acentúe las tendencias uniformizadoras latentes en toda sociedad, o imponiendo su número en las decisiones políticas vuelva con eso facciosa la decisión mayoritaria; frente a todo ello, decimos, la pervivencia del pluralismo político deviene la garantía de la fortaleza del sistema, en tanto que testimonio de que en un régimen donde contienden pacíficamente numerosos intereses potencialmente conflictivos ningún antídoto mejor que la libertad para conjurar los peligros derivados de la propia libertad³⁰, filosofía ésa más tarde puesta también en práctica por Tocqueville.

El último aporte positivo al buen gobierno provenía de la política. Al respecto son varias las medidas ideadas. Que el representante sea renovable es una de ellas. Su buen obrar, en efecto, le hace meritorio de ser reelegido para el cargo, medida ésa que beneficia tanto a la persona como al sistema, pues al tiempo que recompensa la pericia y lealtad de la primera al segundo, favorece éste al impedir que los conocimientos acumulados durante el ejercicio del cargo no rindan su fruto si se le aparta definitivamente del mismo. Otra sería la elección indirecta de representantes, endureciendo las condiciones de los candidatos, que formarían parte de una instancia separada de la anterior, más elitista y por ende más instancia de cualidad, donde estuvieran presentes aquellos caracteres que los hombres van adquiriendo con la edad, como una mayor racionalidad, más conocimientos, más sentido de la responsabilidad,

esos mismos peligros, y su bifurcación en los terrenos moral y jurídico, ya habían advertido los propios federalistas, bien que con mucho menor énfasis del puesto por Jefferson y más tarde por Tocqueville.

³⁰ Nros. 56, 57, 10 y 60.

etc. El benéfico influjo ejercitable por las decisiones adoptadas en dicha instancia sobre las de la anterior redundarían sin duda, al decir de *Publius*, en la eficacia del instrumento y en la preservación de su fin.

La dimensión negativa del buen gobierno consiste en evitar el abuso de poder, su confesada tentación, cuando no su naturaleza misma, en todo régimen político; al objeto de prevenir el citado mal la política saca a la palestra aportaciones de relieve. Reseñemos dos; la primera es el principio de legalidad, en virtud del cual las leyes promulgadas por los representantes tienen por destinatarios a todos los sujetos de la comunidad, es decir, son tan vinculantes para quienes las hicieron como para quienes se hicieron. De esta manera, la “comunión de intereses” y la “armonía de sentimientos” expresada durante la elección se refuerza con el ejercicio del poder, la permanente identidad entre unos y otros fortalece el sentimiento de igualdad en la libertad en cada individuo. La otra, quizá la más efectiva de todas, ya ha sido aludida. Decíamos que el representante es renovable, que es bueno que lo sea pues el tesoro de experiencia acumulado en el desempeño de su cargo no tiene por qué depreciarse inútilmente, y de ahí que los dos años del mandato inicial puedan ampliarse a voluntad. El peligro del poder es esa imperceptible sustancia segregada por él que adhiere al cargo a quien lo ejerce, cuya viscosidad aumenta conforme se prolonga su ejercicio y que echa raíces en la persona del ejerciente como, a veces, en las personas sobre las que se ejerce; el resultado suele ser que quien accediera a él mediante el procedimiento de la elección se perpetúa en él mediante la sugerión de la costumbre, y que quien fuera una pieza más en el movimiento de rotación del cargo acabe transformado en principio “natural”³¹. Ahora bien, el expediente con el que el orden republicano autoriza a la voluntad a reconfirmar en el cargo a quien lo administra es la elección, un expediente que debe repetirse puntualmente cada dos años, y sin el cual ni es posible la renovación ni, cuando tiene lugar, es posible sin que el candidato haya declarado con hechos la idoneidad para recibirla. Las elecciones periódicas constituyen en suma el recurso mediante el que el pueblo se garantiza la lealtad de su representante, y en último término la conciencia de seguir siendo dueño del gobierno sin estar físicamente presente en él (nº 57).

Junto a las de la libertad, el orden republicano respondía igualmente a las exigencias del poder. Ya hemos visto cómo éste era de por sí una exigencia de la naturaleza humana, cuya propensión y capacidad para el bien sólo era posible en sociedad. Pero a su vez el instrumento invocado para hacer posible la sociedad, el poder, era al tiempo un medio cuya eficacia dependía de una

³¹ Nos valemos de la imagen utilizada por Maquiavelo en el cap. 2 de *El Príncipe*, donde el uso de dicho apelativo apunta al olvido de la circunstancia histórica que dio origen a un determinado poder, el cual, a fuerza de ejercerse, devino costumbre, vale decir, *naturaleza*, para el pueblo sobre el que se ejercía.

serie de condiciones³². En realidad, el lector avisado habrá podido percibir algunas de ellas en pleno ámbito de la libertad, pues al explorar el concepto de representación como medio de la misma nos topamos con ciertos requisitos - las elecciones periódicas para elegir o renovar representantes, la rotación de los cargos, los méritos que hasta ahí llevan, las posibles instancias de la representación- que pertenecen de suyo a la naturaleza del poder tal y como éste debe ser en una sociedad democrática, y sin los cuales aquélla no sería posible. Es decir, que estábamos hablando de libertad y ya hablábamos del poder: de un poder dividido, además. En su fuente, el pueblo, el poder necesariamente se halla constituido en un todo: la misma necesidad exige dividirlo en su ejercicio al objeto de no traicionar la fuente.

Con la división del poder llegamos al segundo de los grandes principios del orden republicano, que completaremos más tarde con el de federalismo³³. Se trata de un concepto de poder radicalmente diverso al de los partidarios de la soberanía, quienes a veces -léase Bodin- se muestran capaces de limitarla con vínculos extralegales, aunque no sea ni la norma ni la lógica de la misma, pero que en cualquier caso reúnen en ese poder "todo el derecho del Estado", del cual forman parte las funciones legislativa, ejecutiva y judicial³⁴. Para *Publius*, por el contrario, la concentración de los poderes que las administran equivale sin más a dictadura; no importa sobre quién recaiga la titularidad del poder, si el pueblo, la aristocracia o el monarca; y no importa cómo se acceda al poder, si por elección o por herencia: lo único que cuenta es que es dictador quien concentra en sus manos todo ese poder (nº 47). A primera vista, empero, será dicho poder el que más eficazmente cumplirá su objetivo, es decir, el más eficaz, y así lo miraron sus más decididos y honestos partidarios, como Hobbes, quien sabía que un poder fuerte es aquél que logra los objetivos en virtud de los cuales ha sido creado, pero ignoraba que el poder fuerte es el poder dividido, porque el poder o bien se destruye a sí mismo cuando se concentra, o bien destruye la libertad o el orden, amos a los que sirve. No hay que confundir por tanto poder absoluto con poder fuerte, como con tanta brillantez distinguiera Tocqueville tras la estela, precisamente, de *Publius*, en su análisis de la Constitución defendida por éste³⁵.

El establecimiento de un poder fuerte fue una de las máximas preocupaciones del constituyente americano, es decir, de la Convención reunida en

³² Esto es así siempre, en cualquiera de los teóricos del poder, desde Aristóteles a Maquiavelo. Ello conlleva que algunas de esas condiciones sean necesariamente comunes, y que otras cambien dependiendo del tipo de sociedad que el poder quiera conservar.

³³ En realidad, y en gran medida, cabría incluir este último en los dos primeros, como hemos hecho y haremos respecto de los citados más arriba como segundo y tercer principios, a saber: el bicameralismo y la independencia del poder judicial. Con todo, existen sobradas razones para hacerle más justicia tratándolo por separado.

³⁴ Hobbes, *Leviatán*, Madrid, Alianza Editorial, 1998, cap. XVIII.

³⁵ Op. cit., págs. 193 s.

Filadelfia, y su defensa, llevada a cabo con eficaz brillantez, una de las más convincentemente desarrolladas por los autores de *El Federalista*, saldada con una teoría política que conjugaba poder y libertad como nunca antes en la historia. El genio de Madison, en efecto, sitúa la división del poder en el interior de una teoría que aspira a resolver desde su estructura interna el problema del orden político republicano, para lo que una vez creado el poder era menester evitar que los poderes en los que éste se distribuye rivalicen entre sí por alcanzar la supremacía. La solución a ese enigma político oculto a un sinfín de generaciones no se basó en préstamos tomados de fuera, como la perfecta delimitación competencial³⁶, de tecnocrático aroma, o bien recurriendo ocasional o frecuentemente al pueblo, de tan jeffersoniano gusto; se basó más bien, como ya se ha visto, en un orden que empezaba acatando la autoridad del pueblo y terminaba, tras pasar por la división de poderes, en la federación. Es en el interior de ese cuadro donde los respectivos poderes deben hacerse fuertes cada uno, y sumando sus fuerzas demostrar su fortaleza, es decir, su eficacia, manteniendo la libertad. Y lo logran tanto distribuyéndose en órganos, con las competencias férreamente delimitadas cada uno, como acaparando todos los recursos específicos para su funcionamiento. Echemos ahora una detenida ojeada al interior de este nuevo mundo, a fin de comprobar cómo son esos poderes y qué los hace fuertes.

La exigencia impuesta por la libertad de elegir representantes el poder la reinterpreta distribuyéndolos en dos cámaras (la Unión imita en este punto a la mayoría de los Estados). La función principal de los representantes consiste en legislar, tarea que desempeñan desde el Congreso y el Senado, las dos cámaras distintas y separadas en las que se subdivide la asamblea legislativa. El principio de la división de poderes ha hecho así su entrada por la puerta grande en la Constitución. Buscó, desde luego, inspiración en la historia y halló en la constitución británica el modelo del que seguir los pasos, aunque éstos, en América, llevaban por fuerza hacia otra dirección, habida cuenta de la inexistencia de aristocracia y de la prohibición de recrearla³⁷. La mayoría de las características anteriormente enumeradas al hablar de la representación se referían al Congreso; en efecto, de él hablábamos, aunque sin nombrarlo, al referirnos a las elecciones directas y periódicas, a la representatividad de opiniones e intereses, a la duración de dos años en el cargo, a la proporcionalidad del número, etc., como también hablábamos en parte de él –pero era la cabeza del ratón y no la cola del león- al aludir a las capacidades y méritos personales, así como al autodominio racional.

³⁶ Los poderes tienden siempre a invadirse mutuamente, sea cual sea el régimen en el que operen: en uno absolutista el que tenderá a invadir es el poder ejecutivo; en la democracia directa, la asamblea, y en la república representativa, el poder legislativo (nº 48).

³⁷ Cf. el Art. I, Secc. 10 de la Constitución.

Cabe plantear aquí una cuestión ampliamente debatida por algunos detractores de la Constitución: ¿por qué duplicar las funciones? Y cabe también complicar la pregunta, antes aún de amagar una respuesta, con otra nueva cuyo simple planteamiento parecería poner en duda la coherencia interna del principio de la división de poderes, tanto cuanto aquélla parece situar su origen en el mero capricho: ¿y por qué varias funciones para una misma cámara (o bien para un solo poder)? Recuérdese, en efecto, que unas líneas más arriba indicábamos la función de legislar como la *principal* del poder legislativo, es decir: que hay otras. Vayamos pues paso a paso, empezando por contestar la primera. Explicar el duplicarse de la función legislativa significa justificar la necesidad del Senado. Tal empresa empieza a llevarse a cabo desde su composición, con el endurecimiento de las condiciones para el nombramiento de senador. Hamilton, el autor de la misma, se vale al respecto de toda una batería de razones, cuya argumentación no siempre alcanza el rigor ni la brillantez habituales del autor. El Senado, dice, ayuda a obstaculizar la posibilidad siempre presente de corrupción por parte de la asamblea legislativa, menor en las repúblicas, pero mayor cuando es única; siendo su concurso necesario a la hora de legislar, será más difícil la corrupción de dos, por lo que el pueblo y su libertad saldrán ganando con la escisión de la asamblea legislativa y el control que de hecho, y de derecho, supone para la primera cámara compartir tarea con la segunda³⁸. Así mismo, siendo más reducido el número de sus miembros resulta más factible dominar las pasiones que dificultan su cometido, y siendo más amplio el volumen de sus conocimientos en materia de legislación lo favorecen. Restituye además al gobierno la estabilidad de la que le priva la frecuencia de elecciones para el Congreso, lo cual, por otro lado, contribuye a hacerle suplir tanto la carencia “de un profundo sentimiento de carácter nacional”, cuanto el usual vacío de responsabilidad del gobierno ante los ciudadanos. Por si fuera poco todo ello, esa cámara cualitativa cual es el Senado muestra además su razón de ser en la facultad de defender al pueblo de los errores que éste de vez en cuando comete, o de las ocasionales desilusiones que padece. Y hasta la historia misma se le vuelve cómplice cuando, hechos en mano, arguye que sólo las repúblicas con senado vencieron por siglos al tiempo³⁹. Con ese arsenal de motivos Hamilton cree más que probada la necesidad del Senado, esto es, respondida la primera cuestión. Pasemos a la segunda.

³⁸ El espíritu de ese razonamiento volvería entonces más razonable aún la propuesta de Giannotti, para quien todas las leyes eran el resultado de las decisiones de tres órganos distintos (cf. su libro II).

³⁹ Cf. N°s. 62 y 63. También el mismo Presidente será investido con poderes para desempeñar tan ingrata tarea, y deberá oponerse a veces contra los deseos del pueblo expresados personalmente por él o por boca de sus representantes (nº 71).

¿Cómo es posible postular la división y separación de poderes al tiempo que se apuesta por acumular funciones en sus órganos? El Senado, lo hemos visto, participa de la función legislativa junto con el Congreso, pero su vida no termina ahí. Con el Presidente comparte la función ejecutiva al participar del nombramiento de determinados funcionarios y codirigir la política internacional, al aprobar los tratados estipulados por el presidente con terceros países. Por último, hace las veces de tribunal cuando se juzga al Presidente por el delito de *impeachment*, tarea ésa compartida con la otra cámara⁴⁰. ¿Se ha respetado la división de poderes, es una dictadura la Constitución? Se diría que el objetivo fundamental en virtud del cual se establece la división de poderes, a saber, evitar que un poder invada el campo de acción de otro, fuera el objetivo contra el cual apunta el ordenamiento de la Constitución de los Estados Unidos, al prescribir que un poder se una a otro para hacer determinada tarea. Y sin embargo es aquel objetivo lo que queda justamente salvado con este ordenamiento. Porque, como bien dice Madison recordando tanto a Montesquieu como a su referencia empírica, la Constitución británica, división y separación de poderes no significa crear varios soberanos en un mismo ordenamiento, pues o se paralizaría o se destruiría, o las dos cosas a la vez. Significa que “quien posee *todos* los poderes de un determinado sector” no debe poseer también “*todos* los poderes de otro”, pues en tal caso sí se subvertiría el orden establecido. Vale decir, sí es posible que poderes separados se toquen en algún punto, porque en ninguna parte la justicia o la verdad han escrito que dividir los poderes equivalga a separar las funciones, que cada función estatal deba ser realizada por su correspondiente órgano; sobre todo porque el punto en el que confluyen es el punto tanto de cooperación como de control recíprocos, y es a través de ese juego de controles de unos poderes sobre otros –la verdad de la división de poderes- como el ordenamiento alcanza su equilibrio⁴¹. A fin de cuentas es una cuestión de delimitación precisa de competencias, porque si la diversidad de las funciones responde a las necesidades ontológicas del orden social y exige para su cumplimiento la aplicación del principio, tan escasamente republicano, de la división del trabajo al ordenamiento –la división del poder-, los poderes resultantes únicamente podrán desempeñar finalmente su cometido cooperando entre sí. De hecho, mientras los poderes se

⁴⁰ El propio Presidente, sin ser, ni mucho menos, el rey inglés tampoco ve limitada su actuación al ámbito ejecutivo, pues posee poder de iniciativa legislativa y para ejercer, en ciertas condiciones, el veto: poderes ambos que lo introducen de pleno derecho en ese ámbito. Hasta el poder judicial, que es sólo poder judicial, al tener la facultad de declarar inconstitucional una ley está, de hecho, influyendo en el legislativo del Estado que la aprobó para que la modifique o la derogue.

⁴¹ No. 47. La idea, con el mismo objetivo, fue ya esgrimida por Polibio en su apología de la constitución romana, y su virtualidad ha sido rescatada por Pettit para el republicanismo contemporáneo cuando indica la “dispersión de poder” como una de las condiciones para evitar que la arbitrariedad se adueñe del poder: idea para la que *El Federalista* se convierte en ejemplo (*Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Paidós, Barcelona, 1999, págs. 233 s.).

controlan en su función de medios están simultáneamente cooperando en aras del fin que les justifica y sujetan; pero, igualmente, también en su propia condición de medios la ocasional cooperación exigida es al mismo tiempo la forma de autocontrol practicada por el poder.

Así pues, una correcta delimitación de competencias salva la cooperación de los poderes, vale decir, que se postule simultáneamente la división del poder y la acumulación de funciones. Pero es a través de la puerta abierta por la distribución competencial como se accede a la siguiente cuestión antes planteada, la de cómo los poderes llegan a ser fuertes. Visto desde la libertad, el poder es un medio; visto por sí mismo, el poder es un fin. Su razón de ser no se cumple con su existencia, sino con su eficacia, y en aras de la misma el poder exige sus propios medios. Forman parte de esas garantías auxiliares, meramente técnicas, sin las cuales los poderes constituidos no funcionarían como garantías primarias. No es que gracias a ellas tales poderes eviten la tentación del abuso o la posibilidad abusar, pero sí es cierto que sin ellas abusarían necesariamente y nunca llegarían a cumplir con su deber de eficacia, que en el conjunto del ordenamiento no es sino la libertad expresada como técnica. El contexto es aquí la casuística interna de los poderes establecidos, su organización y funcionamiento, y la cuestión planteada es, en definitiva, la de las condiciones de la eficacia. Las reglas que presiden el funcionamiento de los poderes son en algún caso comunes, y en otros, por fuerza de cosas, específicas. Al objeto de abreviar nuestra exposición nos limitaremos a dejar constancia de la máxima que rige las primeras, y prescindiremos del detalle de las segundas, para acabar reuniendo unas y otras en el ejemplo de la Unión. En tal modo habremos entrado ya en la exposición del tercer y último principio de la libertad: el de Federación.

No habrá eficacia en el poder si no se le conceden los medios adecuados a su fin. Lo que, aplicado a cada uno de los poderes, significa que es menester sobre todas las cosas preservar "la autonomía de la voluntad" de cada uno de ellos⁴². ¿Cómo? ¿Podría llamarse *libre*, esto es, considerarse autónoma, una asamblea legislativa que detentando el poder supremo del Estado dependiera para su reunión de la voluntad del titular del ejecutivo? Es sólo un caso, pero hay muchos otros en los que una mala regla boicotea un buen orden, y es entonces cuando los sueños de la razón pueden producir monstruos. Prevenirse contra ellos depende entonces de que los nombramientos de los miembros de un "sector", como sus "emolumentos", competan muy poco o nada a otro, pues estarían literalmente a la merced del mismo –los debería nombrar la autoridad de todos ellos, el pueblo, pero es un deber impracticable. Mas la garantía suprema reside en la creación de las condiciones necesarias para que los

⁴² Nº 51.

máximos responsables de cada “sector” se hallen en grado de resistir los intentos abusivos provenientes de los demás; lo cual se logra proporcionándoles, de un lado, todos los recursos necesarios al respecto, y de otro un “interés personal” en hacerlo. Se parte pues del supuesto, parcialmente aristotélico, de la plausible coincidencia de los “intereses personales” de quien desempeña el cargo con los “derechos constitucionales” del mismo, y se trata de conseguir que quienes se hallan ocupando cargos públicos vean su ambición personal satisfecha con dicho ejercicio: se trata, en suma, “usar la ambición como antídoto de la ambición”⁴³, en la gráfica expresión de Madison henchida de resonancias montesquianas⁴⁴. Es así como cada poder, asegurándose su propio dominio sobre sí, pone las bases⁴⁵ de su igualdad con los demás y de su libre cooperación con ellos: las mismas bases que convertirán al poder en garantía de la libertad⁴⁶.

⁴³ Ciertamente, está aquí presente la idea, esbozada por Hobbes y Locke, de que la perfección de un ordenamiento nunca satisfará la aspiración, transformada por Spinoza en su primer objetivo jurídico-político, de impedir el mal, pues siempre habrá resquicios normativos que sólo una decisión humana entre otras posibles, es decir, un acto *subjetivo*, habrá de cubrir; como también lo está la anexa a ella, a saber, que siendo la naturaleza humana como es nada garantiza el mejor móvil tras la decisión; de ahí que se invoque el interés personal en pleno ámbito público. Pero el pesimismo exudado por esa tal invocación, y la conclusión deducida de “¿qué es el gobierno sino el más poderoso análisis de la naturaleza humana?”, que lo acentúa, no termina de hacer justicia a la convicción de Madison. Primero porque contraviene una de las más grandes verdades, casi cabría decir descubrimientos de no ser porque antes escribieron Hume o A. Smith, expuestos a lo largo del libro, a saber, que el interés personal no tiene por qué recluirse en el ciego egoísmo del sujeto; y en segundo lugar, porque semejante idea, la antítesis de la moral religiosa y metafísica más común de todas las tradiciones culturales, implica en su propia formulación el reconocimiento de que lo personal y lo público pueden ser las dos caras de la misma moneda, que no hay contradicción inmanente entre el interés personal y el bien común. Es decir, el gobierno seguirá siendo, desde luego, un análisis de la naturaleza humana: pero en el mismo no habrá sólo elementos negativos.

⁴⁴ N° 51. También ciertas garantías primarias operan a favor del fortalecimiento del poder: la representada por la misma Constitución, superior a cualquiera de sus órganos; o el señalado principio de legalidad, que sometiendo por igual a todos los poderes, incluido el supremo que las hace, a las leyes posibilita a los demás, sometiéndose a su voluntad, liberarse de su arbitrio, serían dos de ellas.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Hablábamos también de reglas específicas operantes en el seno de cada poder en pro de su fortalecimiento; originariamente, en una república representativa, el poder ejecutivo es un poder menos fuerte que la asamblea legislativa, por lo que se debe hacer lo imposible por dotarle de la energía necesaria para no sucumbir ante las presiones de aquélla y contribuir así a la salvaguardia de la sociedad. De ahí que su poder deba reunir requisitos como la unidad y la duración además de los antevistos (N°s. 71 y 72). En cambio, en su elección se velará por impedir que ésta recaiga sobre sus posibles favorecidos y que pueda, elegido, gratificar a quienes lo eligieron (N°s. 67 y 68). En relación al poder judicial cabe decir que se precisa la amovilidad de sus miembros requerida por su independencia, sin la cual la libertad sería sin más expulsada de la Constitución y de la sociedad (N°. 78).

La tercera y última de tales garantías, y la más innovadora de todas las provenientes de suelo americano, la constitúa la federación. Ya hemos hablado cumplidamente de ella, tanto al referirnos a las exigencias de la libertad como a las del poder, pues al tratar de la representación y de la división de poderes, en ambos casos era nuestro objeto la república federal aun sin nombrarla expresamente. Virtud de la federación es extremar los efectos benéficos que para la convivencia destilan las repúblicas unitarias; éstas, por ejemplo, coartan los “eventuales intentos de la tiranía” por apoderarse de la sociedad subdividiendo el poder al que renuncia el pueblo en “diversos órganos separados y distintos”, y los abusos probables de una parte sobre otra de la misma sociedad multiplicando sin tregua los intereses y las categorías de ciudadanos, hasta impedir la formación de una mayoría facciosa en grado de atentar contra los intereses de una minoría. La república federal, por su parte –tal es el caso de la Unión-, cumple con las exigencias del poder multiplicando por dos la subdivisión de los poderes, ya que añade un gobierno central común a los respectivos gobiernos particulares, y tan dividido internamente como éstos; es decir, duplica las garantías de libertad de la sociedad frente al gobierno. Y cumple con las exigencias de libertad no sólo añadiendo cantidad a la cantidad –la derivada de juntar la población de trece Estados en uno-, sino sumando la calidad que deriva de dicha adición –hay más intereses en juego, etc.- a la otra calidad inherente al sistema, a saber: la de la selección en la elección de representantes, pues los que acceden a los órganos de la Unión sobresalen de los demás por sus facultades intelectuales y morales, así como por su mayor cualificación profesional⁴⁷. Impidiendo la formación de mayorías facciosas y ampliando el número de filtros por los que un individuo llega a *estar por* otros, la federación fortalece las garantías de libertad de una parte de la sociedad respecto de otra⁴⁸.

Hasta el presente hemos subsumido idealmente el conjunto de fines supremos de que se dota el ordenamiento republicano en el mayor de todos, el de libertad. Semejante simplificación, deliberadamente adoptada, la creímos justificada porque, tradicionalmente, la libertad ha sido el principio normativo del republicanismo, así como el valor donde por excelencia encarna la dignidad humana, pues de todos los fines elencados es el único que no puede coexistir materialmente con su contrario, la proteica tiranía, mientras que paz, seguridad y prosperidad sí pueden hacerlo en mayor o menor grado, y por

⁴⁷ Esa al menos es la creencia profesada por Madison; cf. nº. 51 y nº 10. Cf. también nº 3.

⁴⁸ Con razón dice Raynaud que ni el reconocimiento positivo de las facciones ni la defensa de los intereses impide que se haya de considerar la Constitución americana como la constitución de la libertad; en ello, por lo demás, pormenoriza una originalidad que se manifestaba en el hecho de haber sido capaz de disociar el equilibrio de poderes de las divisiones orgánicas características del régimen mixto, tal y como pueden verse en un Giannotti (véase su contribución, *L'idée républicaine et The Federalist*, al volumen dirigido por Furet y Ozouf sobre la idea de república en la Europa moderna, Gallimard, París, 1993, Parte I, cap. 2).

mayor o menor tiempo, con ella. Igualmente, representamos el mundo de los fines en el de libertad porque, como apuntáramos al principio, los autores de *El Federalista* en algún caso transforman en sinónimos el orden de la seguridad y el orden de la libertad (aunque ellos subsumen paz y libertad en la seguridad)⁴⁹; y, sobre todo, porque mientras la libertad echó raíces desde el principio en suelo americano y nunca fue desarraigada, seguridad, paz y prosperidad han vivido momentos convulsos siguiendo el ritmo de las circunstancias, las últimas de las cuales, la guerra de Independencia y las vicisitudes sufridas por la Confederación, las han expulsado desde el terreno de los hechos al de los ideales⁵⁰. Pero ha llegado el momento de corregir parcialmente el ángulo de visión. En efecto, el poder reclama la federación para realizar los demás valores citados, que completaban, junto a la libertad, el *telos* normativo republicano, no porque sean contradictorios o porque no quepa integrarlos entre sí, sino porque su realización, singular o conjunta, respira con dificultad en el interior de la trama socio-institucional de una república unitaria⁵¹.

A decir verdad, en materia de seguridad, *El Federalista* no habla con una sola voz; la exposición de la doble vertiente, interna y externa, de la seguridad se la reparten respectivamente Hamilton y Jay, y aunque las posiciones comunes abundan, las divergentes no les van a la zaga. El análisis de la naturaleza humana y de sus consecuencias sobre la socialidad interestatal, pese al mayor énfasis puesto por aquél en las virtudes de la maldad, constituye el mayor espacio común construido por las respectivas doctrinas en el ámbito internacional. Pero en el diagnóstico de las causas de los conflictos interestatales, y más especialmente en las soluciones ideadas para conjurarlos, las diferencias adquieren relieve sobre el fondo plano de las concomitancias. Hamilton, quien, como dijimos, debate acerca del futuro de las relaciones de los trece Estados soberanos o de las varias confederaciones a que podrían dar lugar, es decir, de los peligros que les amenazan de no reunirse en uno solo, no duda en afirmar que en una símil situación de independencia las pías intenciones de pacífica coexistencia acabarían saltando por los aires sin mucha dilación. En efecto, las disputas por el territorio, eternas como la historia y que en el Nuevo Mundo, con sus espacios ilimitados por desconocidos y el deseo ferviente de explorarlos, se prestan como en pocas partes a degenerar en conflictos tras cada proyecto de expansión, sin contar la permanente espada de Damocles que pende sobre las cabezas de los Estados pequeños de verse anexionados por los gran-

⁴⁹ No. 9.

⁵⁰ Cf. uno de los lapidarios resúmenes de las actuales circunstancias por las que, al decir de Hamilton, pasan las repúblicas norteamericanas en el nº 6.

⁵¹ En principio, la coexistencia entre todos ellos no entra en el terreno de lo problemático, pero Hamilton no deja lugar a la duda cuando afirma que de fallar la seguridad, y fallaría si se deshace la Unión, también la libertad acabaría por faltar a su cita con la política republicana (nº 8).

des. Una tentación ésa en la que les sería fácil sucumbir por su inmediata asociación con el aumento de su seguridad. De igual modo, la competencia comercial en absoluto posee según Hamilton las propiedades taumatúrgicas descubiertas por Adam Smith, quien ve en su extensión la mayor garantía de paz para el mundo, la sustitución de la política por la economía también en el ámbito internacional⁵²; más bien descubriríamos ahí no sólo otra puerta abierta a la guerra en las relaciones entre las repúblicas, sino así mismo un nuevo envite, ofrecido en otro escenario, para que el pez grande devore al chico. Las tensiones inherentes a la cuestión de la deuda pública, o las generables por determinadas alianzas políticas, no harían sino arrojar leña al fuego de los conflictos, hasta hacerlos estallar en una guerra segura en cuyas llamas no sólo ardería su libertad sino incluso su misma existencia.

Antes de llegar a ese punto de no retorno al que habría conducido la debilidad en la que se hallarían los trece Estados por no constituirse en uno, o por agruparse sólo en varios, aquéllos pasarían por varias guerras antes de la última, o antes de la servidumbre, y por algunas de las consecuencias de éstas cuando son civiles, como la mayor残酷, una más amplia destrucción de bienes y personas, la renuncia a la libertad en aras de la seguridad, el empobrecimiento de la población y la paulatina militarización de la paz hasta que de ella sólo quedara su recuerdo y el sometimiento del poder civil al poder militar. Hamilton basaba su argumentación, desenvuelta con apasionada contundencia, en la fe que la experiencia aporta al conocimiento, y la conducía con la esperanza de "hacer tesoro" de sus enseñanzas pero "sin pagar el precio". De ese manantial de verdades los amigos de la paz y de la concordia debían quedarse al menos con dos: que la naturaleza humana gusta regalarse con la sed de poder o de preeminencia, siendo la hostilidad la criatura que mejor se adapta a ese suelo; y que, como tal, la naturaleza humana no entiende de regímenes políticos, por lo que actuando en una república o en una monarquía los efectos son los mismos: y, de hecho, *historia dixit*, los hábitos de la primera han sido tan belicosos, y sus efectos tan belicistas, como los de la segunda⁵³. Lógicamente, esa naturaleza humana tampoco entiende de países, y lo que hizo en otras partes del viejo mundo lo repetirá, en idénticas circunstancias, en el nuevo: el destino de hambre, miseria, esclavitud y guerra, que

⁵² Destino ése que también le preparaba en el ámbito nacional, pero para el que se reveló finalmente insuficiente, como se aprecia en las tareas que asigna al Estado –justicia, defensa, obras públicas–, blasón de su necesidad para el orden social (*Investigación sobre la riqueza y causas de la riqueza de las naciones*, FCE, México, 1979); sus ideas sobre los beneficios del comercio para la sociedad internacional fueron en cierta medida anticipadas por Montesquieu y Hume (cf. Ronsavallon, *Le Libéralisme économique*, Paris Editions du Seuil, 1989, cap. 3, y Pocock, op. cit., XV-4). Añadamos que el beneficio comercial también para las parte adversaria –los españoles– será uno de los argumentos esgrimidos por Jefferson en su reclamación del derecho a navegar por el Mississipi (1792) [cf. el *Documento...*, op. cit., pág. 327].

⁵³ *EF*, Nos. 5-8.

tanto imperio ejerció y ejerce en Europa, será igualmente el suyo si las voluntades de los trece no acaban sumando uno.

Para Jay, ese mismo destino cambiará poco si en vez de contemplar el horizonte intrarrepublicano divisamos el de sus relaciones con el mundo exterior. Divididas en unidades soberanas, la violación de los tratados, el uso de la fuerza o los intereses económicos representan otros tantos polvorines a los que la mecha de la naturaleza humana, invariablemente prendida por sus pasiones, sus intereses o su desconocimiento, terminará haciendo estallar. Como para Hamilton, la unión es para Jay el único remedio posible a esa situación. Un “único buen gobierno” constituye la sola salida viable al enigma de la existencia, cuyo drama empieza en su propia constitución y del que la federación republicana es el modo no sólo de evitar que el drama termine en tragedia, sino —merced a la capacidad que tiene el hombre de conseguir la paz en sociedad transformando la fuerza en derecho— de procurarle un final feliz, es decir, en consonancia con las aspiraciones de la sociedad a la libertad, la paz, etc., y las personales a la dignidad y la felicidad. Constituida la federación, aduce Jay, el automatismo de su existencia reduce a una las diversas interpretaciones de los tratados que proliferan donde abundan las voces y los intereses, y extingue el mal uso de la fuerza al tiempo que menoscaba los motivos de discordia esparcidos por la economía en el mundo interestatal por la vía del comercio; el mal del mundo internacional queda así sensiblemente disminuido en su potencial, al menos el que puede ejercer contra los nuevos Estados Unidos. Guiado por los mejores hombres de la sociedad, el gobierno federal cifra en sus capacidades la garantía de la obtención y el mantenimiento de la paz⁵⁴.

Así pues, en el punto común de la Federación confluyen los esfuerzos de Hamilton y Jay por construir un futuro para la seguridad (el mismo, recuérdese, que compartirá la libertad). Con todo, hablábamos de diferencias entre ambos y es aquí donde se hacen notar con mayor vigor. Porque en dicha solución única, lo que aquél tiene *in mente* es el *orden republicano*, cuya división de poderes, bicameralismo, representación, etc., completa con la federación. Mientras éste, según hemos visto, fía el remedio más que al propio orden republicano a la certeza de que serán los “hombres mejores”⁵⁵ quienes estén al frente del mismo, es decir, más a las personas que a las instituciones *sensu*

⁵⁴ Nos. 3-5. Añadamos que el gran poder que materialmente *es* la federación no sólo disuade potencialmente a las potencias extranjeras de perpetrar un ataque contra ella, o al menos le hace pensárselo dos veces, sino que le garantiza ese derecho a la neutralidad del que se vale para aplicar la política económica agente de su prosperidad (Nos. 11-13).

⁵⁵ N° 3.

stricto. Diferencia ésa que está en el origen de otras más; si en Hamilton la solución democrática al problema de la seguridad está clara⁵⁶, aunque sus efectos se limiten al campo de acción de las relaciones de las repúblicas norteamericanas entre sí, en Jay el referente democrático es sólo un supuesto, es decir, algo dado, pero que deja sin demostrar⁵⁷. Su argumentación resulta más probatoria cuando vincula seguridad y federación, pero no lo es tanto a la hora de fijar el nexo democrático que debiera unir ambos conceptos. De hecho, concentrar en la figura del monarca absoluto los defectos de la naturaleza humana que impulsan a su titular hacia la guerra es reproducir con idéntico simplismo un viejo argumento esgrimido por Locke, pero que, como hemos visto, ha sido categóricamente rechazado por Hamilton basándose en el oráculo de la experiencia; y los otros héroes de su argumentación, aunque más consistentes, tampoco dejan sentir ninguna predilección específica por la democracia. La unidad de interpretación de los tratados, por ejemplo, que dará firmeza y coherencia a la conducta gubernamental frente al guirigay de opiniones fue una de las opciones en las que Hobbes cimentó técnicamente la superioridad del poder monárquico frente al asambleario (que haría en cualquier caso las delicias de cualquier tirano), y “la sabiduría y prudencia” que adornan a sus gobernantes preferidos, los “hombres mejores” de un “único buen gobierno”, no son sino las calidades que adornan al *soberano* lockiano, vale decir, al titular del ejecutivo que ejerce funciones jurisdiccionales facultado por el poder extralegal de la prerrogativa⁵⁸. En ningún caso, ni en Hamilton ni en Jay, tenemos una respuesta claramente democrática al problema de la seguridad, pues el orden republicano invocado por aquél detiene sus efectos en el interior de la federación norteamericana, pero no puede dar respuesta clara a la cuestión de la seguridad –la paz- en el entero ámbito internacional, pues bajo los presupuestos de ambos no hay respuesta completa a la cuestión de qué permite a

⁵⁶ Desde luego, de ser cierto el duro juicio de Jefferson sobre Hamilton, al acusarle de ser “partidario de un rey hereditario, con una Cámara de los Lores y una Cámara de los Comunes corrompidas a voluntad e interpuestas entre el pueblo y él” (*Anotaciones*, en op. cit., pág. 132) sería menester considerarlo como la reedición del dios Jano.

⁵⁷ Sin duda resulta honesto y, desde luego, legítimo construir un pensamiento sin explicitar los supuestos, pues como diría Hartz “sólo cuando se da por supuesta la ética, todos los problemas surgen como problemas de técnica” (op. cit., *ibidem*); con todo, resulta desaconsejable, porque es fácil topar con quien defendiendo ideas análogas no los tiene iguales, o con quien sí los tiene pero extrae de ellos consecuencias diferentes (el reproche de Jefferson a Hamilton de creer salvaguardados los derechos individuales por la Constitución aun sin incluir en ella ninguna declaración, y la defensa de éste, que los consideraba preservados en su condición de constitutivos de la naturaleza humana y por la técnica constitucional, dan cumplida cuenta de cuanto decimos. Sin duda, los norteamericanos, empezando por el propio Hamilton, habrían acabado perdiendo de no haberse incluido las 10 primeras Enmiendas apenas dos años después de ratificada la Constitución).

⁵⁸ Nos. 3 y 4. Cf. Locke, *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil*, Madrid, Alianza Editorial, 1994, cap. XIV.

un pueblo –incluído el democráticamente constituido- oponer sus ideales, intereses y hasta ciertas pasiones, máxime si constituye de suyo una potencia, a las otras pasiones dominantes que arrastran a las sociedades a la dominación de otras. La cuestión, por lo demás, no tiene respuesta válida dentro de ese esquema intelectual, en el que la naturaleza humana provocará ineluctablemente la guerra entre los Estados y la única respuesta legal en grado de controlarla se limita a la constitución de federaciones republicanas, un modelo ciertamente exportable a otras regiones, pero sin fuerza suficiente para reunir, como quiso Kant, al conjunto de los Estados del mundo bajo el palio del Derecho. Esta ausencia la saldaron ambos amigos de la paz con la apuesta por el máximo aislamiento internacional amparándose en el escudo que ofrecía la geografía, en el caso de Hamilton⁵⁹, y con la buena fe, traducida en una buena gestión, en el caso de Jay: la incauta buena fe del que cree que para no guerrear es suficiente con que uno no desee hacerlo.

La federación, en definitiva, constituía para los americanos el futuro donde hallarían cobijo los ideales de seguridad, interna y externa, y prosperidad, así como la confirmación de que el de libertad, tan asociado al primero, no habría de exiliarse de su suelo. Ahora bien, ¿de dónde sacaría aquella la energía suficiente para no defraudar ese semillero de esperanzas?, ¿cuáles eran sus recursos para tan loable cometido? O, si se prefiere, ¿de qué poder disponía la federación al objeto de satisfacer sus objetivos?, ¿qué la hace fuerte? Nos las vemos aquí con el principio de eficacia, es decir, con la garantía técnica de la libertad. De lo que se trata es de reunir en las mismas manos los fines y sus medios, es decir, de dotar de autonomía al poder federal. ¿Cuál fue la solución ideada a tan conspicuo problema –la fuerza, puesta al servicio de la libertad- por el constituyente americano y defendida por los autores de *El Federalista*? Aquella se articuló en dos tiempos: por un lado, la fijación de los objetivos; por el otro, la determinación de la “cantidad de poder” necesaria al respecto.

El primer aspecto se resolvió reservando para la federación todas las competencias en materia de defensa –diplomacia y guerra-, comercio, finanzas y paz pública. Las demás competencias recaerían, de manera igualmente exclusiva, en los gobiernos locales⁶⁰. El segundo aspecto no fue, en el sentir de Publius, sino la lógica consecuencia del primero, y constituye una verdad simple y universal resumible en el siguiente axioma: “los medios deben ser proporcionados al fin”⁶¹; lo cual, añadamos, comprende la plena titularidad legislativa

⁵⁹ Nº 8.

⁶⁰ Cf. Nos. 17, 23 *et al.*

⁶¹ Y prosigue: “... aquéllos a quienes se les pide la obtención de un *fin* cualquiera deben poseer los *medios* para hacerlo” (nº. 23).

sobre los procedimientos tendentes a facilitar la ejecución de los fines señalados. Tan estricta delimitación competencial se hallaba presidida, en efecto, por dos supuestos, el de la supremacía del gobierno federal sobre el otro sujeto de la relación -esto es, los gobiernos periféricos- en los citados ámbitos, y el de la convicción de su eficacia, avalada históricamente por el ejemplo de Roma, en el que la exclusividad de las competencias no supuso mayor obstáculo para la cooperación de los poderes ni para el logro de su celebrada grandeza. Al objeto de realizar los fines que la esperanza americana pone en ella, la federación debe legislar sin interferencias acerca de los medios al respecto; sus leyes, de las que es dueño de su contenido y juez de su número, serán así supremas, vinculantes para el conjunto de los ciudadanos, sin que ningún Estado posea la facultad de emitir normas contrarias en grado de derogar la vigencia de aquéllas en su territorio; su soberanía en el mismo, aunque plena, es relativa a su ámbito, y si en éste el poder de la federación es nulo, en el de ella es nulo el suyo. La supremacía política del poder federal, con todo, sólo se ejerce mediante leyes que toman "por base la Constitución"⁶², por lo que cualquier decisión central lesiva de intereses particulares, así como las que pudieren afectar a normas estatales ajenas a su poder, entraría de lleno en el capítulo que la tiranía también gustaría de escribir en la política americana, y contra lo cual la Constitución dota a los ciudadanos con el derecho de resistencia⁶³. Por lo demás, la división competencial no sólo garantizaba al pueblo americano la realización de los fines perseguidos, sino que por lo mismo representaba para los Estados el reconocimiento de su autonomía en el interior de la federación; su soberanía quedaba intacta en lo relativo a "la vida, la libertad y la propiedad de los ciudadanos", y su participación en el funcionamiento de la federación – la elección del ejecutivo era un ejemplo entonces válido- revalidaba la necesidad de su poder para la existencia de la misma, en tanto lo contrario no tenía lugar. Los Estados, por el espacio que ocupan en la vida del ciudadano, y por las parcelas que rigen de su actividad, continuarán manteniendo en su pecho un lugar más cercano al corazón de éste que la federación, que sólo reglamenta "intereses más generales"⁶⁴.

El fortalecimiento de la federación pasaba por determinar sus objetivos específicos, mas no se detenía ahí. Si aspiraba a ser algo más que un solemne brindis al sol necesitaba igualmente procurarse los medios al respecto. El problema, pues, es ahora el de saber cuánto poder necesita detentar el gobierno federal para cumplir el mandato popular en lo concerniente a su defensa, al comercio, a la guerra y a su seguridad. Nos cerniremos en nuestra exposición al primer punto, y la cuestión es la siguiente: puesto que la regla a la que ha de atenerse el poder es su adecuación al fin, ¿cuánto poder deberá reclamar la

⁶² Nº 33.

⁶³ Nos. 33 y 28.

⁶⁴ Nº 17.

federación en aras de la defensa de sus ciudadanos? La respuesta es contundente: ilimitado. Ahora bien, ¿qué justifica una exigencia semejante, en la que el pueblo parece hablar con la voz del tirano y la democracia defenderse incluso con el amoral secretismo de la razón de Estado? La exigencia, además, continúa su curso, por cuanto la contundencia del contenido se traslada también a la forma de reclamarlo: se trata de otra verdad elemental, que ni las leyes pueden prohibir⁶⁵ ni la razón ocultar, y cuya violación no sólo rompería el delicado y necesario equilibrio político entre "gobierno fuerte y derechos individuales"⁶⁶, sino que privaría al órgano de la posibilidad de realizar la función para la que ha sido creado. De otro modo, ¿por qué, en materia de defensa, un gobierno es fuerte sólo si posee un poder ilimitado?

La defensa se centra básicamente en dos tipos de objetos: la puesta en acto de una fuerza organizada y el poder de hacerlo, lo que se concreta en poder formar un ejército y en los poderes anexos, sin los cuales sería un mero *ignis fatuus*, en especial el poder de tasación: un gobierno debe poder tasar para formar un ejército: y que tal poder sea ilimitado es el medio de cubrir tal necesidad. Adecuando el principio que rige la concesión de poder a este contexto diríamos que únicamente en tal forma ambos medios, ejército y tasación, se adecuarían a su objeto: la seguridad de la federación frente a cualquier amenaza exterior o interior. La sencillez cartesiana de semejante verdad convierte en una misma operación la explicación y la justificación de la misma; aunque ya el fracaso de la reciente experiencia de la Convención sería suficiente para enviar al limbo todo proyecto que cifre la defensa de una federación en la buena fe o el supuesto interés más propio de sus miembros⁶⁷, existen otros elementos mediante los que avalar positivamente la reivindicación de un poder ilimitado en dicha materia. El primero de ellos es que cuando está en juego la supervivencia de nada valen los subterfugios legales con los que se pretendiera proveer a la defensa; otro es el cambio constante de las circunstancias y el anonimato de la dirección emprendida, lo que envuelve en una nube de incertidumbre el futuro de la vida humana, frente a la cual una cierta preventión es siempre más que aconsejable; otro provendría de la fuerza enemiga, que podía refugiarse en la misma nube al objeto de descargar toda su furia sobre la federación a fin de impedirle, en la economía como en la política, llegar a ser lo que puede ser, y que obliga a ésta a tener preparada otra fuerza de defensa en grado de repeler la posible ofensa; finalmente -por poner límite a este recuento, no porque no hayan más-, porque la política republicana debe hacer uso de aquel instrumento tan ensalzado desde antiguo como una de las

⁶⁵ Sería vano -¿quién puede ponerle puertas al campo de la supervivencia?- , y algo peor, esgrime Madison: un error imperdonable e irreparable: ¿qué defensa cabe oponer a un peligro ya consumado? (Nº 41).

⁶⁶ Nº. 26.

⁶⁷ Nº 23.

máximas virtudes del gobernante, la prudencia, entre cuyos mecanismos se halla el de tener la mirada puesta constantemente en el horizonte además de en el presente; lo que en este campo significa tanto intentar prever las diversas combinaciones adoptables por las potencias extranjeras en el escenario internacional, cuanto organizar una fuerza en grado de oponerse a la omnímoda del azar⁶⁸. Todos esos caminos convergen en un mismo punto: la necesidad de un ejército regular⁶⁹: incluso en tiempos de paz. He ahí uno de los vértices en los que se concreta el ejercicio del poder ilimitado para la defensa.

Empero, la naturaleza cartesiana de semejante verdad política no se impone con el automatismo de las proposiciones claras y evidentes ni al sentido común ni a las mentes forjadas en una cultura política pretérita, por dominante que aún pueda ser, y curtidas en sus prejuicios, por no hablar de quienes deliberadamente velan sus intenciones en discursos inapropiados. Hamilton y Madison, plenamente conscientes del fenómeno, dejan para otro tiempo más maduro la proclamación de la autoevidencia de la verdad y se aprestan a arroparla con varios argumentos a fin de hacerla más accesible a los hombres de su época. Objetivo primario al respecto es cancelar de la razón política el nexo entre poder ilimitado y monarquía absoluta (la inglesa, que como la mayoría de las europeas adolecía del rasgo más autoritario de todos, al decir de Rousseau: su carácter hereditario). Con idéntica pasión a como antaño hablara de la maldad del hombre o de la natural *psicología* invasora de los poderes, contra lo que invitaba a la libertad a precaverse con el escudo republicano, federación incluida, Publius habla hogaño de la bondad que supone para todo “pueblo libre” ceder el ejercicio de su poder, o de la gran “sabiduría” del pueblo americano para evitar la anarquía, que se traducirá en otorgar a sus representantes, en aras de su seguridad, el poder ilimitado requerido. Delegar el poder, añade Publius, significa de hecho confiar en otro, y en las repúblicas contemporáneas es la propia libertad quien establece la necesidad de delegarlo⁷⁰; no ignora con ello el riesgo del abuso, pero prefiere afrontarlo a dejarse sumir en la impotencia o vencer por la anarquía. Pero no es únicamente en el

⁶⁸ Nos. 23, 25, 34 y 41.

⁶⁹ Que en la federación americana no significa la derrota definitiva de la milicia popular, de hecho aún reconocida por la Constitución (Art. II, secc. 2^a), pero sí de su viabilidad para una misión de tanta envergadura como es la defensa.

⁷⁰ A decir verdad, y como bien sostiene Pettit (op. cit., pág. 47), la participación directa en el gobierno dista de ser una exigencia histórica del republicanismo. La historia romana contada por Tito Livio es elocuente a este propósito, pero incluso Salustio, que había denunciado la apatía del pueblo romano y culpado de la ascensión de Sila, instándole a luchar por recuperar la república, reconoce igualmente que aquél, ni siquiera cuando quiere libertad, está con ello exigiendo siempre participación (cf. *Historias*, I-55). Pocock, para quien la escisión entre titularidad y ejercicio del poder significaba el “final de la teoría política clásica” y, en parte, el paso del republicanismo al liberalismo, había remarcado en cambio, de manera errónea, que fue precisamente durante ese trayecto cuando el pueblo perdió la virtud y, con la virtud, el derecho a gobernar sancionado por el republicanismo (op. cit., XV-2).

ámbito político donde la materia humana vive entre abismos, aunque no sean los pascalianos del ser y de la nada, imposibilitada como está de optar por lo mejor; es toda su existencia la que se halla cruzada por el bien y el mal, fundidos ambos de manera inextricable hasta en los momentos más inocentes del existir. Es ese poso de dolor presente en toda felicidad, incluida la más “pura”, que se multiplica en el ámbito político al necesitar el pueblo, para su felicidad, ceder un poder del que se puede abusar, lo que deja al hombre, desterrado del paraíso de la perfección, como mucho la opción un “bien mayor” frente a otro menor –lo que no es poco, teniéndose en cuenta que la preferencia alternativa se da entre un mal menor y otro mayor⁷¹. En resumen: el argumento político con el que la razón pretende disolver el contubernio histórico entre poder ilimitado y poder absoluto presente en la monarquía hereditaria inglesa, se blinda con otro de raíz ontológica que sitúa al hombre ante la sola posibilidad de elegir entre dos bienes relativos, argumento que le viene como anillo al dedo en el ámbito político, como ya enseñara Hobbes, del que nuevamente se profesan discípulos sin quererlo los federalistas, para quien la opción de la seguridad únicamente significaba para el hombre decantarse por el absolutismo frente a la anarquía⁷².

Hasta cierto punto podría resultar paradójico después de lo anterior formularse la siguiente pregunta: ¿es realmente ilimitado el poder utilizable en la defensa? Las consideraciones que siguen, con las que cerraremos nuestro trabajo, demostrarán que se trata sólo de un poder arbitrario, pero no de un poder ilimitado; o mejor, que dicho poder no es más que un ejercicio arbitrario, alegal, en el interior de un marco de restricciones que lo limitan. A decir verdad, ya hemos pasado de refilón por uno de tales límites, y tocado plenamente otro. El poder, veíamos, debía ser adecuado a su fin; en el ámbito de la defensa, donde se retraducía por la adecuación a su objeto, se concretaba principalmente en la formación de un ejército permanente incluso en tiempos de paz. Pues bien, esa última adecuación se articula en el curso expositivo de los autores de *El Federalista*, por un lado, en su proporcionalidad “a los recursos del país”, lo que, hoy por hoy, impide al poder ilimitado instituir un ejército grande; y, por otro, relación “a los peligros”, que el gobierno prudente determinará, según su arbitrio, sí, pero guiado por las circunstancias: que, hoy por hoy, tampoco lo reclaman grande⁷³. El arbitrio, por lo demás, no sólo no puede prescindir de la prudencia: a diferencia del de Locke⁷⁴, tampoco puede hacerlo de la legalidad. Más arriba quedó señalado el ámbito de las leyes derivadas de la propia Constitución como el único en el que competía al gobierno federal ejercer sus poderes, incluidos los ilimitados. Y lo que presumiblemente hará

⁷¹ Nos. 26 y 41.

⁷² *Leviatán*, cit., cap. XVIII.

⁷³ Nos. 28 y 41 (cf. también nº. 30).

⁷⁴ Op. cit., caps. XIII y XIV.

que esto sea así es el hecho de que los únicos individuos con título para un semejante ejercicio del poder son justamente los propios representantes del pueblo, elegidos por él a su imagen y semejanza, y que lo mejoran; representantes que no pueden rebasar en ningún tramo de su acción el cauce constitucionalmente establecido, por lo que, entre otras cosas, no estarán facultados para ceder enteramente sus poderes a los órganos ejecutivos⁷⁵. Un proceder como el indicado, se sabe, activaría de manera automática el derecho de resistencia⁷⁶. La federación añade a la legalidad republicana singularmente considerada las ventajas de reunir mayor territorio, mayor población y un número notablemente más amplio de poderes con intereses propios. Todo ello no sólo conforma un mayor poder disuasorio en sí mismo, con el que las potencias extranjeras habrán de hacer cálculos, sino otras tantas barreras contra las veleidades autoritarias siempre posibles del gobierno central o contra los levantamientos y tumultos de quienes en uno de los Estados cortejan la arbitrariedad o la sedición. De ahí que los federalistas depositen en ella sus esperanzas de que, tras el necesario poder ilimitado requerido en el entero ámbito de la seguridad, nunca la libertad haya de quedar prisionera de la tiranía⁷⁷.

Para acabar. La historia no suele gustar de leyes naturales, de verdades eternas o de dogmas de fe. Su burla más usual contra esas formas de absoluto consiste en volver mañana problemáticos los principios del saber declarados actualmente axiomas por la razón, en descubrir hoy los peligros ínsitos en las realidades que ayer traían la paz. A ninguno de los revolucionarios franceses presentes en la Asamblea Nacional se le pasó por la mente en su combate contra un régimen absolutista y jerárquico que al oponer a semejantes iniquidades la libertad y la igualdad estaban sembrando el futuro de fuerzas hostiles entre sí, como tampoco concibieron los primitivos pastores de naciones que sus nuevos rebaños –esas creaciones directas de la naturaleza, cada una con sus propias musas y todas regalo de la historia, de una historia que dejaba traslucir así el cayado de la Providencia tras ella-escondían ejércitos de lobos dispuestos a aniquilar totalmente al adversario. Tampoco los federalistas pensaron que el pueblo valiente que había alzado su voz contra la tiranía del Parlamento inglés, y acto seguido levantado en armas contra la madre patria que ignoraba sus demandas y las subyacentes razones; ese pueblo que, al decir de Adams, ya había hecho su revolución “en su mente y en su corazón” antes de levan-

⁷⁵ Nos. 24, 28 y 41; cf. también nº 26.

⁷⁶ Los argumentos, como se ve, están basados en parte en la naturaleza de las cosas: en la visibilidad de las medidas adoptadas a tal fin, y por tanto fácilmente contestables, razón por la cual al autor no preocupa el ejercicio del arbitrio en el interior de la esfera señalada, pues ésta es de suyo un muro de contención a su poder.

⁷⁷ Nº 28.

tarse, cuyo “cambio radical en cuanto a los principios, las opiniones, los sentimientos y los afectos... constituía la genuina Revolución Americana”⁷⁸, pero del que Hamilton lamentaba la ausencia de “sentimiento nacional”, será un pueblo que cuando más tarde lo forme y consolide, saltará al escenario internacional con rasgos que recuerdan mejor al “nacionalismo étnico” que al “patriotismo republicano”, supuestamente más en consonancia con su fuente histórica y con su orden político⁷⁹; un pueblo, además, del que buena parte de sus miembros deje pasar de largo dicha condición a causa de su dedicación exclusiva a sus intereses privados. Tampoco pensaron nunca que la Constitución se llegara a desarrollar en un marco en el que algunas leyes ordinarias subvirtieran, aunque sea ocasionalmente, la condición soberana de dicho pueblo; ni que tantas reglas establecidas para preservar la *pureza* del representante, y tantos obstáculos puestos contra su corrupción, pudieran ser sorteados tan fácilmente; o que las circunstancias alterasen la correlación institucional de fuerzas, haciendo caer el plátano de la balanza del poder hacia el lado presidencial sin que por ello se modifique la Constitución o, al menos, la ley electoral, y se busquen nuevos contrapesos legales frente a la nueva potencia surgida. O, por acabar, que la mismísima libertad y su tabla de derechos, el santo y seña de la Revolución Americana, la diosa a la que su historia consagró una estatua y vendió su culto, el fin para cuya preservación se elaboró esa obra magna del Derecho que es la propia Constitución, pudiera un día sentirse en peligro a causa de una posible militarización –hoy creciente- de la vida pública ideada por los titulares de los poderes creados para servirla. Los federalistas, desde luego, nunca previeron un camino de rosas para la recién inaugurada república, pues su concepción de la naturaleza humana les prevenía contra ello, ni su elogio y homenaje a la Constitución en la que se basaba les obnubiló lo bastante como para ver en ella el orden de la utopía hecho realidad, meta de por sí improbable tanto como indeseable. Les bastó con ser conscientes de que su lucha por la independencia se prolongaba en la de la libertad, y que ésta podría crearse en América de una manera enteramente nueva a cualquier otra de las habidas en la historia; no ahorraron medios para realizar la proeza; su razón les hizo saltar por encima de todas las verdades establecidas, y su deseo les dio alas para volar por encima de las barreras que aquéllas ponían al horizonte de la imaginación. El resultado fue combinar las verdades recién extraídas por la ciencia política moderna –la soberanía popular, la representación, el bicameralismo, un poder judicial independiente- de la cantera de la experiencia con

⁷⁸ Carta a H. Niles del 13 de febrero de 1818 (en *Works*, vol. IV, págs. 282-284) (la segunda cita está en cursiva en el original).

⁷⁹ Los conceptos son los de Mauricio Viroli, quien en su artículo *El sentido olvidado del patriotismo republicano* (Isegoría, nº 24, junio 2001, págs. 5-14) contrapone dicho patriotismo tanto a ese nacionalismo como al “nacionalismo cívico”, un “mito” a su entender (mito, sin embargo, que a nosotros nos parece el correctivo cosmopolita en grado de impedir que el patriotismo abandone la república para instalarse en la etnia).

el hecho que su recién inaugurada historia ponía como posible ante sus ojos, esto es, la reunión de todos los trece Estados en uno: la Federación que de ahí surgió, cuyo orden incorporaba las verdades antedichas, terminó por hacer realidad la creencia de que, junto a la idea, y para protegerla, era también factible crear la técnica de la libertad.

* Recebido em 20 nov. 2015.



ASPECTS ACTUELS DE LA PROTECTION DES PEUPLES AUTOCHTONES EN FRANCE

*Julia Motte-Baumvol**

Résumé

La Convention n° 169 de l'OIT est le seul instrument juridique contraignant ouvert à ratification qui porte spécifiquement sur l'adoption de mesures spécifiques pour protéger les peuples autochtones, leurs institutions, leur propriété, leur culture et leur environnement. Si la France compte sur son territoire plusieurs peuples autochtones, dans des conditions sociales et sanitaires souvent critiques, le principe d'indivisibilité du peuple français tel qu'il est inscrit dans l'ordre constitutionnel s'oppose à l'octroi d'un statut juridique propre à une minorité au sein de l'Etat, et de ce fait, empêche la ratification de la Convention. Face à cette impasse, il est possible de s'interroger sur un changement de stratégie et d'une éventuelle responsabilisation des entreprises multinationales françaises pour les atteintes commises à l'égard de la vie, du territoire et des ressources naturelles de ces peuples. Les Principes directeurs de l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques à l'intention des entreprises multinationales, dans leur version révisée de 2011, représentent en ce sens un changement de cap par rapport aux autres textes en la matière. L'originalité des Principes directeurs tient à un mécanisme de règlement des différends qui n'échappe pas à la défaillance étatique et ne dépend pas de la volonté exclusive des entreprises multinationales.

Mots-clés

Peuples autochtones. Convention n° 169 de l'OIT. Principe d'indivisibilité. Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales de l'OCDE. Points de contact nationaux.

CURRENT ASPECTS OF PROTECTION OF ABORIGINAL PEOPLE IN FRANCE

Abstract

The ILO Convention No. 169 is the only binding legal instrument open to ratification, which deals specifically with the adoption of specific measures to protect aboriginal peoples, their institutions, their property, their culture and their environment. If France is counting on its territory several aboriginal peoples, often critical social and health conditions, the principle of indivisibility of the French people as enshrined in the constitutional order is opposed to the granting of

* Professora da Universidade de Nice Sophia-Antipolis. Diretora da Clínica jurídica “Empresas e direitos humanos” no âmbito do Mestrado 2 Direitos humanos e direito humanitário da Universidade de Évry Val d’Essonne. Coordena atualmente um projeto de pesquisas financiado pela Missão de pesquisas Direito e Justiça do Ministério da Justiça da França sobre “A efetividade dos códigos de governança de empresas: o interesse do Direito Internacional para apreciar a oportunidade de uma reforma legislativa sobre a matéria”. Pós-doutorado na Universidade de Genebra e PhD Fellow da Organização Mundial do Comércio.

status legal to own a minority within the state, and thereby prevents the ratification of the Convention. Faced with this impasse, it is possible to consider a change in strategy and a possible accountability of French multinational companies on Crimes against life, territory and natural resources of aboriginal peoples. The Guiding Principles of the Organisation for Economic Cooperation and Development for multinational companies, as revised in 2011, are in this sense a change in relation to other texts on the subject. The originality of the Guidelines due to a dispute settlement mechanism that is not immune to state failure and does not depend on the exclusive will of the multinationals.

Keywords

Aboriginal Peoples. ILO Convention No. 169. Indivisibility principle. Guidelines for OECD multinationals. National Contact Points.

ASPECTOS ATUAIS DA PROTEÇÃO DOS POVOS AUTÓCTONES EM FRANÇA

Resumo

A Convenção 169 da OIT é o único instrumento jurídico obrigatório aberto à ratificação, que lida especificamente com a adoção de medidas específicas para proteger os povos indígenas, as suas instituições, os seus bens, sua cultura e seu ambiente. Se a França apresenta em seu território diversos povos indígenas, geralmente em más condições sociais e de saúde, o princípio da indivisibilidade do povo francês, tal como consagrado na ordem constitucional, se opõe à concessão do estatuto legal de minoria dentro do Estado, e, assim, impede a ratificação da Convenção. Diante deste impasse, é possível considerar uma mudança de estratégia e uma possível responsabilização das empresas multinacionais francesas em relação a atos contrários à vida, ao território e aos recursos naturais dos povos indígenas. As Linhas diretrizes para empresas multacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico para as empresas multinacionais, na sua versão de 2011, apresentam, nesse sentido, uma verdadeira evolução em relação a outros textos sobre o assunto. A originalidade das Linhas diretrizes estabelece um mecanismo de resolução de controvérsias que não é imune à incapacidade do Estado e não dependem da vontade exclusiva das empresas multinacionais.

Palavras-chave

Povos Indígenas. Convenção 169 da OIT. Princípio da indivisibilidade. Linhas diretrizes para empresas multinacionais da OCDE. Pontos de contato nacionais.

1. INTRODUCTION

L'étude de la protection des peuples autochtones en France rencontre deux défis principaux. Le premier défi porte sur la définition même du concept de *peuple autochtone*. Certains instruments internationaux, dont la Déclaration sur les peuples autochtones des Nations unies, ne comportent aucun critère d'identification¹. L'article premier de la Convention n° 169 de l'OIT concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants, en revanche, définit les «*peuples indigènes et tribaux*» comme étant ceux qui soit «(...)*se distinguent des autres secteurs de la communauté nationale par leurs conditions sociales, culturelles et économiques et qui sont régis totalement ou partiellement*

¹ Nations Unies, Assemblée générale, Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Résolution A/61/L.67, 13 septembre 2007.

par des coutumes ou des traditions qui leur sont propres ou par une législation spéciale» ou qui «descendent des populations qui habitaient le pays, ou une région géographique à laquelle appartient le pays, à l'époque de la conquête ou de la colonisation ou de l'établissement des frontières actuelles de l'Etat, et qui, quel que soit leur statut juridique, conservent leurs institutions sociales, économiques, culturelles et politiques propres ou certaines d'entre elles». Ce même article indique que «Le sentiment d'appartenance indigène ou tribale doit être considéré comme un critère fondamental pour déterminer les groupes auxquels s'appliquent les dispositions de la présente convention»².

Cette définition, qui sera employée dans le cadre de cette étude, peut être critiquée, en ce que le concept de peuple autochtone n'a pas seulement pour objet d'évoquer une antériorité sur un espace, mais un processus de mise en infériorité qu'il s'agit de corriger³.

Le deuxième défi de l'étude de la protection des peuples autochtones en France porte sur l'absence de données statistiques en la matière. La France bannit, dans sa Constitution, toute «*distinction de race, de religion ou de croyance* » entre citoyens⁴. Ce principe a été décliné dans la Loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés de 1978, qui interdit la collecte et le traitement de «*données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses* »⁵. Certes, la loi prévoit des dérogations, notamment pour les travaux de recherches. La Commission nationale de l'informatique et des libertés (Cnil) étudie au cas par cas les demandes de chercheurs ou sondeurs, en fonction de la finalité de l'étude et de l'institution qui la réalise, du consentement des personnes interrogées et de l'anonymat des données. Néanmoins, les débats sur le sujet ont créé une forme d'autocensure des chercheurs⁶.

Malgré ces obstacles, le gouvernement français a récemment indiqué dans un rapport adressé au Comité des Droits économiques sociaux et culturels des Nations unies que les populations autochtones françaises vivent en outre-mer, c'est-à-dire en Amérique du sud (Guyane), en Océanie (Nouvelle-Calédonie, Polynésie Française et Wallis et Futuna) et dans l'Océan Indien (Mayotte) et que leur nombre varie selon le territoire: alors qu'en Guyane, «*les*

² Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants, adoptée à Genève le 27 juin 1989 et entrée en vigueur le 5 sept. 1991.

³ Albane Geslin, «La protection internationale des peuples autochtones : de la reconnaissance d'une identité transnationale autochtone à l'interculturalité normative», *Annuaire Français de Droit International*, 2011, pp.658-687.

⁴ Article premier de la Constitution française de 1958.

⁵ Article 8 § 1 de la Loi nº 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

⁶ Voir Simon Patrick, « Les statistiques, les sciences sociales françaises et les rapports sociaux ethniques et de 'race' », *Revue française de sociologie*, 2008, p. 153-162.

amérindiens ne représentent que 5% de la population, en Nouvelle-Calédonie, les kanak représentent un peu moins de 50% de la population, à Wallis et Futuna, à Mayotte et en Polynésie française les populations autochtones sont toujours majoritaires dans la population locale»⁷.

Le déni des droits fondamentaux des peuples autochtones sur le territoire français est illustré par la situation actuelle en Guyane. L'Organisation non-gouvernementale Survival France met en lumière l'empoisonnement au mercure des communautés amérindiennes victimes de l'orpaillage, la pollution de près de 6 200 kilomètres de cours d'eau nécessaires à la pêche et à l'approvisionnement en eau des villages et enfin un taux de suicide allant jusqu'à seize fois la moyenne nationale chez les Wayana. En 2005, malgré une forte mobilisation, 27 compagnies minières étaient légalement installées dans le sud de la Guyane et 11 500 hectares de forêts tropicales étaient détruits pour l'activité aurifère (...) »⁸. Ces différents enjeux qui touchent à la survie de la population autochtone appellent à une ratification d'un instrument international contraignant capable de garantir la survie de cette population. En ce sens, la Convention n° 169 de l'OIT est à l'heure actuelle le seul instrument juridique contraignant ouvert à ratification, qui porte spécifiquement sur les droits des peuples indigènes et tribaux⁹.

A ce sujet, l'article 3 de la Convention stipule que les peuples indigènes ont le droit de jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales sans entrave ni discrimination. En réponse à la situation vulnérable des peuples indigènes et tribaux, l'article 4 de la Convention appelle à l'adoption de mesures spécifiques pour protéger les personnes, les institutions, la propriété, le travail, les cultures et l'environnement de ces peuples. En outre, la Convention n° 169 stipule que ces mesures spécifiques ne doivent pas entraver la liberté des peuples indigènes. Mais plus particulièrement, l'esprit de consultation et de participation constitue la pierre d'angle de la Convention n° 169 sur laquelle reposent toutes ses dispositions. La Convention exige que les peuples indigènes et tribaux soient consultés sur les questions qui les affectent. Elle exige également que ces peuples soient en mesure de s'engager dans une participation libre, préalable et informée dans les processus politiques et de développement qui les affectent¹⁰. L'article 7 de la Convention n° 169 stipule que

⁷ Voir l'article premier du 4e Rapport sur la mise en œuvre du PIDESC, France, 2013, disponible sur <http://www.assemblee-nationale.fr/>.

⁸ M. Pecot, «La France doit ratifier la Convention 169», *Les nouvelles survival*, octobre 2007, numéro 65, p. 7.

⁹ Certes, la Convention ne définit pas qui sont les peuples indigènes et tribaux, mais elle utilise une approche pratique et fournit des critères pour décrire les peuples qu'elle vise à protéger. L'auto-identification est considérée comme un critère fondamental pour l'identification des peuples indigènes et tribaux, ainsi que les critères indiqués ci-dessous.

¹⁰ A l'article 6, la convention fournit des directives sur la façon dont doit être menée la consultation des peuples indigènes et tribaux: La consultation des peuples indigènes doit être mise en place

les peuples indigènes et tribaux ont le droit de «décider de leurs propres priorités en ce qui concerne le processus de développement dans la mesure où celui-ci a une incidence sur leur vie, leurs croyances, leurs institutions et leur bien-être spirituel et les terres qu'ils occupent ou utilisent d'une autre manière, et d'exercer un contrôle sur leur développement économique, social et culturel propre ».

A ce jour, la Convention est en vigueur et a été ratifiée par 20 États, dont quatre européens (Danemark, Espagne, Norvège et Pays-Bas). Parmi les États réfractaires nombreux sont ceux qui, comme la France, comptent pourtant sur leurs territoires plusieurs peuples indigènes qui subsistent dans des conditions sociales et sanitaires souvent critiques. Néanmoins, en France, le principe d'indivisibilité du peuple français tel qu'il est inscrit dans l'ordre constitutionnel s'oppose à l'octroi d'un statut juridique propre à une minorité au sein de l'Etat, et de ce fait, empêche l'octroi de cette catégorie des droits aux peuples autochtones.

2. LES OBSTACLES À LA RATIFICATION DE LA CONVENTION N° 169 DE L'OIT PAR LA FRANCE

Le principal obstacle à la ratification de la Convention n° 169 de l'OIT par la France est l'article premier de la Constitution de 1958, qui affirme que la France est une République «(...) *indivisible, laïque, démocratique et sociale* (...»). L'affirmation de l'indivisibilité de la République n'est pas récente dans l'histoire constitutionnelle et politique française. Malgré son caractère républicain, cette affirmation n'est pas propre à la République, comme l'atteste l'article 1er du Titre II de la Constitution du 3 septembre 1791 selon lequel « *Le Royaume est un et indivisible* », reprenant les principes de la monarchie absolue. Comme l'indique M. Verpeaux, sur ce point, l'Ancien régime et la Révolution forment une continuité quasi parfaite. La Révolution de 1789 n'a fait que parfaire ce mouvement, en effaçant toutes les contraintes juridiques et économiques de l'Ancien Régime pour que cette unité se réalise¹¹. Les décrets adoptés lors de la nuit du 4 août 1789 relatifs à l'abolition des priviléges, aussi bien ceux attachés aux personnes et aux ordres que les priviléges territoriaux au profit de villes ou communautés d'habitants ou de provinces, ont ainsi favorisé l'unité de la nation française. Le décret de la Convention nationale du 22 septembre

selon des *procédures appropriées*, de *bonne foi*, et à travers les *institutions représentatives* de ces peuples; Les peuples impliqués doivent avoir la possibilité de *participer librement à tous les niveaux* à la formulation, la mise en œuvre et l'évaluation des mesures et des programmes qui les touchent directement; Un autre élément important du concept de consultation est la *représentativité*. Si un processus de consultation approprié n'est pas mis en place avec les institutions ou organisations indigènes et tribales qui représentent véritablement les peuples en question, les consultations qui en résultent ne seront pas conformes aux exigences de la convention.

¹¹ Michel Verpeaux, « L'unité et la diversité dans la République », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2014, p. 7-16.

1792, qui a aboli la royauté lors de sa première séance, a proclamé dès le 25 septembre 1792 à la fois l'unité et l'indivisibilité de la République française, afin de lutter contre les ennemis de la Révolution, accusés d'un fédéralisme qui menaçait l'unité du nouveau pouvoir révolutionnaire.

Loin de se retrouver en plein déclin, le principe de l'indivisibilité du peuple français perdure au travers des Constitutions et amendements constitutionnels et est souvent mise en œuvre par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Dans une première décision sur le projet de Loi portant statut de la collectivité territoriale Corse, le Conseil constitutionnel déclare non conforme à la Constitution les dispositions de l'article 1er de la loi en ce qu'elles comportent la reconnaissance du «peuple corse». Selon le Conseil constitutionnel, «(...) la mention faite par le législateur du "peuple corse, composante du peuple français" est contraire à la Constitution, laquelle ne connaît que le peuple français, composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion»¹². En ce même sens, la Constitution française ne connaît pas les «peuples autochtones», ce qui empêcherait la ratification de la Convention de l'OIT par la France.

La relation entre le principe d'indivisibilité du peuple français et la ratification d'un instrument international a été mise en lumière dans une deuxième décision du Conseil constitutionnel, portant sur la ratification de la Charte européenne des langues régionales et minoritaires¹³. Cette Charte reconnaît entre autres à chaque personne «*un droit imprescriptible*» de «*pratiquer une langue régionale ou minoritaire dans la vie privée et publique*». Selon le juge constitutionnel, ces dispositions confèrent des droits spécifiques à des «groupes» de locuteurs de langues régionales ou minoritaires, à l'intérieur de «territoires» dans lesquels ces langues sont pratiquées, et de ce fait porte atteinte aux principes constitutionnels d'indivisibilité de la République, d'égalité devant la loi et d'unicité du peuple français¹⁴.

Malgré cette décision, au moment des élections présidentielles de 2012, le candidat François Hollande avait fait de la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires par la France l'une de ses promesses de campagne. Le Premier ministre a ainsi proposé en 2015 un Projet de loi constitutionnelle autorisant la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires. Le projet comporte un article unique insérant dans la Constitution une disposition qui indique que «*La ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires adoptée à Strasbourg le 5*

¹² CC, Décision n° 91-290 DC, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, 9 mai 1991, § 13.

¹³ Voir l'étude de Laurent Malo, « Les langues régionales dans la Constitution française : à nouvelles données, nouvelle réponse ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2011, pp. 69-98.

¹⁴ CC, Décision n° 99-412 DC, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, 15 juin 1999, § 12.

novembre 1992, complétée par la déclaration interprétative annoncée le 7 mai 1999 au moment de la signature, est autorisée »¹⁵. La Déclaration interprétative affirme, d'une part, qu'il n'est pas conféré «de droits spécifiques à des groupes de locuteurs de langues régionales ou minoritaires» et, d'autre part, que «l'usage du français s'impose aux personnes morales de droit public et aux personnes de droit privé dans l'exercice d'une mission de service public et aux usagers dans leurs relations avec les administrations et services publics»¹⁶.

La déclaration interprétative n'a pas été suffisante pour autoriser la ratification de la Charte, puisque le projet de loi constitutionnelle a été rejeté par le Sénat¹⁷. Les raisons ont été présentées par le Conseil d'Etat, saisi par le Gouvernement pour savoir si la déclaration permettait de lever les objections à la ratification de la Charte,

«Cette déclaration contredit l'objet de la Charte qui vise, dans des stipulations qui, en vertu de l'article 21 de ce traité, ne peuvent faire l'objet de réserves, à donner des droits aux groupes de locuteurs de langues régionales ou minoritaires et à permettre à ces locuteurs d'utiliser leur langue dans la sphère publique. Sa mention dans la Constitution aurait une double conséquence. En premier lieu, la référence à deux textes, la Charte et la déclaration, difficilement compatibles entre eux, y introduirait une contradiction interne génératrice d'insécurité juridique. En second lieu, elle produirait une contradiction entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international, exposant tant à des incertitudes dans les procédures contentieuses nationales qu'à des critiques émanant des organes du Conseil de l'Europe chargés du contrôle de l'application de la Charte en application de sa partie IV»¹⁸.

L'avis du Conseil d'Etat permet en revanche d'envisager une ratification de la Convention n° 169 de l'OIT, dûment accompagnée d'une déclaration interprétative. En effet, contrairement à la Charte des langues régionales et minoritaires, la Convention n° 169 de l'OIT ne comporte pas de disposition interdisant des réserves. Il serait ainsi possible, pour la France, de ratifier le texte tout en indiquant réaffirmant le principe constitutionnel de l'indivisibilité du peuple français. Il n'existe pas, à l'heure actuelle, proposition de ratification de la Convention n° 169 de l'OIT.

Serait-il possible en ce sens de contourner cette absence de ratification de la Convention n° 169 de l'OIT et de promouvoir la protection des peuples

¹⁵ Projet de Loi du Sénat n° 662, 31 juill. 2015, *Projet de loi constitutionnelle autorisant la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, disponible sur www.legifrance.gouv.fr.

¹⁶ Voir le dossier législatif du Projet de loi constitutionnelle autorisant la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires sur www.legifrance.gouv.fr.

¹⁷ A ce sujet, voir M. Verpaux, «L'occasion manquée, à propos de la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, *JCP La semaine juridique*, 21 décembre 2015.

¹⁸ Conseil d'Etat, Assemblée générale, *Avis sur le Projet de loi constitutionnelle autorisant la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, Séance du 30 juillet 2015.

autochtones sur le territoire français, malgré l'absence de documents contraignants en la matière? La réponse peut être apportée par le biais de la *soft law*.

3. LA PROTECTION DES PEUPLES AUTOCHTONES PAR LA RESPONSABILISATION DES ENTREPRISES MULTINATIONALES

La ratification de la Convention n° 169 de l'OIT n'est pas à l'ordre du jour du gouvernement français. Toute la problématique repose sur le fait que, à part cette Convention, il n'y a pas, à l'heure actuelle, d'autre texte contraignant qui pourrait apporter une protection spécifique aux peuples autochtones sur le territoire français¹⁹. Face à cette impasse, il est possible de s'interroger sur un changement de stratégie et d'une éventuelle responsabilisation des entreprises multinationales françaises pour les atteintes commises à l'égard de leur vie, de leur territoire et de leurs ressources naturelles.

Certes, les instruments de droit international en matière de responsabilisation de l'activité des entreprises multinationales sont non contraignants. Au sein des Nations unies le cadre « Protéger, respecter et réparer » est le point de départ pour l'action à venir de l'organisation. Ce cadre multilatéral repose néanmoins essentiellement sur l'Etat, qui doit prendre des mesures appropriées pour assurer, par le biais des moyens judiciaires, administratifs, législatifs et autres, que lorsque de telles atteintes se produisent sur leur territoire et/ou sur leur juridiction, les parties touchées ont accès à un recours effectif. En ce sens, les travaux du Représentant spécial n'ont pas d'impact sur la responsabilisation des entreprises multinationales opérant dans des Etats d'accueil défaillants ou peu coopérants.

Néanmoins, depuis les années 2000, les entreprises multinationales, dans un effort d'autorégulation, ont participé à l'élaboration des codes de conduite comportant des dispositions explicites à l'égard de la protection des droits de l'homme. Les Principes de l'Equateur, adoptés par des banques in-

¹⁹ Parmi les textes non contraignants, on cite la Déclaration des droits des peuples autochtones de 2007, Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques de 1992, la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948, Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992. La Convention européenne des droits de l'homme, de 1950, quant à elle, ne comporte pas de protection spécifique à l'égard des peuples autochtones. A priori, seuls les droits individuels garantis pourront être invoqués et protégé indirectement ces communautés. Si le Conseil de l'Europe n'a pas élaboré de normes ni créé de mécanismes concernant expressément les peuples autochtones, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales comporte des dispositions relatives aux droits de l'homme juridiquement contraignantes, notamment s'agissant de la non-discrimination et du droit au respect de la vie privée et familiale, et la Cour européenne des droits de l'homme a rendu des décisions concernant les peuples autochtones.

ternationales, impliquent la prise en compte des critères sociaux et environnementaux dans les opérations de financement de projets, conformément aux standards édictés par la Banque mondiale. Le Pacte mondial, élaboré aux Nations unies, invite les entreprises multinationales à adopter, soutenir et appliquer, dans leur sphère d'influence, un ensemble de valeurs fondamentales dans les domaines des droits de l'homme, des normes de travail et de l'environnement et de lutter contre la corruption. Ces deux codes de conduite invitent les entreprises à produire des rapports annuels au sujet de la conformité de leurs pratiques avec ces normes. En l'absence d'un tel rapport, la seule conséquence prévue est la suppression de l'entreprise de la liste des participants du code. En ce sens, sur le fondement de ces deux codes, le mécanisme de mise en œuvre repose exclusivement sur l'entreprise qui rédige unilatéralement le rapport annuel. L'entreprise se conduit plus au moins en conformité avec ces codes de conduite selon sa volonté de communiquer avec les parties intéressées et de garder une bonne image de marque à l'égard de ses partenaires et des consommateurs.

Les Principes directeurs de l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques à l'intention des entreprises multinationales (les Principes directeurs), dans leur version révisée de 2011, représentent en ce sens un changement de cap par rapport aux autres textes en la matière. Certes, sur le fond, les Principes directeurs comportent des caractéristiques proches des autres textes internationaux. Adoptés en 1976 par les Membres de OCDE, ils ont une valeur non contraignante et ont pour objectif de favoriser « une conduite raisonnable des entreprises dans un environnement mondialisé, en conformité avec les législations applicables et les normes internationalement admises ». Divisés en onze chapitres, ils portent notamment sur les droits de l'homme, l'emploi et les relations professionnelles, l'environnement, la lutte contre la corruption, l'intérêt des consommateurs, la concurrence et la fiscalité.

L'originalité des Principes directeurs, tels que révisés en 2011, tient plutôt à un mécanisme de règlement des différends qui n'échappe pas à la défaillance étatique et ne dépend pas de la volonté exclusive des entreprises multinationales. Ce mécanisme est piloté par des Points de contact nationaux (les PCN), qui consistent dans un organe établi par chaque Etat adhérant à la Déclaration de l'OCDE sur l'investissement international, dont notamment la France. Les PCN doivent notamment « contribuer à la résolution des questions soulevées par la mise en œuvre des Principes directeurs dans des circonstances spécifiques (...) » et offrent une « enceinte où ces questions pourront être examinées et [qui] aidera les milieux d'affaires, les organisations représentant les travailleurs et d'autres organisations non gouvernementales et les autres par-

ties intéressées à régler ces questions efficacement et promptement, et en conformité avec les lois applicables »²⁰. Ces instances d'analyse des « circonstances spécifiques » consistent dans une plateforme de médiation et de conciliation. En ce sens, les PCN sont un mécanisme de règlement de différends à l'amiable, qui tente d'apporter une solution au fond, sur le fondement des thèses présentées par les parties.

Ce mécanisme de médiation comporte différents atouts. La saisine du PCN français est entièrement gratuite et se déroule à Paris, siège social de la majorité des entreprises multinationales françaises. Mais au-delà de l'aspect économique de la procédure, celle-ci comporte des atouts majeurs pour la responsabilisation des entreprises multinationales²¹.

3.1. La compétence du Point de contact national français

En ce qui concerne les parties demanderesses, les Lignes directrices de procédures apportent une définition très large, indiquant que le PCN aidera «les milieux d'affaires, les organisations représentant les travailleurs, d'autres organisations non gouvernementales et les autres parties intéressées à régler ces questions efficacement et promptement (...)»²². A ce sujet, les Commentaires des Lignes directrices de procédure indiquent simplement que le PCN tiendra compte de l'identité de la partie concernée et de son *intérêt* dans l'affaire²³. Depuis leur création, les PCN ont interprété cet intérêt de façon large, sans se préoccuper spécialement de la légitimité des parties demanderesses. En pratique, ce sont notamment des organisations non-gouvernementales qui sont partie demanderesses. Les Principes directeurs imposent en revanche que la partie défenderesse soit une entreprise. Les Principes directeurs ne définissent pas ce terme et indiquent simplement que ces dernières sont présentes dans tous les secteurs de l'économie et que leur actionnariat peut être privé, public ou mixte²⁴. Leur caractère «multinational» n'est pas ainsi indispensable.

La compétence territoriale des PCN est également un autre atout capable de prendre en compte la diversité de l'activité des entreprises multinationales. Les Principes directeurs indiquent clairement que les entreprises multinationales doivent respecter les Principes directeurs «partout où elles

²⁰ «Lignes directrices de procédure», p. 84, in OCDE, *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 2011.

²¹ Pour une étude plus approfondie, voir J. Motte-Baumvol, « Le règlement des différends à l'intention des entreprises multinationales: réflexions à partir des principes directeurs de l'OCDE », *Revue générale de droit international public*, 2014/2, pp. 303-331.

²² Lignes directrices de procédure, I) C)

²³ Commentaires des Lignes directrices de procédure, § 25.

²⁴ Principes directeurs, Chapitre II, Commentaire 10.

exercent leurs activités en tenant en compte la situation particulière de chaque pays d'accueil»²⁵. Aussi, les entreprises multinationales sont tenues de respecter les Principes directeurs, et elles peuvent voir leur responsabilité engagée du fait que l'une de ses filiales ou relation d'affaires ne les respecte pas, indépendamment de la question de savoir si l'Etat où agissent ces fournisseurs a adhéré aux Principes directeurs. Pour l'ONG Survival France, cela signifie que le PCN peut être saisi indépendamment du lieu de l'activité de l'entreprise multinationale française.

3.2. La nature et la portée des obligations contenues dans les Principes directeurs de l'OCDE

Les Principes directeurs de l'OCDE appellent les entreprises à respecter le droit international à plusieurs reprises; Ils établissent notamment que les entreprises ont la responsabilité de « [respecter] les droits de l'homme internationalement reconnus vis-à-vis des personnes affectées par leurs activités » (Chapitre II, § 2). Les droits visés ici sont, a minima, ceux que protègent la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH), le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) et la Déclaration de l'Organisation internationale du travail (OIT) de 1998 sur les principes et droits fondamentaux au travail (Chapitre IV, § 39).

En outre, les principes directeurs établissent également que « eu égard aux accords, principes, objectifs et normes internationaux pertinents, (...) conduire leurs activités d'une manière qui contribue à l'objectif plus large de développement durable » (Chapitre VI, paragraphe d'ouverture). On pense ici notamment à la Convention n° 169 ratifiée par le Brésil. Ainsi, dans sa déclaration finale sur l'affaire Survival International contre Vedanta ressources plc, le PCN britannique a constaté et dénoncé la violation par Vedanta des droits et libertés reconnus aux Dongria Kondh par certains textes internationaux liant l'Inde, à savoir le PIDCP, la Convention des NU sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, la Convention sur la diversité biologique et la Déclaration des NU sur les droits des peuples autochtones.

Il arrive néanmoins que les efforts de médiation des PCN aboutissent à un accord entre les parties dans lequel les entreprises « attaquées » s'engagent à respecter des instruments internationaux spécifiques. C'est dans ce cadre que Cermaq ASA, par exemple, s'est engagée à respecter les droits protégés par la Déclaration des NU sur les droits des peuples autochtones et la Convention

²⁵ Principes directeurs, Chapitre I, paragraphe 3.

169 de l'OIT, ratifiée à la fois par le Chili, où œuvre l'entreprise, et par la Norvège, pays de nationalité de celle-ci (affaire *ForUM and Friends on the Earth Norway contre Cermaq ASA*).

Enfin, les Principes directeurs encouragent également les pratiques d'auto-régulation au sein des entreprises. Ils disposent ainsi que les entreprises devraient « élaborer une politique formulant leur engagement à respecter les droits de l'homme » (Chapitre IV, § 4). Selon les Principes directeurs, « [en] fonction des circonstances, les entreprises commerciales peuvent être amenées à envisager l'adoption de normes supplémentaires », notamment en vue de « respecter les droits de l'homme des personnes qui appartiennent à des catégories spécifiques ou de populations qui méritent une attention particulière », telles que les « populations autochtones » (Chapitre IV, § 40). Sur la base de l'expression « en fonction des circonstances », un PCN pourrait recommander à une entreprise dont les activités feraient peser une menace sur des populations autochtones de Guyane d'adopter des normes d'auto-régulation visant à protéger les droits de ces peuples en tant que tels. Les circonstances du cas d'espèce justifieraient effectivement une telle attitude pour deux raisons : les activités de l'entreprise seraient susceptibles d'avoir une incidence négative sur ces populations, et la France ne peut reconnaître leurs droits en tant que peuples autochtones du fait du libellé de l'article 1 de sa Constitution.

Dans la perspective des Principes directeurs, les déclarations et normes d'auto-régulation adoptées par une entreprise doivent « [se traduire] par des politiques et procédures opérationnelles qui donnent à cet engagement une dimension concrète » (Chapitre IV, § 44).

Ainsi, des organisations non-gouvernementales françaises peuvent soutenir l'adoption par les entreprises françaises des codes de conduite et des normes internes et/ou adhérer à des standards internationaux tels Global Reporting Initiative (GRI), le Pacte mondial ou les Normes de performance en matière de durabilité environnementale et sociale de la Société financière internationale (SFI).

Les PCN attachent une importance particulière au respect de ce type d'engagement. Le PCN norvégien, par exemple, a indiqué dans sa déclaration finale sur l'affaire *Framtiden i våre hender contre Intex ressources* qu'il s'attendait à ce que l'entreprise Intex respecte non seulement les engagements qu'elle avait déjà pris, mais également ceux qu'elle avait déclaré avoir l'intention de prendre. Ainsi, parce qu'Intex avait annoncé son intention d'adhérer aux Principes Equateur et aux Normes de performance de la SFI, le PCN norvégien s'attendait à ce qu'elle respecte ces standards et principes, par ailleurs largement reconnus. Notons que le constat de violation des normes de la SFI (notamment le principe n° 7) et des Principes Equateur établi par le PCN offre

une base sur laquelle de grandes banques internationales devraient refuser de financer Intex.

A ce sujet, il est important d'attirer l'attention sur les engagements de certaines entreprises françaises, telles que Alstom et Engie en matière de protection des droits de l'homme. Alstom a en effet adhéré au Pacte mondial, par lequel il s'engage notamment à « promouvoir et à respecter la protection du droit international relatif aux droits de l'Homme » et à ne pas se rendre complice de violation de ces droits (principes 1 et 2). Dans son Code d'éthique, disponible sur son site internet, Alstom dit respecter les lois et obligations en vigueur dans les pays où il est établi, ce qui inclut notamment la Convention 169 de l'OIT dans le cas du Brésil. Alstom déclare également qu'il entend « [respecter] les cultures des communautés avec lesquelles il interagit et [prendre] en compte les attentes des différentes parties prenantes » ainsi que « les aspirations des communautés locales sur le plan social, économique et environnemental »²⁶. De même, le groupe Engie a adhéré au Pacte mondial ainsi qu'à la Global Reporting Initiative et il s'engage à respecter les droits de l'homme ainsi qu'à promouvoir l'acceptabilité locale de ses activités²⁷.

Un recours devant les PCN contre ces deux dernières entreprises serait d'autant plus susceptible d'aboutir à une issue concluante que l'Etat français est un actionnaire important d'EDF et GDF Suez.

4. CONCLUSION

Si la France semble en mesure de ratifier la Convention n° 169 de l'OIT, en utilisant le mécanisme de la déclaration interprétative, tel qu'employé dans le cadre de la Charte des langues régionales, il n'y a pas, à l'heure actuelle, d'initiative politique à ce sujet. La protection des peuples autochtones en France, peut être faite, ainsi, notamment par le biais d'un texte de droit *soft*, les Principes directeurs de l'OCDE.

* Recebido em 23 dez. 2015.

²⁶ Code d'éthique d'Alstom, novembre 2015, p. 19, disponible sur <http://www.alstom.com/fr/integrite/code-dethique/>.

²⁷ Voir les renseignements sur le site institutionnel, <http://www.Engie.com/breves/gdf-suez-et-le-pacte-mondial-dix-ans-dengagement/>.



LA PRUEBA TESTIFICAL Y ALGUNAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN ROMA Y EN EL ANTIGUO RÉGIMEN

*Luis Rodriguez Ennes**

Resumen

La prueba testifical constituyó el medio probatorio prevalente en el proceso romano arcaico y clásico. Con el tiempo, debido a influjos orientales, los testimonios dejaron de ser solventes. Esta desconfianza se mantiene durante todo el Antiguo Régimen y pervive en la España de hoy. Se analiza también cómo perviven hasta los códigos penales modernos las concepciones romanas respecto de algunas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

Palabras clave

Testes. Falso testimonio. Prueba testifical. Edad penal.

WITNESS TESTING AND SOME MODIFYING CIRCUMSTANCES OF PENAL RESPONSIBILITY IN ROME AND IN THE OLD REGIME

Abstract

Witness testing constituted the average probationary prevalent in archaic and classical Roman process. Eventually, due to oriental influences, the testimonies left solvent. This distrust is maintained throughout the old regime and survives in the Spain of today. The Roman conceptions are analyzed also like keeps up to the penal modern codes respect of some modifying circumstances of the penal responsibility.

Keywords

Testes. Witness proof. Perjury. Penal age.

1. INTRODUCCIÓN

Los testigos constituyen el medio de prueba prevalente en Derecho Romano arcaico y clásico, debido, sobre todo a su veneración por la fides, por la fidelidad a la palabra dada. Con todo, como consecuencia del desplazamiento del centro de gravedad del Imperio hacia Oriente va perdiendo progresivamente importancia en beneficio de los documentos públicos. Se analizan estos

* Catedrático de Derecho Romano – Universidad de Vigo (España). Reales Academias de Jurisprudencia y Legislación y de la Historia. E-mail: ennes@uvigo.es

extremos y se estudia también la evolución histórica de otras circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

2. PRUEBA TESTIFICAL Y FALSO TESTIMONIO EN ROMA Y A FINALES DEL ANTIGUO RÉGIMEN

En la época antigua y por la decisiva influencia atribuida a la *fides* el testimonio oral de los testigos constituía el medio de prueba más apreciado¹, por no decir el único². Según una praxis de larga tradición, los testigos, previo juramento de decir la verdad –*iurati testimonium dicunt*– deponían oralmente ante el *iudex* lo que hubieran visto u oído por sí mismos. También sabemos por la Ley de las XII Tablas que estaba permitido al litigante que se hubiera visto defraudado por su testigo realizar una extraña vindicta sacral consistente en acudir durante tres días delante de la casa del fallido testigo, realizando allí una especie de conjuro verbal –*obvagulare*³. Esta suerte de maldición claramente de origen y contenido mágico-religioso y sin duda antiquísimo, irá perdiendo poco a poco con la secularización del ordenamiento aquel su primer sentido sacro transformándose en un mero instrumento de reprobación social y pública⁴. Primitivamente el falso testimonio era castigado arrojando al culpable por la roca Tarpeya⁵. En principio no existió ninguna limitación con relación al número de testigos que podían presentar las partes, si bien algunas constituciones imperiales, según parece desprenderse de un pasaje de Arcadio Carisio (D. 22, 5, 1, 2) concedieron a los propios jueces la posibilidad de limitar el número de los testigos seguramente con el fin de evitar los abusos y la excesiva duración del proceso.

Con el tiempo, sin embargo, llegaron a admitirse testimonios jurados o no jurados, prestados extrajudicialmente y reflejados en documentos aunque posiblemente nunca tuvieron excesivo valor probatorio. Este decrecimiento,

¹ U. ÁLVAREZ, *Curso de Derecho Romano*, vol. I, Madrid, 1955, p. 431; J. L. MURGA GENER, *Derecho Romano Clásico*, vol. II, *El proceso*, Zaragoza, 1980, p. 140.

² Es curiosa la preferencia que se otorga a la prueba testifical frente a la documental cuando, por influjos provinciales, va admitiéndose esta última, que no logra vencer una general desconfianza; así dice Cicerón en *Pro Archias*, 4, 8: *Es ridiculum... cum habeas amplissimi viri religionem integerrimi municipio ius iurandum fidemque ea, quae depravari nullo modo possunt repudiare, tabulas quas idem dicis solere corrumpi, desiderare*. Sobre la prevalencia de la prueba testifical, vid., A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, "Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana", en *IVRA* 54 (2003, publ. en 2006) p. 21 ss.

³ XII Tab. II, 3: *Cui testimonium defuerit, in tertii diebus ob portum obvagulatum ito*. Para el significado de *portum* y *obvagulatio*, vid. *Fest. de verborum significatu*, ed. Lindsay, Leipzig, 1913, p. 262-263.

⁴ Cfr. T. MOMMSEN, Rec. A Escher, "De testium ratione quae Romae Ciceronis aetate obtinuit", en *Juristische Schriften* 3 (Berlín-Dublín-Zurich, 1965) p. 407.

⁵ La referencia proviene de Aulo Gelio, *Noctes Atticae*, 20, 1, 53: *An putas, Favorine, si non illa etiam ex Duodecim Tabulis de testiōniis falsis poena abolevisset et si nūne quoque, ut anteza, qui falsum testimonium dixisse convictus esset, e saxo Tarpeio deiceretur, mentituros fuisse pro testimonio tam multos quam videmus.*

además de a influjos orientales que destacaron el valor de la prueba escrita y del documento en general, se debió también a una gradual desconfianza hacia las declaraciones de los testigos, como nos testimonian abundantemente las fuentes literarias⁶. Hasta tal punto estaba extendida y era frecuente esta práctica, que uno de los mayores elogios que se podían dedicar a una persona era afirmar que constituía un “testigo solvente”⁷. No tiene nada de extraño, pues, que en el Bajo Imperio numerosas disposiciones revelen esta hostilidad a la prueba testifical regulando minuciosamente la valoración que el juez debe otorgar a tal medio probatorio⁸.

Tradicionalmente el delito de falso testimonio fue reprimido en cuanto que perjurio y sacrilegio, al constituir una violación del juramento prestado, carácter que ostentó en el Derecho imperial romano, en nuestras Partidas y que todavía conserva, siquiera de nombre en las legislaciones germánicas y anglosajonas⁹. A esta sanción sacral alude el Padre Feijoo con su incomparable pluma:

Notables palabras las de Dios a Moisés, al capítulo nono del Deuteronomio, hablando del testigo falso: *Non miseraberis eius*, le dice: No Moisés, no te apiades, no te compadezcas, no tengas misericordia con él. Rígido parece el decreto. Rígido sí; pero preciso. Con el testigo falso toda ha de ser rigor, nada clemencia: *Non miseraberis eius*¹⁰.

⁶ Isid. *Orig.* 18, 15, 10 afirma que tal conducta podía consistir, bien en comprometerse el testigo a prestar falso testimonio, o bien a guardar silencio sobre la verdad: *Duobus autem modis testes delinquent: quem aut falsa promunt, aut vera silentio obtegunt*. Esta clasificación tiene raíces mucho más antiguas pues Aulo Gelio la pone también en boca de Catón quien le reprochaba al tribuno de la plebe M. Celio vender a bajo precio no sólo sus palabras, sino también su silencio –*non loquendi tantum, verum etiam tacendi*- (Gel. *Noctes Atticae* 1, 15, 10). En cualquier caso, ya fuera de un modo activo o pasivo tales conductas se encontraban muy extendidas en la praxis judicial cotidiana (Juv. *Sat.* 14, 216-219: *falsus erit testis* y, como ya denunciaba con anterioridad Cicerón: *falsis testes, pro Lig.* 10, 30; *testes in hunc et accusatores huiusse pecunia comparant, pro Ros.* 11, 30; *saductiones testium, pro Mur* 24, 39; *instruit testis, pro Client.* 6, 18; *pecunia testibus deset, ibid.* 67, 192). Numeroso acopio de referencias literarias en: C. GUTIÉRREZ GARCÍA,- J. A. MARTÍNEZ VELA, “La prueba testifical en las fuentes literarias”, en *La prueba y medios de prueba de Roma al Derecho moderno*, Armando Torrent (ed.), Madrid, 2000, p. 339 ss.

⁷ ...*Seu centurio seu praefectus incorruptum facti testem habebat* (cfr. Tac. *Agricola*, 22, 4).

⁸ El testimonio de un solo testigo carece de valor probatorio, cualquiera que sea la calidad de la persona que lo preste y la credibilidad que merezca: C. Iust. 4, 20, 9 de ahí procede el viejo y conocido aforismo: *testis unus, testis nullus* que tan diferente desarrollo va a experimentar –como tendremos ocasión de ver- en el antiguo Derecho castellano. En los pleitos seguidos contra cristianos no se debe otorgar fe alguna a los testimonios prestados por herejes y judíos (C. Iust. 1, 5, 21). Se restringe la obligación de prestar juramento a los testigos pertenecientes a las clases inferiores (*Ibid.* 40, 20, 9) y se admite la aplicación de la tortura a los sospechosos de no decir verdad (Nov. 90, 1).

⁹ En la legislación punitiva hispana el nombre de “perjurio” figuró por última vez en el Código de 1822, desapareciendo en el de 1848.

¹⁰ *Discurso undécimo: “Balanza de Astrea”*, [43], en *Teatro Crítico Universal*, vol. III, Madrid, 1726.

Norma básica de los doctores del Derecho común es que bastaba el testimonio coincidente de dos testigos para hacer prueba plena de cualquier delito por atrocísimo que fuera. Y dado que el juez había de valorar previamente la prueba con arreglo al criterio dominante en Derecho –prueba tasada o reglada- el acuerdo de dos testigos contra alguien le obligaba a condenarlo¹¹. Pero lo peor era que, en contravención del principio romano *testis unus testis nullus*¹², el testimonio de un solo testigo era legalmente suficiente para dar tormento¹³. Es obvio que las normas del antiguo Derecho castellano castigaban con severidad el falso testimonio¹⁴ pero al igual que acaece en nuestros días, el precepto punitivo quedaba en pura letra muerta. A esta manifiesta impunidad se refiere Feijoo:

Ninguna de estas penas me horroriza, por contemplar cuán necesario es en esta materia el rigor. Pero la más justa y razonable, al fin como dictada por boca divina, fue la del Talión, que Dios estableció en el pueblo de Israel. Esta misma recomiendan varios textos del Derecho civil. En España tuvo su uso por las Leyes de Toro¹⁵. Más últimamente por no ser adaptable a todos los casos, el Señor Felipe II, dejándola en su vigor para las causas de sentencia capital, en que el testigo debe ser siempre castigado con la misma pena correspondiente al delito que falsamente asevera, constituyó para todos los demás casos la pena de vergüenza pública y galeras perpetuas¹⁶. Justísimo castigo ¿Pero cuándo se ejecuta? *No sé si en la prolja carrera de mi edad le he visto aplicar alguna vez*¹⁷. Lo que comúnmente sucede es que al tiempo de votar entra intempestivamente la piedad en la Sala, y a contemplación de esta serenísima Señora, en vez de vergüenza pública y galeras perpetuas, se decreta una multa pecuniaria¹⁸.

¹¹ ANTONIO GÓMEZ, *Variae resolutionis, iuris civilis, communis, et regii, tomis tribus distinetae*, vol. III, Madrid, 1780 p. 245 y las numerosísimas citas de doctores allí incluidas.

¹² Vid. nt. 8

¹³ P. VII, 30, 3: “o seyendole probado por un testigo que sea de creer (...) puede lo mandar a tormentar el juzgador”. Gregorio López, en su glosa *ad h. t.* escribe: *quando testis deponit de visu: nam alias iudicium debet probari per duos testes*.

¹⁴ P. III, 11, 26: bajo la rúbrica “Que pena merece quien jura mentira” se dispone: “E si por su testimonio mentiroso, o lisiado, que reciba el mismo otra tal pena”. Part. III, 16, 42: “Pena muy grande merecen los testigos que a sabiendas dan falso testimonio contra otros o que encubren la verdad por mal querencia que han contra algunos”.

¹⁵ El Padre Maestro tenía cabal conocimiento de la Ley 83 de Toro, en cuyo tenor literal: “Quando se provare que algún testigo depuso falsamente contra alguna persona o personas en alguna causa criminal (...) le sea dada la misma pena en su persona y bienes como se le deviera dar aquél ó aquellos”.

¹⁶ Feijoo trae a colación la Ley de Felipe II de 1566, recogida en NR, VIII, 17, 1.

¹⁷ La cursiva es nuestra. De ahí que ante tamaña impunidad era muy elevado el número de personas, que pagándoselo, juran en cualquier cosa que les piden.

¹⁸ FEIJOO, F. B. J., loc. cit. en nt. 10 [42]

Otra de las causas de la falibilidad de la prueba testifical descansaba en el quebrantamiento del principio de inmediación a la hora de practicarla. En principio en la actuación del juez entraba el requisito de inmediación, en cuya virtud era él personalmente quien debía recibir la prueba testifical dentro de la sede judicial. Pero, de la misma forma que hoy ocurre, la aglomeración de pruebas originó el desentendimiento de los jueces de su práctica directa, salvo casos de muy notoria importancia. Quedaban relegadas a los escribanos, a los auxiliares de éstos y aún a otro personal no judicial de los tribunales de las Audiencias, fueron regulando las obligaciones de los jueces y miembros de los tribunales en la recepción de las pruebas¹⁹. ¿Hasta qué punto llegó el cumplimiento de estas obligaciones por los jueces? Lo normal debió ser el incumplimiento estricto de la normativa, de la misma forma que hoy se sigue incumpliendo en los juzgados. A esta mala praxis multiselular alude Feijoo con su inimitable estilo:

Los Escribanos tienen mil modos de dañar. Raro hay tan lerdo, que dé lugar a que le cojan en falsoedad notoria. Pero lo que se ve es, que todo el mundo, está persuadido a que en cualesquiera causa, que civil, que criminal, es de suma importancia tener al Escribano de su parte. El modo de preguntar ladino, hace decir al que depone más, o menos de lo que sabe. La introducción de una voz que parece inútil, o de pura formalidad al formar el proceso,

¹⁹ Así, en las *Ordenanzas de la Real Academia del Reyno de Galicia* (en lo sucesivo ORGA) de 1769 se establece en I, 3, 19: "En las causas graves y de calidad los Alcaldes Mayores tomen por sus personas las confesiones a los reos, y asimismo examinen los testigos, sin cometer lo uno, ni lo otro a los Escribanos de asiento, para que así mas bien se averigüe la verdad". Cito por la edición impresa en la ciudad de La Coruña por Antonio Fraiz. Año de 1679, pero esta edición es muy disintida, M. MURGUÍA, en su *Diccionario de Escritores Gallegos*, Vigo, 1862, p. 19-20 así lo afirma y el P. ATANASIO LÓPEZ en *La imprenta en Galicia. Siglos XVI a XVIII*, Madrid, 1953, p. 145-146 se ratifica en la sospecha. C. MARTÍNEZ-BARBEITO, en su *El "auto gallego" en los tratadistas y en la práctica forense*, A Coruña, 1984, p. 38-39 dice: "Ocurría, y abundan los ejemplos, que algunas veces convenía por razones de seguridad, de prestigio y así de halago, fingir que se imprimía un libro donde en realidad no se había impreso. Unas veces, porque el libro se imprimía clandestinamente y había que burlar la vigilancia de la autoridad confundiéndola; otras veces porque, como en este caso, podría agradar a la Audiencia que sus ordenanzas aparecieran impresas en la capital de su demarcación" y concluye: "No existiendo ninguna prueba de que haya habido imprenta en La Coruña hasta 1806, yo me inclino a creer que la edición es compotelana y no coruñesa". Con todo, este aserto final se contradice con lo que señala E. CARRÉ ALDAO. "Interin no contemos con otras pruebas, tenemos que concretarnos a señalar la fecha de 1679 como la del primer libro que se conoce impreso en La Coruña por Antonio Frayz (...) nos inclinamos a creer que se hubiera trasladado con alguna anterioridad a esta última ciudad, aunque volviese luego a Compostela, de no tener establecimiento en los dos lugares, pues aparece con fecha igual y posterior a la de La Coruña en libros impresos en Santiago" [cfr. "El primer libro impreso en La Coruña", en BRAG 1 (1906-1907) p. 36-39=A imprenta en Galicia (A Coruña, 1991) p. 9 ss.]. Amplias referencias al contenido de las Ordenanzas en L. RODRÍGUEZ ENNES, *Aproximación a la Historia Jurídica de Galicia*, Santiago de Compostela, 1999, p. 80 ss.; ID., *Estilo de la Real Audiencia de Galicia*, en AHDE, LXIX 1996, p. 485 ss.

hace después gran eco en la Sala: la substitución de otra, que parece equivalente a la que dijo el testigo, altera tal vez todo el fondo del hecho²⁰.

Al existir entonces las mismas condiciones y causas que en la actualidad –la aglomeración de trabajo, lo rutinario y desesperante de la mayoría de las probanzas, la dispersión en el tiempo de este tipo de pruebas, que requería que el juez tuviese en la mente en todo momento la totalidad de los pleitos– las soluciones, prácticamente, serían las mismas de ahora: dejar a un lado la norma y encauzar de la mejor forma posible la actividad judicial, en la manera más operativa que se pudiese. Si hoy la intervención judicial se suele limitar a recibir por sí las declaraciones en las causas más graves, o de los testigos más decisivos, limitándose a ratificar el resto, realizadas ante el funcionario subalterno, lo mismo parece haber ocurrido con el juez del Antiguo Régimen²¹; la irrisoria pena pecuniaria –que se imponía raramente– coadyuvaba sin duda al incumplimiento del deber de inmediación, de qué que Feijoo propugnase un endurecimiento de las sanciones:

Todos los ojos de Argos, colocados en cada Togado, son pocos para observar las innumerables falacias de un Notario infiel. Pero a proporción de la dificultad del conocimiento, se debe aumentar el rigor. De mil infieles sólo será descubierto uno; y es menester proceder con tanta severidad con este uno, que en el escarmiente todo el resto de los mil. Hágase tener el castigo por grande, ya que no puede por frecuente²².

La legislación decimonónica mantuvo y aún endureció los mismos criterios. No podía ser menos en una normativa en que los derechos de los ciudadanos cobraban significado y en que la justicia, como institución imparcial al servicio de la sociedad requería un exquisito cumplimiento de las garantías procesales. De esta forma, el Reglamento Provincial de la Administración de Justicia, en su artículo 8 estipuló que “en toda causa criminal, así los procesados como los testigos serán precisamente juramentados y examinados por el juez de la causa y ante el escribano de ellas”. Sin embargo, la situación había tomado un rumbo difícil de cambiar. Y así continúa...

²⁰ FEIJOO, F. B. J., loc. cit en nt. 10 [47]. Coincide el sabio de Casdemiro con la opinión de CASTILLO DE BOVADILLA, buen conocedor de la mecánica y estilo de los juzgados: “ay escribanos que tiene las plumas venales y pervierten la verdad, o son tan necios o malignos que no representan al testigo para saber quien fue el agresor” [cfr. *Política para Corregidores y señores de vasallos*, vol. II, Amberes, 1750, p. 262, II, p. 262]. Lo peor era que, en muchas ocasiones, los que tomaban declaración a los testigos eran los escribientes de los escribanos “siendo los tales escribientes moços y pobres y de poca confianza y que con facilidad las partes los puedan corromper”, como denuncian las Cortes de Madrid de 1571.

²¹ R- ROLDÁN VERDEJO, *Los Jueces de la Monarquía Absoluta* (La Laguna, 1989) p. 279 ss.

²² F. B. J. FEIJOO, loc. cit. en nt. 10

Sin que sirva de disculpa a esta viciada praxis procedural, es indudable que la ingente masa de materiales que tenían que manejar los operadores jurídicos, constituía un acicate a la confusión negligente o dolosa a la hora de concretar la norma aplicable o invocar la doctrina legal pertinente. El modelo que regía en el Antiguo Régimen estaba formado por estratificaciones de material jurídico heterogéneo (costumbres locales, fueros municipales, estatutos locales y corporativos, decisiones judiciales, edictos de los soberanos, leyes feudales, canónicas y romanas, opiniones doctrinales e interpretaciones de la jurisprudencia) que reflejaban el particularismo institucional de una sociedad basada en el carácter autónomo de los ordenamientos jurídicos y la diferenciación estamental. Las recopilaciones legislativas realizadas en los siglos XVI y XVII no habían logrado modificar la situación, que en el umbral del siglo XVIII, seguía caracterizándose por un desorden y una contradicción extremos, causa de perpetua incertidumbre en el derecho y de un grave malestar en la justicia y contrastaba ahora fuertemente con las tendencias del Estado moderno a la centralización y la igualación²³.

Por otra parte, el derecho nacional, desde fines de la Edad Media, se hallaba relegado a un segundo plano en las Universidades y tribunales del reino en beneficio del derecho común romano-canónico, aumentando su retracción la dificultad de su conocimiento disperso como se hallaba en códigos y leyes de diferente época y autoridad²⁴. Otro factor contrario a la doctrina del viejo *ius commune* era intrínseco a la misma y consistía en su propia rutina²⁵. Falta de renovación, la doctrina romanista permanecía lastrada por su rancio e irreversible envejecimiento. No es de extrañar, en consecuencia, que a mediados de siglo se posea conciencia clara de que los tesoros de la interpretación jurídica se habían tornado en gruesa carga para los juristas. Los libros de los intérpretes son áridos, difíciles de leer, las glosas o los tratados sobre una materia –entre las que se entrelazaban otras muchas- las decisiones o consejos explican oscuramente las cosas e introduzcan no pocos errores por la variedad

²³ *Diccionario Histórico de la Ilustración*, Ferrone y Roche (eds.), Madrid, 1998, p. 124.

²⁴ En 1765 sale la primera edición de Juan Francisco DE CASTRO, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*, en la que condena el exceso en el Derecho romano como uno de los enemigos capitales de la práctica: "Entre la inmensidad de leyes civiles y canónicas, entre el inexplicable número e inagotable fluxión de buenos y malos libros nacionales o extranjeros, opiniones del mismo dictado y patria, escritas y no escritas costumbres, sumergida toda humana capacidad, le hace detestar una profesión en que nada hay apenas cierto y seguro, y en el que más alcanza sólo llega, después de encontrarse en los últimos períodos de su vida, destruida su salud con tantos y tan penosas tareas, o poder más que otros por propia experiencia certificar esta verdad y asegurar lo inextricable de este laberinto" [f. I, p. III, cito por la segunda edición (Madrid, 1821)].

²⁵ Cfr., a este respecto, L. RODRÍGUEZ ENNES, "El antirromanismo ilustrado", en SDHI LXXIV (2008) p. 663 ss., con abundante literatura.

de opiniones que traen; otros incluyen grandes listas de doctores para aumentar la confusión...

A los abusos forenses que genera este mundo extensísimo, farragoso y complicado se refiere, sin ambages, Feijoo, que manifiesta su honda preocupación por la proclividad de letrados, procuradores y escribanos a emitir informes falsos:

Por tanto mi sentir es, que no haya indulgencia o remisión alguna, ni con el Abogado que supone citas, o doctrinas (dejando a la prudencia los casos en que esto se pueda atribuir a equivocación, o falta de memoria); ni con el Escribano, o Recetor, que dolosamente colorea los dichos de los testigos; ni con el Relator, que suprime cláusulas. Semejantes atentados, si se encamina su contrariedad a la virtud de la Justicia, tanta malicia como una deposición²⁶.

Conspicuos contemporáneos de Feijoo van a abundar en la denuncia de este estado de cosas como el ya citado De Castro²⁷ o Medina y Flores²⁸. Con todo, Sarmiento afronta una crítica mucho más radical que su sabio maestro. En efecto, es él quien señala el *quid* de la cuestión: "Las Leyes deben ser puras, sin comentos, ni pegotes, ni fárragos"²⁹ y abunda en la necesidad de denunciar los excesos interpretativos a los que había conducido la inflación comentarista

²⁶ F. B. J FEIJOO, *loc. cit.* en nt. 10 [45].

²⁷ F. DE CASTRO, escribe: "El trabajo de nuestros intérpretes es inmenso. Entrando cualquiera en casa de un abogado que, o sea verdaderamente exacto en su empleo, o sólo tenga el gusto de hacer de la ostentación, viendo las paredes de su estudio cubiertas de libros, se confirmará en esta verdad, y mucho más si se reserva la reflexión de que allí falta la mayor parte de estos escritos (...) Esta multitud crece con los siglos, cada año produce nuevos intérpretes y nuevos escritores (...) No sólo los escritores españoles ocupan nuestras bibliotecas jurídicas, sino que también en ellas los autores extranjeros tienen un muy distinguido lugar y con ellos enriquecemos nuestra Jurisprudencia. Con la ocasión de que nos exponen el derecho romano y canónico, los leemos, citamos, y de ellos nos valemos para patrocinar nuestras causas en asuntos diferentes, sin advertir la confusión en que nos envuelven y los engaños que en su lectura recibimos" [Cfr. *Discursos*, cit., I, p. 201 ss.].

²⁸ MEDINA Y FLORES, *Representación para promover el estudio de el derecho español y facilitar su observancia* (1744) editada de nuevo por F. Canella Secades, "El Derecho Español en 1744" en RGLJ 52 (1878) p. 353 ss.: "Pero por el siglo decimocuarto introducido en la jurisprudencia el método escolástico, se hicieron sus profesores linceos en las disputas y topos para las resoluciones, quedaron más sutiles, pero menos sólidos; abriánselas ya los Digestos y se escudriñaban sus leyes, no para retener lo que disponen, sino es para ver en lo que se contradicen; desde entonces más se aprecia el hallazgo de una antinomia que el de cien verdades. Trocaron lo útil por lo deleitable y la doctrina por el lucimiento, y como estos avisos se hicieron naturaleza con el largo uso, quedaron tanto más perjudiciales cuanto más desconocidos".

²⁹ F. M. SARMIENTO, *Obra de Seiscientos Sesenta Pliegos que trata de Historia Natural y de todo género de Erudiciba con motivo de un papel que parece se había publicado por los Abogados de La Coruña contra los foros y tierras que poseen en Galicia los benedictinos*, Col. Dávila, Biblioteca Nacional, ms. 20.392, fol. 249s.

y que, en realidad, fueron los causantes de que el antirrománismo se erigiese como una de las banderas programáticas de la Ilustración³⁰.

3. ALGUNAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

3.1. Edad

En el Derecho romano el elemento subjetivo del delito puede faltar por la temprana edad del autor del mismo. Ya en las XII Tablas se hacía distinción entre púberes e impúberes. Las *leges iudiciorum publicorum*³¹, exigían que el agente fuese pubes para aplicarle la pena y también el senadoconsulto silaiano excluía de sus sanciones a los *servi impuberi*³². Es muy conocida la enumeración general de Pomponio *neque impuberem... capitalem fraudem videri admissee*³³.

Una gran influencia sobre toda esta materia debe atribuirse a Salvio Juliano quien discrimina plenamente los actos cometidos por el *infans*³⁴. La infancia dura hasta que el niño habla correctamente, y su término debe fijarse caso por caso. Sobre este particular hay que hacer notar que no se atendía tanto al hecho material de que el niño supiera palabras como, al haber adquirido conciencia de su significado³⁵. Justiniano, generalizando quizá alguna decisión anterior, estableció que se considerase *infans* a todo hombre que no hubiese cumplido todavía los siete años³⁶. Durante este tiempo, el infante, puesto que carece de uso de razón, es incapaz de ejercer sus derechos, ni se hace responsable por sus acciones. Los impúberes *infantia maiores*, desde los siete años a los catorce en los varones y hasta los doce en las mujeres, se subdividen en *infantiae proximi* y *pubertati proximi* según su mayor o menor desarrollo de la inteligencia, fijándose la imputabilidad penal en torno a los nueve o diez años; en consecuencia, para los *proximi infantiae* se estableció la irresponsabilidad³⁷. Paulo considera como inaplicable la pena del *crimen falsi* a los impúberes sin distinción, no reputándolos capaces del dolo específico requerido para este acto delictivo³⁸.

³⁰ *Ibid*, fol. 247. La cita, muy amplia, está recogida en nuestro *Fray Martín Sarmiento y el mundo del Derecho*, Santiago de Compostela, 2005, p. 150, nt. 316.

³¹ D. 48, 6, 3, 1.

³² D. 29, 5, 14.

³³ D. 21, 1, 23, 2.

³⁴ H., BUHL, *Salvius Julianus I*, Heidelberg, 1886, p. 149 ss.

³⁵ DAZA-RODRÍGUEZ ENNES, *Instituciones de Derecho Privado Romano*⁴ (Valencia, 2009) p. 42.

³⁶ D. 23, 1, 14.

³⁷ Ya en tiempos de Gayo, 3, 208: *Plerisque placet, quia furtum ex adfecu consistiti, ita demum obligare eo criminare impuberem, si proximus pubertari sit et ob id intellegat se delinquere*. A esta regla se refiere también D. 50, 17, 108.

³⁸ C. FERRINI, *Diritto Penale Romano*, Roma, 1976, p. 64.

En las Partidas se establecen para “toller” (diez años y medio) o “men-guar” (diecisiete años) la pena³⁹ que no coinciden con las de otros textos legales. De modo que ni siquiera esta ley, la más general en este punto, ofrece un criterio sistemático ni una valoración utilizable en todo caso⁴⁰. En los llamados “delitos de luxuria”, estaban excusados de toda pena el varón menor de catorce años o la mujer menor de doce “porque no han entendimiento”. En todos los demás delitos quedaba exento de pena el menor de diez años y medio⁴¹. Gregorio López recordaba en una de sus glosas que el derecho común distingüía en orden a este último límite entre varones y hembras, rigiendo para aquellos la edad mínima de diez años y medio y para éstas la de nueve años y medio⁴² pero hacía ver que tal diferencia no había pasado a ninguna de las leyes de Partida⁴³, llegando a proponer incluso el castigo del menor de tan temprana edad justificándolo sobre la base del aforismo canónico *malitia suplet aetatis*⁴⁴.

Esta sistemática del discernimiento fue práctica desarrollada e impuesta a lo largo del Medievo y la Edad Moderna y persistió casi por doquier hasta el pleno desarrollo de las jurisdicciones de menores y el nuevo sentido adoptado por su función eminentemente tutelar.

A esta doctrina punitiva se adscribe Feijoo:

Soy que esta razón no valga, sino que precisamente se regule la pena por la mayor malicia y reflexión con que se comete la culpa. Esa mayor reflexión no está adicta a determinada edad; aún cuando, según el curso ordinario, lo estuviese, se deberá hacer excepción en todos aquellos casos, en que la malicia se anticipa al plazo ordinario. Para contraer matrimonio es regla Canónica que la malicia suple a la edad ¿Por qué no la ha de suplir para padecer el establecido suplicio?⁴⁵.

³⁹ P. VII, 31, 8.

⁴⁰ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal*, cit., p. 339.

⁴¹ P. I, 1, 21; VI, 19, 4; VII, 21, 2, VII, 1, 9; VII, 9, 8; VII, 14, 17; VII, 7, 10 y VII, 31, 8.

⁴² El derecho común recogía así la opinión de Gayo, 3, 208.

⁴³ GREGORIO LÓPEZ, “Glosa de diez años y medio” a P. VII, 1, 9. En su opinión era ésta una materia en la que las leyes fijaban los citados límites por presumir que por debajo de esas edades el impúber *non sit dolo capax*; pero si en algún caso concreto el juez creía que el menor de diez años y medio había actuado con dolo podía castigarlo arbitrariamente.

⁴⁴ La dureza de Gregorio López respecto a la infancia es evidente, pues nos refiere entre nostálgico, exagerado y malicioso, que lo que en la antigüedad sabían y hacían los hombres en punto a vicios a los quince años, hoy lo hacen los muchachos a los seis o siete [*Ibid.*, loc. cit. en nt. anterior, donde escribe: “... quod antiquites sciebant et faciebant homines, circa vitia et fallatias in quidecum anno, faciunt nunc infantes in sexto vel septimo anno...”].

⁴⁵ FEIJOO, Paradoja Séptima “La edad corta es mas favorecida de los Jueces, en las causas criminales, de lo que debería ser” [59] en TCU. El título no deja lugar a dudas del alineamiento del Padre Maestro con las tesis tradicionales de que *maliti a suplet aetatis*.

Y añade:

Esta consideración se esfuerza con otra. Si la malicia de un joven es superior a la que corresponde a su corta edad, se debe tener, que llegando a edad más adulta, sea extraordinariamente excesiva. Luego dicta la razón que se arranque esta planta venenosa del terreno de la República, antes que pueda serle más nociva.

Y noto aquí, que a veces la mitigación de la pena, en atención a la corta edad del reo por accidente, suele aumentar su malicia. Un mozo de veinte años comete un delito, a quien corresponde pena capital; pero por el favor de la edad de conmuta la horca en seis, o siete años de galeras. ¿Y qué es enviarle a galeras, sino a colo-carle en la mayor escuela de malicia que tiene el mundo? ¿Con quién trata en la galera, sino con unos consumados maestros de maldades, surtidos de industrias para cometer todo género de infamias? Tales son los que le acompañan en la fatiga del remo: con que cumplido el plazo, sale de la galera más perdida la vergüenza, más fortalecida la osadía y más instruida la astucia⁴⁶.

La pretendida razón de ser de la sistemática del discernimiento -que Feijoo defiende sin ambages, como se infiere de la rúbrica de la *Paradoja Séptima*⁴⁷- era una arbitraria medición del grado de libertad de elección entre el bien y el mal coordinada con la responsabilidad; es decir, una entre el bien y el mal coordinada con la responsabilidad; es decir, una cuestión que ha quedado rebasada con los nuevos propósitos de corrección y defensa social, a la vez, que los modernos ordenamientos punitivos postulan. No obstante lo dicho, el procedimiento extremadamente rígido de la prefijación de una minoría dedad absoluta, cualquiera que sea, pues ello ha de variar con las costumbre y aún con las condiciones raciales y climatológicas del país, adolece del defecto de generalización, susceptible de grandes injusticias⁴⁸. A nadie se le oculta el

⁴⁶ *Ibid.* [60-61].

⁴⁷ Vid. la nt. 45. Para un análisis crítico del criterio del discernimiento como fundamento de la inimputabilidad del menor vid.: A. MARTÍNEZ CRUZ, *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad*, Granada, 2004, pp. 52 ss.

⁴⁸ Baste, a título ejemplificativo, con traer a colación que al mayor de diez años y medio y menor de diecisiete, la P. VII, 31, 8 decía que debía menguársele la pena ordinaria. Pero en la práctica parece que se ampliaba el límite de los diecisiete años, pues cuenta ALONSO DE VILLADIEGO que al mayor de esa edad y menor de veinticinco –aunque no había precepto legal sobre ello– los jueces le solían aminaror la pena ordinaria [Cfr. *Instrucción política y práctica judicial*, Madrid, 1747 p. 73, núms. 162-163]. Y es seguro que tal práctica seguía viva en pleno dieciocho, pues FEIJOO opinaba en contra de ella afirmando que precisamente entre los dieciocho y los veinticinco se cometen muchos delitos (especialmente adulterios, estupros y homicidios en pelea) por ser entonces “más furiosa la cupuscencia y más violenta la ira”, razón por la cual ha de ser “más fuerte la mano en el uso de la rienda” para detener y corregir esas pasiones en edad tan critica [cfr. TCU, VI, primero, quinta parte, p. 27 ss]. Felipe V castigaba en 1734 al ladrón cortezano a pena de muerte si era mayor de diecisiete año sy si mayor de quince sin llegar a diecisiete, a doscientos azotes y diez años de galeras (cfr. N. R. VIII, 11, 7). Como se ve a través de estas

preponderante papel de lo individual en estas materias de desarrollo psíquico, intelectual y hasta fisiológico, por lo que todo límite fijo ha de ser forzosamente una ficción. Explicable en el Derecho privado, de matiz predominantemente formalista, no lo es tanto en el penal, donde la individualización se estima como técnica judicial prevalente, por lo que el Juzgador pudiera determinar en cada caso cuando el agente es susceptible o no de imputabilidad, asesorado por los datos periciales, ni más ni menos que en las otras circunstancias de inimputabilidad, como la enajenación mental. Y aquí sí que surge como un egregio precursor de la nueva doctrina en punto a la aplicación individualizada de la pena, el pensamiento de Feijoo:

Por todo lo dicho me parece que esta materia no se debe ligar a la letra de la ley común, sino remitirse al arbitrio de los Jueces, los cuales considerando la edad, y capacidad del delincuente, la gravedad y circunstancias del delito, y mucho más que todo, el número de veces que ha pecado, pueden determinar la pena, que según buena razón corresponde. Bien sí, que algunos Jueces, aunque muy pocos, lo ejecutarán así⁴⁹.

3.2. Reincidencia

Entre las circunstancias agravantes ocupa un puesto preeminente la reincidencia. Su etimología es clara, proviene de *recidere*, recaer, es, pues, la repetición de la actividad delictiva por parte de un mismo sujeto⁵⁰. Sin embargo, en el lenguaje jurídico penal, dicho término presenta una acepción mucho más restringida, referida a la pluralidad de delitos mediando entre ellos sentencia condenatoria. El continuo aumento de la reincidencia y de la criminalidad profesional, que en todas partes se señala, prestan cada día mayor interés a esta cuestión. Así ha surgido la noción del “delincuente habitual”. Aún cuando este concepto fue elaborado principalmente por la doctrina y la legislación penal de la pasada centuria ya aparecen en el Derecho Romano noción equivalentes como la *consuetudo delinquendi*⁵¹, que por costumbre forense determinaba

leyes, el tope de la mayoría de edad penal oscilaba entre los diecisiete y los veinte años, respetando siempre el de la edad mínima de los diez años y medio.

⁴⁹ FEIJOO, loc. cit. en nt. 45 [62]. Para MARTÍNEZ RISCO : “El cotejo no puede ser más elocuente y decisivo para comprender y afirmar que el P. Maestro puede ser considerado como el precursor de esa moderna técnica punitiva que, entrañando una manifestación del arbitrio judicial más o menos puro, ha cristalizado en norma positiva general, universalmente formulada, para la determinación de la pena con fundamento en las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, con respecto a los delincuentes en general incluso, naturalmente, a los menores de edad penal” (cfr. *Las Ideas Jurídicas*, cit., p. 59)

⁵⁰ Cfr. LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary*, Oxford, 1980, s. v. *reicio*: “to fall back, return”, p. 1531.

⁵¹ En el *ius novum*, a propósito de la aplicabilidad de la abolición general, se establece: *remissionem veniae crimine nisi semel commissa non habeant* (cfr. C. Th. 9, 38) o sea que el perdón es concedido a quien no ha sido condenado antes por otros delitos. Este principio se manifiesta en diversas épocas: Arcadio y Honorio –siglo V: *indignum est humanitate qui post damnationam commisit in*

en ciertos delitos –en el hurto especialmente- una considerable agravación de la pena⁵².

Así las cosas, la insistencia en delinquir era considerada como causa suficiente para aumentar la pena. Como afirma Tomás y Valiente⁵³ “No es éste un problema teórico que exija puntualizaciones de entronque filosófico-escolástico, y por ello es cuestión relativamente poco o nada atendida por los Doctores y los penalistas castellanos”. Se trata, ante todo, de un problema práctico: el de que hay delitos tan generalizados que muchos ciudadanos los cometen no una sino varias veces; o tan profesionales que hay quienes hacen de ello su *modus vivendi*. La reincidencia es enfocada siempre en relación con un mismo delito, de ahí que sea en relación con los delitos por ofensas a la divinidad –perjurios, blasfemias menores...⁵⁴ o contra la propiedad –hurtos, robos- donde de un modo más constante las leyes imponen penas más graves a quienes las perpetran reiteradamente⁵⁵. En febrero de 1734, Felipe V imponía la pena de muerte para todo aquel mayor de diecisiete años a quien se probara “haber robado a otro” en la Corte o en las cinco leguas de su Rastro, “ya sea entrando en las casas, o acometiéndose en las calles y caminos, ya con armas o sin ellas, solo o acompañado, y aunque no se siga herida o muerte en la ejecución del

legem (C. Th. 9, 38). Más textos en C. FERRINI, *Diritto Penale*, cit., pp. 131 ss. Otras veces la reincidencia –en cuanto indicio de un propósito malévolο- hace que si el hecho fue primero objeto de medidas meramente disciplinarias o de policía se convierta en objeto de verdadera y propia pena. El monge que abandona de nuevo la clausura, no obstante la coerción de su primera deserción, es encarcelado por el gobernador de su provincia y condenado a la pena de trabajos forzados (Nov. 123, c. 42). Los autores de desórdenes, manifestaciones y tumultos son castigados, por primera vez, con sanciones policiales; en caso de reincidencia se les condena con verdaderas penas- *fustigatio* [sobre ésta *poena vid*, nuestro: “Algunas Observaciones en torno a la *verberatio*”, en *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité* (Bruselas, 2011) p. 147 ss.], encarcelamiento o *deportatio in insulam* (P. S. 5, 21, 1). Probablemente se refieren a la reincidencia los fragmentos que castigan con la pena de muerte a los autores de violencia o de *rapina* que frecuentemente (*saepius*) habían cometido el delito.

⁵² En España, en el Fuero de Caparroso, dado por el rey de Navarra Pedro Sánchez en 1102, se dispone que el que habiéndose probado que ha robado tres veces sobre la cuarta sea ahorcado. Otros fueros contienen análoga disposición. Este rigor se mantiene en siglos posteriores, en el siglo XVII “por el tercer hurto... y aunque este caso no está determinado por derecho, por la general costumbre se les da pena de muerte, son ahorcados”, escribe FRANCISCO DE LA PRADILLA BARNUEVO, *Tratado y suma de todas las leyes penales*, Sevilla, 1613, p. 40; todavía a fines del siglo XVIII, según noticia de ELIZONDO, *Práctica Universal forense de los Tribunales superiores de España y de las Indias* I, Madrid, 1784, p. 299, se imponía igual pena al culpable en caso del tercer hurto: “mediante la costumbre –dice— de ser ahorcado”.

⁵³ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal*, cit., p. 343.

⁵⁴ En consecuencia, al que profiere ciertos “votos” o “juramentos”, por la primera vez que se le procesare se le castigaba a un mes de cárcel, pero por la tercera vez se le penaba a que se le “enclave la lengua” y a seis años de galeras (NR VIII, 4, 5 y NR VIII, 4, 7).

⁵⁵ Tanto los Austrias como los Borbones persiguieron dura y casi obsesivamente los hurtos cometidos en la Corte agravando las penas de la legislación anterior (vid., para una exhaustiva exposición de la normativa en punto a esta cuestión: TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal*, cit., p.252 ss.

delito”, y la misma pena imponía a los cómplices⁵⁶. El primer rey Borbón justificaba tan expeditiva medida por la ineeficacia de las leyes vigentes y por su benignidad. Ante la ausencia de claridad de la ley en su tipificación de los delitos –no distinguía el hurto del robo, imponía idéntica penal capital a los autores que a los cómplices- la Sala de Alcaldes pidió aclaraciones que fueron desoídas por el rey calificándolas de “una mal entendida compasión”⁵⁷.

Esta Pragmática Sanción, en su redacción primigenia de 1734, fue defendida sin ambages por Feijoo, lo que le valió una dura crítica de su censor el franciscano Fray Francisco Folch de Cardona⁵⁸ quien –con rotundidad- afirma:

El día veinte y cinco de febrero de 1734 se publicó en Madrid una Pragmática Sanción y Ley, en que el Católico Monarca D. Felipe V resuelvo: Que a cualquiera persona, que teniendo diecisiete años cumplidos, dentro de mi Corte, y en las cinco leguas de su Rastro y Distrito, le fuera probado haber robado a otro, ya que sea entrando en las casas o acometiéndole en las calles, se le deba imponer pena capital”. El censor apostilla: “Luego no faltará un Juez a su ministerio, condenando a pena capital por un hurto simple, o solo. Parece buena la consecuencia que cualquiera Lógico deberá admitir. Mas respondo que la ilación no es buena, siendo verdadero el antecedente. De una ley promulgada, o renovada con justicia, que manda se exponga al último suplicio a cualquiera persona, que probar en haber robado a otro, no le condenará el Juez por un hurto simple, o solo, si mira bien, y premedita las cláusulas del Decreto. Motivó el soberano su resolución justísima diciendo: “Por quanto reconocimiento, con lastimosa experiencia, la REITERACIÓN [sic., con mayúsculas, en el original] con que se cometan en la mi Corte, y caminos inmediatos, y públicos de ella los delitos de hurto y violencias; enterado de que igual desenfreno puede motivarse de la Benignidad con que se ha practicado lo dispuesto por algunas leyes del Reino”. El hurto, acompañado de las circunstancias que su Majestad expresa, no es solo como entiende el Maestro citado, ni simple, con que se explican los Jurisconsultos, siendo al intento sinónimo, los términos. Hurto simple, o solo, se distingue del hurto circunstanciado o cualificado. Mira el primero a solo el daño, que ocasiona en cuatro, o más reales que usurpa, sin otra circunstancia agravante, o que mude especie. El segundo atiende al hurto, vestido de una o muchas circunstancias: la frecuencia de hurtos, que se experimenta; la dignidad del Lugar en que se comete el delito; la persona que se

⁵⁶ NOR., XII, 14, 3.

⁵⁷ *Ibid.* XII, 14, 5 donde el rey, con rotundidad dice: “que todo hurto calificado o no de poca o de mucha cantidad, debe estar sujeto a la pena de la Pragmática”.

⁵⁸ “Aprobación del Rmo. P. M. Fr. Francisco Folch de Cardona, Colegial Mayor que fue de Alcalá, etc.” Al T. VI del TCU, X.

ultraja; el invadir, determinado a vulnerar, o quitar la vida si resiste, y otras a este modo. De la jerarquía segunda (m de la primera) son los delitos que su Majestad dispone se paguen con la vida. La reiteración de semejante delito es mucha circunstancia, su Corte y caminos inmediatos deben asegurar los bienes temporales a sus dueños. La mentería, ya jocosa, ya oficiosa, por sí sola a nadie daña, nos dice el Rmo. Al Discurso nono; pero la impunidad o frecuencia con que se miente, es muy perjudicial al público, porque priva al común de los hombres de un bien muy apreciable. ¿Qué diremos de la frecuencia del hurtar? Un hurto simple, o solo, es un perjuicio de bienes de inferior orden a los de vida, y honra; mas si se desordenan los hombres reiterando a cada paso y casa la rapiña, pida la seguridad pública, la paz común, e incorregibilidad de los mortales, se apliquen cáusticos, no sea que de la impunidad se sigan más perjudiciales excesos⁵⁹.

La opinión de Fray Francisco Folch fue mucho más crítica que la de Feijoo respecto de la tipificación del delito de hurto en la Corte y sus aledaños y contribuyó a la derogación de la durísima pragmática de 1734 y su sustitución por la más benigna de 1744⁶⁰. Sin duda, Felipe V tuvo muy en cuenta para esta mutación de criterio que la inmensa mayoría de los hurtos cortesanos eran cometidos por profesionales; y es que entre otros móviles más poderosos que les impulsaban a delinquir, la misma ley penal casi incitaba a reincidir en estos delitos. En efecto, siendo la pena ordinaria para el hurto no cualificado la de azotes y destierro, el ladrón “agotaba una ciudad” cuando recibía una pena, pero se marchaba a otra huyendo de la posible futura apreciación de reincidencia, pues siendo desconocido en la segunda ciudad, no era fácil que se le tuvieran en cuenta los hurtos cometidos en otras⁶¹. Es este uno de tantos pro-

⁵⁹ *Ibid.* [XLI-XLII].

⁶⁰ Los Alcaldes de Casa y Corte propusieron en 1744 a Felipe V como forma de mitigar la dureza de la pragmática de 1734 que a los autores de hurtos simples se les penase no a muerte, sino a doscientos azotes y diez años de galeras; y al que delinquiera por vez primera “el verdugo los marcase las espaldas con un hierro ardiente, hecho en figura de una L, para que si después volviese a incurrir en igual detestable delito, tuviese ya hecha la prueba de haberle cometido antecedentemente” [cfr. NOR., XII, 14,6]. Con todo, Felipe V se negó a utilizar este sistema de prueba de la reincidencia resolviendo que “las penas de los hurtos simples sean arbitrarias, según y como la Sala regulare la calidad del hurto, teniendo presente para ello la repetición o reincidencia, el valor de lo que se regule del robo, la calidad de la persona a quien se robó, y la del delinquiente, con lo demás que se haya prevenido por el Derecho, no habiéndose conformado con los otros puntos que la Sala expuso en su citada representación”. La rúbrica de la Ley VI quedó redactada, en consecuencia, de este modo: “Imposición de penas arbitrarias en los hurtos simples, según la calidad de las personas y circunstancias de ellos”.

⁶¹ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal*, cit., p. 345. Mateo Alemán opinaba que tal disposición legal equivalía a decir al ladrón: “Amigo, ya de aquí te aprovechaste como pudiste y te holgaste a nuestra costa, otro poquito a otro cabo; déjanos a nosotros y pásate a robar a nuestro vecino”. Y así era posible, como el mismo autor decía que hubiera “ladrones dichosos que mueren de

blemas en que demuestra su impotencia el Estado puesto que, si bien se evitaba ciertamente la aplicación de un medio nada humanitario para conocer los antecedentes delictivos, también es cierto que se dejaba prácticamente impune la reincidencia y profesionalidad en materia de hurtos y robos.

Así las cosas, la razón de ser de la agravante de reincidencia ha sido sumamente discutida por los penalistas contemporáneos ya que, en principio, viene a contradecir el punto de vista del purismo clásico, para el que cada delito es una violación del orden jurídico que la pena restablece en su integridad, saliendo con ella el culpable la deuda contraída con la sociedad. En consecuencia, el hacer revivir efectos agravatorios por hechos pasados y saldados, vendría a contradecir la máxima del *non bis in idem* computándose doblemente una misma conducta. Incluso, por algunos se llegó a considerar la reincidencia más bien como título de atenuación, al delatar en el sujeto una acendrada tendencia al mal que demostraba una disminución de su voluntad y, por ende, de su imputabilidad. Para tales doctrinarios, el hecho de computarse como agravante –como venía haciéndose en el Derecho desde tiempo inmemorial– era debido a consideraciones pragmáticas de represión inconciliables con los dictados de la ciencia jurídica pura⁶².

El positivismo, al menospreciar como entelequias estas disquisiciones escolásticas y poner el acento sobre la peligrosidad del individuo y la defensa social, no tuvo inconveniente alguno en aceptar la virtualidad agravatoria de la reincidencia, si bien exigió que la misma fuese índice de una mayor capacidad criminal del sujeto sobre la base del estudio de su personalidad más que de los expedientes de antecedentes penales⁶³. Pero no esto último no se quiere admitir por dos órdenes de razones; primero, porque implicaría una ruptura con el Derecho penal de culpabilidad; segundo, porque implicaría una presunción *iuris et de iure* en el sentido de que siempre que se produjese la reincidencia habría que afirmar también una mayor peligrosidad y esto, según se dice, no es cierto, pues puede darse aquella y no necesariamente esta última⁶⁴. En consecuencia, el Código Penal de 1995 suprimió la “reincidencia genérica”, denominada “reiteración” antes de la reforma de 1983, que no exigía analogía ni ninguna otra relación cualitativa entre la anterior y la actual infracción, sino sólo que la condena anterior lo fuera por delito a que la ley señalara igual o mayor pena, o por dos o más delitos a que la ley señalare pena menor. Por otra parte, la reforma de 1983 había suprimido ya la “multirreincidencia”, que permitió la imposición de la pena superior en grado a la señalada al delito (única

viejos” [cfr. MATEO ALEMÁN, *Aventuras y vida de Guzmán de Alfarache, atalaya de la vida humana* (cito por la ed. de Madrid, 1846), II, 1, 8, p. 285 y I, 2, 6, p. 227, respectivamente].

⁶² Amplia exposición del *status quaestionis* en S. MIR PUIG, *La reincidencia en el Código Penal*, Barcelona, 1974, p. 8-13.

⁶³ M. COBO DEL ROSAL-T. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1999, p. 900.

⁶⁴ G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal. Parte General I*, Madrid, 1977, p. 743.

circunstancia en que ello era posible). La evolución legislativa mencionada sus- puso una tendencia a limitar los efectos agravatorios de la reincidencia⁶⁵.

En el Derecho Romano no era desconocido el concepto de las atenuan- tes genéricas referidas sobre todo a la conducta del delincuente antes y des- pués de la comisión del delito. Así, en D. 49, 16, 2 pr. Se dice: *habetur... ratio... et anteactae vitae y en ibid. 2, 1 se mitiga la pena del desertor si fuerit ultiro rever- sus*⁶⁶. Esta concepción se transmite a los penalistas hispanos del Antiguo Régimen como Antonio de la Peña que entre las circunstancias atenuadoras de la gravedad de la acción delictiva y por ello suficientes para disminuir la pena al delincuente aludía, entre otras, a la buena fama del reo⁶⁷. Por su parte, Castillo de Bovadilla se refería a muy diversas circunstancias –con o sin apoyo legal expreso- entre las que incluía las referentes a la persona del delincuente⁶⁸. A esta línea se adscribe nuestro Feijoo quien apunta a este respecto:

Los motivos justos para minorar la pena en varios casos son mu- chos. Los méritos antecedentes del reo, su utilidad para la Repú- blica, su conocida ignorancia, o inadvertencia, que la moderación de la pena fructifique al pueblo o al Estado, etcétera. Aquel grande Héroe Asturiano Pedro Menéndez de Avilés, Adelantado de la Florida, en varias ocasiones obró en materias de suma im- portancia para el Estado contra las órdenes, que le había dado el Rey, y un Rey tan celoso de su autoridad como Felipe II se las perdonó todas (...) debido a sus esclarecidos méritos. Fue el Príncipe clemente de este modo de proceder; y sería inicuo, cruel, y feroz por muchos capítulos, si atendiese para el castigo a la ley común. Perdería el Estado un hombre utilísimo, quedarían sin premio alguno unos méritos excelentes; ocasionaríanse con tan funesto ejemplar grandes pérdidas a la República...⁶⁹.

En la práctica solía alegarse también la “rusticidad” del reo, su ignoran- cia o “pocas luces” como atenuante, entendiéndose que su escaso conoci- miento impidió al justiciable detenerse a tiempo en su acción, o que por su poca inteligencia no se percató de que incurría en delito⁷⁰. Dado el carácter vago, abierto y propicio a la interpretación extensiva de estas enumeraciones,

⁶⁵ S. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*⁷ (Barcelona, 2004).

⁶⁶ C. FERRINI, *Diritto Penale*, cit, p. 131.

⁶⁷ A. DE LA PEÑA, *Tratado muy provechoso, útil y necesario de los jueces y orden de los juicios y penas criminales* (BN, Ms. 6379, cap. XII). A pesar de su importancia el texto sigue sin publicar.

⁶⁸ J. CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para Corregidores y señores de vasallos* II, Amberes, 1750, p. 262-264.

⁶⁹ FEIJOO, *Paradoja Tercera*: “Lo que se llama clemencia de Príncipes y Magistrados, perniciosa a los pueblos”, en TCU, VI, p. 12.

⁷⁰ “Cartas de algunos Padres de la Compañía de Jesús, sobre los sucesos de la monarquía entre los años 1634 y 1648”, en el *Memorial Histórico Español*, tomo XVIII, p. 160.

no es de extrañar su rechazo por la jurisprudencia desde la lejana Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 1871.

4. CONCLUSIONES

La falta de fiabilidad de la prueba testifical proviene no solo de la decadencia de los principios éticos, sino también del no respeto por la judicatura del requisito de la inmediación en la toma de declaraciones y la no aplicación del tipo delictivo del falso testimonio. La circunstancia de la edad debe regirse por el moderno derecho penal de autor que la fija caso por caso.

* Recebido em 10 dez. 2015.



NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

Desde o segundo semestre de 2014, a Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará passou a compor o Portal de Periódicos da UFC (<http://periodicos.ufc.br/index.php/nomos>), funcionando pelo Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas (SEER), plataforma integrada ao *Open Journal Systems* (OJS). Para submissão na Nomos, os interessados deverão realizar o cadastro no Portal como Autor e realizar os cinco passos para submissão do artigo. A seguir, são apresentadas as regras para publicação, que também poderão ser encontradas na página da Nomos.

DIRETRIZES PARA AUTORES

1. Os trabalhos devem ter, preferencialmente, entre 12 e 25 laudas e redigidos em português, inglês, espanhol, italiano, francês ou alemão.
2. Os trabalhos deverão ser enviados em formato .DOC, .DOCX ou .ODT, preferencialmente redigidos em fonte Times New Roman e os parágrafos justificados, salvo o título do artigo e a autoria.
3. As margens da página devem ser: superior 3 cm, inferior 2 cm, esquerda 3 cm e direita 2 cm.
4. A estrutura do trabalho deve estar formatada da seguinte maneira:
 - Título do artigo: centralizado, caixa alta, fonte 14 e em negrito.
 - Não deve constar no texto indicação de autoria.
 - Resumo na língua original seguido de 3 a 5 palavras-chave, separadas por ponto.
 - Título, resumo e palavras-chave em inglês. Em trabalhos escritos em outras línguas, deverá conter título, resumo e palavras-chave em português e em inglês.
 - Corpo do texto: deve conter Introdução, Desenvolvimento, Conclusão e Referências. Todos os títulos primários devem ser escritos em caixa alta, fonte 12 e em negrito. Os parágrafos devem possuir recuo de 1,25

cm, o espaço entre linhas deve ser de 1,5 linha. Os títulos secundários devem ser regidos em caixa baixa, fonte 12 e em negrito. Os títulos terciários devem ser redigidos em caixa baixa, fonte 12 e em itálico.

- Referências: devem seguir as regras da ABNT.
- 5. As citações curtas, com menos de 3 linhas, devem ir no texto entre aspas, sem uso de itálico. As citações longas devem ser destacadas do parágrafo e colocadas com 4,0 cm de recuo, fonte 10 e espaço entre linhas simples.
- 6. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de negrito. Reserve o itálico para a indicação de termos em língua estrangeira.
- 7. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer remuneração pela publicação dos trabalhos na Revista Nomos.
- 8. O setor de revisão poderá efetuar alterações de ordem editorial (formal, ortográfica, gramatical) nos originais, respeitado o estilo. A opinião do autor sempre será respeitada, não sendo possível qualquer alteração de conteúdo.
- 9. Os trabalhos deverão ser inéditos e sua aprovação não implica a imediata publicação. É de exclusiva responsabilidade do autor comunicar aos editores da Nomos a desistência da submissão ou a publicação do trabalho em outro meio que retire o ineditismo.
- 10. Quaisquer dúvidas a respeito das normas para publicação deverão ser dirimidas por mensagem encaminhada para o e-mail: nomos@ufc.br

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO

Como parte do processo de submissão, os autores são obrigados a verificar a conformidade da submissão em relação a todos os itens listados a seguir. As submissões que não estiverem de acordo com as normas serão devolvidas aos autores.

1. A contribuição é original e inédita, e não está sendo avaliada para publicação por outra revista; caso contrário, deve-se justificar em "Comentários ao editor".
2. O arquivo da submissão está em formato Microsoft Word, OpenOffice ou RTF.
3. URLs para as referências foram informadas quando possível.

4. O texto está em espaço simples; usa uma fonte de 12-pontos; emprega itálico em vez de sublinhado (exceto em endereços URL); as figuras e tabelas estão inseridas no texto, não no final do documento na forma de anexos.
5. O texto segue os padrões de estilo e requisitos bibliográficos descritos em Diretrizes para Autores, na página Sobre a Revista.
6. Em caso de submissão a uma seção com avaliação pelos pares (ex.: artigos), as instruções disponíveis em Assegurando a avaliação pelos pares cega foram seguidas.

DECLARAÇÃO DE DIREITO AUTORAL

Autores que publicam nesta revista concordam com os seguintes termos:

1. Autores mantém os direitos autorais e concedem à Revista NOMOS o direito de primeira publicação, com o trabalho simultaneamente licenciado sob a *Creative Commons Attribution License*, que permite o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria do trabalho e publicação inicial nesta revista.
2. Autores têm autorização para assumir contratos adicionais separadamente, para distribuição não-exclusiva da versão do trabalho publicada nesta revista (ex.: publicar em repositório institucional ou como capítulo de livro), com reconhecimento de autoria e publicação inicial nesta revista.
3. Autores têm permissão e são estimulados a publicar e distribuir seu trabalho online (ex.: em repositórios institucionais ou na sua página pessoal) a qualquer ponto antes ou durante o processo editorial, já que isso pode gerar alterações produtivas, bem como aumentar o impacto e a citação do trabalho publicado.
4. Autores são responsáveis pelo conteúdo constante no manuscrito publicado na revista.