



NOMOS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFC

Solicita-se permuta
Pídese 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

2016

NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC

Volume 36.2 — jul./dez. 2016

Editora Chefe

Denise Lucena Cavalcante

Editora Sub-chefe

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Editor Assistente

Álison José Maia Melo

Conselho Editorial

Ana Maria D'Ávila Lopes

Antônio José Avelãs 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

Jefrey 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

Aldemar Monteiro da Silva Neto

Defensor público do Estado do Ceará. Mestrando em Direito pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Professor da Faculdade Farias Brito (FFB).

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia

Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Professor Adjunto da Universidade Federal de Ouro Preto e IBMEC-BH. Advogado. Membro do IBDP.

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.

Aline de Menezes Gonçalves

Mestranda em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (Unicesumar); Bacharel em Direito pela Faculdades Maringá; advogada.

Álison José Maia Melo

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito Tributário pela Faculdade 7 de Setembro (FA7). Professor universitário.

André Dias Fernandes

Doutor pela Universidade de São Paulo (USP). Juiz Federal. Professor universitário.

Brenno Roberto Amorim Barcelos

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP – Universidade Estadual Paulista “Julio de Mesquita Filho”, advogado.

Carlos Henrique Bezerra Leite

Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003). Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória-FDV, onde leciona Direitos Humanos Sociais e Metaindividuais. Ex-Professor Associado I do Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, onde lecionava Direitos Humanos e Direito Processual do Trabalho. Professor convidado do Programa de Pós-Graduação Lato Sensu da PUC/SP (Cogeae). Desembargador do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região/ES. Diretor da Escola Judicial do TRT da 17ª Região (biênio 2009/2011). Ex-Procurador Regional do Trabalho do Ministério Público do Trabalho. Vice-Presidente do TRT da 17ª Região/ES (biênio 2011/2013).

Carolina Dutra

Professora universitária e advogada. Doutoranda em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Membro do Grupo de Pesquisa Direito e Desenvolvimento Sustentável.

Diogo Bacha e Silva

Mestre em Constitucionalismo e Democracia pela FDSM, professor e coordenador do Curso de Direito da Faculdade de São Lourenço/MG, advogado.

Elden Borges Souza

Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal do Pará (UFPA). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes). Pesquisador no Grupo de Pesquisa (CNPq) "Tradição da Lei Natural".

Elizabeth Accioly

Professora da Universidade Europeia de Lisboa. Professora visitante do Curso de Mestrado do Unicuritiba-Brasil. Professora visitante do Centro de Excelência Jean Monnet da Faculdade de Direito de Lisboa. Advogada no Brasil e em Portugal.

Francisco Luciano Lima Rodrigues

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional Mestrado/Doutorado da Universidade de Fortaleza. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Juiz de Direito.

Gustavo Raposo Pereira Feitosa

Doutor em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito

Constitucional da Universidade de Fortaleza. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

Gustavo Ribeiro

Professor do Programa de Pós-Graduação do Centro Universitário de Brasília (Uniceub). Doutor em Direito Internacional pela Maurer School of Law, Indiana University Bloomington (EUA), como bolsista do programa Capes/Fulbright. Advogado com atuação na área privada internacional.

Heleno Florindo da Silva

Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (CAPES 4). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (CAPES 4). Membro do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais, do Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* da Faculdade de Direito de Vitória. Pós-Graduado em Direito Público e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Membro Diretor da Academia Brasileira de Direitos Humanos (ABDH). Coordenador do Núcleo de Pesquisa do Curso de Direito da Faculdade São Geraldo (FSG - Cariacica/ES). Membro do Corpo Editorial da Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade São Geraldo. Professor do Curso de Direito da Faculdade São Geraldo. Professor da Pós-graduação - Lato Sensu - em Direito da Faculdade São Geraldo em parceria com o Centro de Evolução Profissional (CEP). Professor do Centro de Evolução Profissional (CEP). Revisor Ad Hoc da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Goiás (UFG), da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva e da Revista *Juris Plenum* Ouro. Advogado.

Ilton Garcia da Costa

Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Mestre em Administração pelo Centro Universitário Ibero Americano Unibero. Advogado. Matemático. Professor no Mestrado e Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Líder do grupo de pesquisa em Constituição Educação Relações de Trabalho e Organizações Sociais GPCERTOS, registrado no CNPq.

João Luis Nogueira Matias

Juiz Federal. Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Ceará e Titular da Faculdade Sete de Setembro. Pós-Doutor em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP. Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado de Pernambuco. Coordenador do Projeto de Pesquisa “Os impactos da proteção ao meio ambiente no direito: Novos paradigmas para o direito privado/UFC/CNPq/CAPES”.

Jordana Viana Payão

Mestranda em Direito pela Universidade de Marília (Unimar)

José Weidson Oliveira Neto

Mestrando em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Especialista em Direito de Família e Sucessões. Bacharel em Direito pela Unifor. Assessor Técnico-Jurídico da Secretaria de Planejamento e Gestão do Governo do Estado do Ceará (Seplag).

Júlio Edstron Secundino Santos

Bacharel em Direito pela Faculdade Presidente Antônio Carlos/MG, especialista em Direito Público pela UGF. Especialista em Direito de Integração pela Universidade de Salamanca, Mestre em Direito Internacional e Econômico pela UCB/DF. Doutorando em Direito pelo UNICEUB. Professor da Universidade Católica de Brasília. Tendo experiência nas áreas de Direito Público, Processo Legislativo e Orçamento Público. Atuando principalmente nos seguintes temas: Educação em Direitos Humanos, Cidadania, Direito, Bioética e Direitos Fundamentais. Experiência em assessoria parlamentar nas áreas de processo legislativo e orçamento público.

Leilane Serratine Grubba

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional. Professora dos Programa de Pós-Graduação Lato Sensu da Faculdade Meridional e Universidade Nove de Julho. Professora dos Cursos de Direito da Faculdade Meridional e Faculdade CESUSC. Professora da Escola Superior do Ministério Público de Santa Catarina. Pesquisadora da Fundação Meridional.

Luiz Antonio Soares Hentz

Professor Adjunto (Livre-Docente) do Departamento de Direito Privado e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP – Universidade Estadual Paulista “Julio de Mesquita Filho”.

Manuela Caldas Fontenele Alves

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.

Marcella Furtado de Magalhães Gomes

Professora Adjunta do Departamento de Direito do Trabalho e Introdução ao Estudo do Direito da Faculdade de Direito da UFMG. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2002), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2005) e doutorado em

direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2009). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Ética, atuando principalmente nos seguintes temas: filosofia e filosofia do direito, história do direito e direito romano, sociologia jurídica, hermenêutica jurídica, introdução ao estudo do direito, teoria geral do direito e do direito privado, metodologia científica e metodologia da pesquisa em direito, lógica e lógica jurídica.

Marcus Firmino Santiago

Doutor em Direito do Estado – UGF/RJ. Professor do Curso de Mestrado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Advogado.

Maria de Fátima Ribeiro

Doutora em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Pós Doutora em Direito Fiscal pela Universidade de Lisboa, Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília (Unimar).

Mariana Guimarães Becker

Graduanda em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Mariana Ribeiro Santiago

Doutora em Direito pela PUCSP. Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília (Unimar). Editora da Revista Argumentum. Advogada.

Matheus Passos Silva

Doutorando em Direito, com especialização em Ciências Jurídico-Políticas, na Universidade de Lisboa (Portugal). Pesquisador da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Pesquisador voluntário do Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS) da Universidade Nova de Lisboa (Portugal). Possui mestrado e graduação em Ciência Política pela Universidade de Brasília. Pós-graduação em Direito Eleitoral e em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (Brasília/DF, Brasil).

Maurício Duarte dos Santos

Professor universitário e advogado. Doutorando em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Membro do Grupo de Pesquisa Direito e Desenvolvimento Sustentável.

Monica Oliveira

S.J.D. Candidate, Graduate Tax Program, Levin College of Law, University of Florida, Master in Advanced Studies, International Organizations with Specialization in International Economic Organizations, University of Zurich, Mestre em Direito Internacional e Integração Econômica, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Professor of International Taxation, Graduate Online Program, Thomas Jefferson School of Law.

Renata Calsing Assis

Professora Titular do Curso de Mestrado em Direito do UDF. Doutora em Direito pela Universidade de Paris I, *Panthéon-Sorbonne*. Mestre e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília, UNICEUB. Professora Associada do PPGD do UniCEUB. Auditora Federal de Finanças e Controle da Controladoria Geral da União.

Roberto Vasconcelos Novaes

Doutor e Mestre em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor do IBMEC Minas Gerais no Curso de Direito.

Rubén Serrano Lozano

Professor Contratado Doctor de Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, de la Universidad de Castilla-La Mancha (ESPAÑA).

Sérgio Fernandes de Aquino

Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado – em Direito do Complexo de Ensino Superior Meridional (Imed). Professor do Curso de Direito da Faculdade Meridional (Imed). Pesquisador da Faculdade Meridional. Coordenador do Grupo de Pesquisa: Ética, Cidadania e Sustentabilidade. Membro do Grupo de Pesquisa: “Modernidade, Pós-Modernidade e Pensamento Complexo”, “Multiculturalismo e Pluralismo Jurídico” e “Transnacionalismo e circulação de modelos jurídicos”. Líder do Centro Brasileiro de Pesquisa sobre Amartya Sen: interfaces com direito, políticas de desenvolvimento e democracia. Membro associado do Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira do Ensino de Direito - ABEDI.

Solange Teles da Silva

Professora da Graduação e do Programa de Pós-graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Doutora e Mestre em Direito Ambiental pela Universidade Paris I. Bolsista de Produtividade em Pesquisa CNPq. Líder do Grupo de Pesquisa Direito e Desenvolvimento Sustentável.

Victor Sales Pinheiro

Professor Adjunto da Universidade Federal do Pará (UFPA). Coordenador do Grupo de Pesquisa (CNPq) “Tradição da Lei Natural”. Doutor em Filosofia pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). Graduado em Direito no Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).



SUMÁRIO

DOCTRINA NACIONAL

UMA PROPOSTA DE REFORMA DA ESTRUTURA PARTIDÁRIA DO BRASIL COM BASE NO DEVER FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO POLÍTICA

Alice Rocha da Silva

Matheus Passos Silva 17

O IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS NO BRASIL E A REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIOECONÔMICAS: EXAME DA CONSTITUCIONALIDADE DO PLP 277/2008

André Dias Fernandes

Álison José Maia Melo 65

DEFESA DA CONCORRÊNCIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: IMPLICAÇÕES DA LEI N. 12.846/2013

Brenno Roberto Amorim Barcelos

Luiz Antonio Soares Hentz..... 87

TRANSCENDENTALIZAÇÃO DOS PRECEDENTES NO NOVO CPC: EQUÍVOCOS ACERCA DO EFEITO VINCULANTE

Diogo Bacha e Silva

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia 101

TOMÁS DE AQUINO E A RAZÃO NATURAL DOS DIREITOS HUMANOS: PESSOA E BEM COMUM

Elden Borges Souza

Victor Sales Pinheiro 119

A OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS PARA NUBENTE COM MAIS DE 70 ANOS: UMA NOVA ÓTICA CONSTITUCIONAL

Francisco Luciano Lima Rodrigues

José Weidson Oliveira Neto..... 139

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA, CONVEÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO

Gustavo Raposo Pereira Feitosa

Aldemar Monteiro da Silva Neto..... 153

| | |
|--|-----|
| QUANDO AS REGRAS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO LEVAM À APLICAÇÃO DA LEI DE UM ESTADO CONTRATANTE DA CISG — ARTIGO 1(1)(B): APRECIÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA <i>Gustavo Ribeiro</i> | 171 |
| A ÉTICA DA ALTERIDADE E DA RESPONSABILIDADE E O DIREITO À MORADIA DIGNA: UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE SOCIAL DO ESTADO E DA SOCIEDADE NA BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS METAINDIVIDUAIS <i>Heleno Florindo da Silva</i> <i>Carlos Henrique Bezerra Leite</i> | 187 |
| DA SOCIEDADE ANTIGA À SOCIEDADE POLITICA E A FUNCIONALIDADE DO DIREITO <i>Ilton Garcia da Costa</i> <i>Aline de Menezes Gonçalves</i> | 205 |
| OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PÓS-MODERNIDADE: COMO A SOCIEDADE QUE SE TRADUZ NO RISCO E NO CONSUMO PODERÁ TUTELAR DIREITOS <i>João Luis Nogueira Matias</i> <i>Manuela Caldas Fontenele Alves</i> | 225 |
| A FUNÇÃO SOCIAL E SOLIDÁRIA DA EMPRESA NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO <i>Jordana Viana Payão</i> <i>Mariana Ribeiro Santiago</i> | 243 |
| QUAIS ERAM OS SONHOS DOS PAIS FUNDADORES? UMA ANÁLISE DO PROCESSO HISTÓRICO DE FORMAÇÃO DO ESTADO NORTE AMERICANO <i>Júlio Edstron Secundino Santos</i> <i>Marcus Firmino Santiago</i> <i>Renata Calsing Assis</i> | 261 |
| O INDIVIDUALISMO E PATRIARCALISMO DOS DIREITOS HUMANOS COMO MARCO DA IDEOLOGIA-MUNDO <i>Leilane Serratine Grubba</i> <i>Sérgio Fernandes de Aquino</i> | 287 |
| SOFTWARE LIVRE, LICENCIAMENTO DE SOFTWARE E ACESSO AO CONHECIMENTO <i>Marcella Furtado de Magalhães Gomes</i> <i>Roberto Vasconcelos Novaes</i> <i>Mariana Guimarães Becker</i> | 307 |
| CONCESSÃO DE INCENTIVOS FISCAIS PELA UNIÃO E OS REFLEXOS NOS VALORES REPASSADOS AO FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS <i>Maria de Fátima Ribeiro</i> | 325 |
| RESERVAS DE SURFE E A PROTEÇÃO DA SOCIOBIODIVERSIDADE <i>Solange Teles da Silva</i> <i>Mauricio Duarte dos Santos</i> <i>Carolina Dutra</i> | 345 |

DOCTRINA ESTRANGEIRA

DUAS DÉCADAS DE COOPERAÇÃO UE-MERCOSUL

Elizabeth Accioly 371

NATIONALITY AND NON-DISCRIMINATION OF CORPORATIONS IN THE OECD MODEL CONVENTION

Monica Oliveira..... 381

CLAVES PARA AVANZAR HACIA UNA EUROPA DEL RECICLADO DE RESIDUOS

Rubén Serrano Lozano..... 391

DOUTRINA NACIONAL



UMA PROPOSTA DE REFORMA DA ESTRUTURA PARTIDÁRIA DO BRASIL COM BASE NO DEVER FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO POLÍTICA

*Alice Rocha da Silva**
*Matheus Passos Silva***

Resumo

Um dos aspectos cruciais da democracia contemporânea diz respeito à sua capacidade de efetivamente representar o cidadão, especialmente quando se considera que a representação contribui para a melhoria da cidadania e, em última instância, da dignidade humana. Contudo, o Brasil tem passado por um processo semelhante ao que ocorre nos países ocidentais: fala-se da diminuição do interesse do cidadão em participar por meio dos canais tradicionais — nomeadamente por meio do processo eleitoral. A cada eleição o número de abstenções e de votos em branco ou nulos vem a aumentar, e isto surpreende especialmente em um país como o Brasil no qual o exercício do voto é obrigatório. Ainda, é possível falar em volatilidade eleitoral, a qual é compreendida como a alteração constante do partido político escolhido pelo eleitor de maneira que em uma eleição ele opte pelo partido “A”, na eleição subsequente pelo partido “C”, na próxima eleição pelo partido “B” e assim sucessivamente. Além disso, é possível se falar em rebaixamento do grau de representatividade a partir do momento em que os cidadãos acreditam que os representantes eleitos, não importa quais sejam seus respectivos partidos de origem, farão sempre a mesma coisa. Torna-se possível, neste contexto, falar-se em falhas de representação devido à diminuição da participação do cidadão pelo canal eleitoral, o que enfraquece o sistema democrático. Conseqüentemente, é urgente a necessidade de reestruturação do sistema político-jurídico de participação política e de representação, já que tais elementos correspondem às traves-mestras da democracia representativa contemporânea. Com o objetivo de solucionar tal problema apresenta-se a proposta de reestruturação do sistema partidário-eleitoral brasileiro, a qual é focada em três aspectos:

* 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.

** Doutorando em Direito, com especialização em Ciências Jurídico-Políticas, na Universidade de Lisboa (Portugal). Pesquisador da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Pesquisador voluntário do Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS) da Universidade Nova de Lisboa (Portugal). Possui mestrado e graduação em Ciência Política pela Universidade de Brasília. Pós-graduação em Direito Eleitoral e em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (Brasília/DF, Brasil).

1) Alteração do sistema de lista aberta para lista fechada, com o objetivo de garantir maior força ideológica dos partidos políticos; 2) Proibições de coligações *pro tempore* e implantação do conceito de *federações partidárias*, objetivando-se a manutenção da união partidária durante o exercício da legislatura; 3) A implantação da obrigatoriedade de lançamento de candidatos, por parte dos partidos políticos, apenas após votação prévia junto à população. Acredita-se que com tais alterações possa haver maior envolvimento do cidadão no que concerne ao aspecto representativo da democracia por gerar seu envolvimento direto com a estrutura partidária, além de colocá-lo como corresponsável na definição dos rumos de sua própria sociedade por meio do exercício de seu dever fundamental de participação política.

Palavras-chave

Partidos políticos. Sistemas eleitorais. Dever fundamental. Cidadania.

Abstract

One of the crucial aspects of contemporary democracy is its ability to effectively represent the citizen, especially when it is considered that representation contributes to the improvement of citizenship and, ultimately, to human dignity. However, Brazil has undergone a similar process to what happens in Western countries: it is spoken over the reduction of the citizen's interest in participating through the traditional channels — namely through the electoral process. With each election the number of abstentions and blank or void votes increases, and this is especially surprising in a country like Brazil in which voting is mandatory. Moreover, it is possible to speak about electoral volatility, which can be understood as the constant alteration of the political party chosen by the voter so that in an election he opts for party "A", in the subsequent election by party "C", in the next election by party "B" and so on. Moreover, it is possible to speak of lowering the degree of representation from the moment citizens believe that elected representatives, no matter what their respective parties of origin, will always do the same thing. It is possible, in this context, to speak of representation failures due to the reduction of citizen participation by the electoral channel, which weakens the democratic system. Consequently, there is an urgent need for a restructuring of the political-legal system of participation and representation, since these elements correspond to the key features of contemporary representative democracy. In order to solve this problem, the proposal of restructuring the Brazilian electoral-party system is presented, focused on three aspects: 1) alteration of the open list system to closed list, with the objective of guaranteeing a greater ideological strength of the political parties; 2) prohibition of coalitions *pro tempore* and implementation of the concept of party federations, aiming at maintaining the party union during the exercise of the legislature; 3) the implementation of the obligation of launching candidates, by the political parties, only after previous voting with the population. It is believed that with such changes there may be greater involvement of the citizen in the representative aspect of democracy by generating its direct participation within the party structure, as well as placing it as co-responsible in defining the directions of its own society through the exercise of their fundamental duty of political participation.

Keywords

Political parties. Electoral systems. Fundamental duty. Citizenship.

1. INTRODUÇÃO

O chamado *Estado de direito democrático*¹ corresponde à estrutura constitucional que veio a se espalhar pelo chamado *mundo ocidental* no pós Segunda Guerra Mundial. Resultado de uma contínua evolução que se iniciou ainda em

¹ Que no Brasil é chamado de **Estado democrático de direito** dada a redação do artigo 1º da Constituição, expressão esta a ser utilizada ao longo deste texto.

fins do século XVIII, o Estado democrático de direito aglutinou, em seu desenvolvimento histórico, não apenas os chamados *direitos civis e políticos* e os chamados *direitos sociais*, mas também encampou *direitos coletivos e difusos*, especialmente aqueles relacionados à defesa do meio ambiente. Para além disso, entretanto, deve-se dar destaque a uma característica específica que talvez nunca tenha sido plenamente desenvolvida em modelos estatais anteriores — qual seja, a característica *democrática*, o que implica em dizer que os direitos constitucionalizados e garantidos por este próprio Estado correspondem à expressão da *vontade popular*.

Tendo surgido ainda na Atenas antiga, por volta do século VI a. C., o conceito de democracia atravessou os séculos e chegou até nossos dias para se tornar um dos mais basilares princípios da organização social da contemporaneidade. Sua importância é tamanha que mesmo aqueles Estados que claramente não são democráticos — como foi o caso do Brasil durante o chamado “regime militar brasileiro”, que esteve em vigor entre 1964 e 1985 — de uma forma ou de outra se declaram como se o fossem, seja porque realizam eleições periódicas, seja porque permitem o surgimento de partidos políticos (ainda que tanto as eleições quanto os partidos sejam claramente controlados pela cúpula no poder).

Logicamente que a democracia, tanto do ponto de vista teórico quanto prático, não permaneceu a mesma ao longo destes 25 séculos de sua existência. Se em um primeiro momento a democracia se caracterizava por ser um regime político-jurídico que permitia a participação de todos os cidadãos de maneira direta no processo de criação da lei — ainda que a expressão *todos os cidadãos* correspondesse, à época, a aproximadamente 10% da população total —, a atualidade vê o regime político-jurídico democrático como sendo um *método* por meio do qual as elites governantes são escolhidas para governar por determinado período de tempo. Não há dúvidas de que a ideia de democracia como *valor jurídico* permanece, mas também é obrigatório reconhecer que sua aplicação é vista muito mais como um *método*, ou seja, como *regras do jogo* que, sendo conhecidas e aceitas por todos os envolvidos, legitimam o sistema.

Um dos elementos fundamentais para a existência de um regime político-jurídico democrático são os *partidos políticos*. Vistos como a instituição representativa *por excelência* dos cidadãos, as constituições contemporâneas em geral dão aos partidos políticos a primazia de serem os únicos mecanismos por meio do qual o povo exerce seu poder político, já que os partidos detêm o monopólio de lançamento das candidaturas para o poder Legislativo. Posto em outras palavras, significa dizer que compete aos partidos políticos a representação da vontade popular por meio da colocação em prática de políticas públicas que concretizem a vontade do cidadão — vontade esta expressa por meio das urnas conforme a identificação, em tese *ideológica*, do próprio cidadão às

propostas expressas pelos partidos políticos. É neste contexto que se torna possível falar que o Estado democrático de direito surgido a partir da metade do século XX é um Estado que fundamenta em uma *democracia de partidos*, ou seja, em uma *democracia partidária*.

Entretanto, este sistema apresenta sinais de *cansaço*. Pesquisas comprovam que o cidadão tem cada vez mais se desinteressado por participar por meio de eleições, seja por meio do crescente número de abstenções, seja pela alta volatilidade eleitoral (ou seja, mudanças constantes no voto), seja ainda pela falta de identificação partidária (entendida como a redução constante do número de filiados aos partidos políticos). Além disso, uma vez que a participação política do cidadão parece estar sempre vinculada a um *direito individual*, e não a um *dever para com a coletividade*, esta participação acaba sendo diminuída, já que se esgota em mais uma das (inúmeras) liberdades que o cidadão possui, não recebendo por parte do próprio cidadão a devida importância que a vida em coletividade exige. O próprio sistema político-jurídico de representação partidarizada, fundamentado em ligações partidárias que no Brasil na maioria absoluta das vezes se desfazem após o período eleitoral, acaba por romper o vínculo político-jurídico existente entre eleito e eleitor, fragilizando, consequentemente, a representação. Assim, parece haver crescente descrédito com a representação partidarizada, o que leva o cidadão a não participar politicamente — inclusive a não participar de maneira consciente — o que, em um *círculo vicioso*, reforça o descrédito na representação.

E isto é muito ruim, já que o desinteresse do cidadão pela esfera coletiva, pela *res publica*, acaba lhe trazendo prejuízos. Ora, se uma das características de um regime político-jurídico democrático é justamente a capacidade de resposta que tal regime pode dar às demandas populares, o desinteresse do cidadão pela esfera coletiva faz com que o Estado atue sem controle, o que fragiliza não apenas a atuação do Estado e a representação política, mas também, em última instância, os próprios direitos fundamentais do cidadão, especialmente o direito fundamental à cidadania.

Em tal situação de diminuição da legitimidade democrática dos partidos políticos torna-se necessária a busca de novas formas de pensar a democracia partidária de maneira a revitalizá-la. Neste sentido, é fundamental destacar que a preocupação do cidadão com a *coisa pública* não é apenas um dever *moral* — entendendo-se por *dever moral* a ideia de que compete a todos pensar no que é coletivo por ser bom a todos —, mas também é sobretudo um dever *jurídico*, neste caso um *dever fundamental*, o qual precisa ser concretizado nas ações dos cidadãos em sua vida em coletividade.

Desta maneira, a proposta a ser apresentada neste texto está diretamente relacionada à necessidade de se repensar a democracia partidária com base na ideia de dever fundamental do cidadão frente à coletividade. Por ou-

tras palavras, propõe-se como obrigatória a realização de determinadas alterações legislativas que, com base no conceito de *deveres fundamentais*, levem o cidadão a maior participação política, com conseqüente aumento da representatividade, por um lado, e da *accountability*, por outro — já que também os partidos políticos devem se submeter ao regime dos deveres fundamentais, portanto prestando contas de suas ações aos cidadãos.

Para que tal objetivo seja atingido propõe-se uma reestruturação da maneira pela qual o cidadão pode participar em uma democracia partidária considerando-se a necessidade de real exercício do dever fundamental de participação para a concretização da cidadania como direito fundamental. A proposta está dividida em três partes: 1) Fim das coligações partidárias *pro tempore* e estabelecimento, se for o caso, de *federações partidárias*; 2) Implantação do sistema proporcional de lista fechada, em substituição à atual lista aberta; 3) Criação do mecanismo de eleições populares prévias às convenções partidárias para a escolha dos candidatos.

2. A CIDADANIA COMO DEVER FUNDAMENTAL

É fato que o quadro político-jurídico da representação no Brasil precisa ser alterado. A cidadania e os direitos políticos, como direitos fundamentais que são, não têm vindo a ser eficazes, especialmente quando se verifica que os vínculos entre representantes e representados efetivamente deixou de existir. Ora, se a representação política é entendida como a “possibilidade de controlar o poder político, atribuída a quem não pode exercer pessoalmente o poder” fundamentada em verdadeiro mecanismo de controle do governante pelo governado², e se a representação é entendida como um dos pilares da democracia atual, parece ser claro que a representação efetiva deixa gradativamente de existir quanto mais fragmentada for a sociedade. Assim, não se vislumbra qualquer possibilidade de manutenção da atual estrutura conforme anteriormente descrita sob pena de, cada vez mais, gerarem-se prejuízos para a cidadania no Brasil, já que a ausência de representatividade decorrente deste estado de coisas cria déficits democráticos cada vez maiores, o que vem, em última instância, a fragilizar a democracia brasileira.

Um mecanismo que ganha importância no processo de alteração do paradigma atualmente em vigor diz respeito à possibilidade de ampliar o grau de participação política por parte do cidadão de maneira que este possa, efetivamente, tomar decisões políticas que sejam refletidas em seu dia a dia. Em

² COTTA, Maurizio. Verbete “representação política”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. Carmen C. Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacais. 11 ed. Brasília: UnB, 1998, p. 1102.

outras palavras, torna-se premente reverter os problemas anteriormente elencados no que concerne à falta de interesse do cidadão a respeito da *res publica* de maneira que a participação política volte a criar aquilo que dela se espera — representação com fortalecimento da democracia³.

Na eventual alteração do atual paradigma representativo-democrático não se vislumbra um retorno à democracia direta nos moldes da Atenas antiga. Para além da clara diferenciação a respeito de quem eram considerados como cidadãos naquele momento⁴ em comparação com a atualidade⁵, torna-se materialmente inviável, devido ao grande número de cidadãos, sua interferência em *todos* os aspectos da vida em coletividade⁶. Além disso, importância deve ser dada à necessidade de existência de um mecanismo de controle jurisdicional que evite a instauração de verdadeira *tiranía da maioria*⁷.

³ Dentre as propostas por maior participação cidadã destacam-se as iniciativas referentes à cidadania ativa, que defendem um maior envolvimento do cidadão junto ao processo de criação das políticas públicas. Por todos ver MORO, Giovanni. **Active citizenship as phenomenon and concept**. Paper apresentado no Congresso do Instituto Internacional de Sociologia. Tel Aviv: 15 de julho de 1999.

⁴ Estima-se que os cidadãos atenienses — ou seja, aqueles a quem eram atribuídos o que hoje chama-se de “direitos políticos” — correspondiam a apenas 10% da população total: aos escravos, idosos, mulheres, estrangeiros e homens livres sem descendência grega não era dado o direito de participar politicamente, não sendo, portanto, cidadãos no sentido político-jurídico aqui apresentado. MANIN, Bernard. **The principles of representative government**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2002, p. 12, nota 7.

⁵ Para as eleições gerais de 2014 o Tribunal Superior Eleitoral cadastrou o total de 142.822.046 eleitores frente a uma população estimada em 202.768.562 de habitantes — ou seja, tem-se que 70,45% da população total do Brasil são considerados como cidadãos em sentido restrito. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Estatísticas eleitorais 2014**. Estatísticas do eleitorado — Quantitativo / Eleitorado. Quantidade de eleitores no Brasil; BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estimativas populacionais para os municípios brasileiros em 01.07.2014**.

⁶ Ainda que existam aqueles, como Canotilho, que acreditam na viabilidade da **democracia eletrônica**. Como este não é o foco em debate, a democracia eletrônica não será aqui analisada.

⁷ No senso comum democracia corresponde à **vontade da maioria**. Tal visão não deixa de ser enganadora, já que a **vontade da maioria** se relaciona apenas à “forma de exercício de poder”, ou seja, é um “meio de ação” sem, necessariamente, ser “fonte de verdade ou de justiça”. Desta maneira, é impossível aceitar um regime político-jurídico como democrático apenas pela existência de mecanismos que permitam ao cidadão a expressão de sua vontade política: além destes, torna-se fundamental a existência de mecanismos que possam ser eventualmente **contra-majoritários** com o objetivo de se evitar o massacre das minorias pelas majorias, especialmente pelo fato destas serem conjunturais, temporárias, nunca permanentes ao longo do tempo (ao menos assim se espera em um regime democrático). Ora, a eventual ausência de um sistema de jurisdição constitucional iria, sem dúvida, infringir os direitos fundamentais da minoria, infringindo-se, desta maneira, sua própria dignidade humana. Portanto, por objetivar a garantia do pluralismo, dos direitos das minorias e ainda a possibilidade de alternâncias de poder e de surgimento de alternativas, ou seja, de maneiras diferentes de se pensar o mesmo problema — já que “o sistema democrático é o único que pressupõe o convívio das diferenças — é que se torna fundamental a existência de um mecanismo de jurisdição constitucional firmemente estabelecido na Constituição. A este respeito ver MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo VII. Estrutura constitucional da democracia. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 88-97.

Em vez da defesa de uma democracia direta, a perspectiva que se descortina para que haja maior participação política dos cidadãos se vincula à alteração do atual quadro partidário brasileiro de maneira que sejam criados elementos que permitam a concretização do necessário vínculo entre representante e representado que torne factível, do ponto de vista político e principalmente jurídico, a concretização da vontade popular por parte do seu representante, havendo, desta maneira, associação entre o que um deseja e o que o outro concretiza. Neste contexto são apresentadas a seguir três propostas para o revigoramento do caráter representativo da democracia brasileira.

Uma primeira ação que se vislumbra como necessária no Brasil refere-se não tanto a aspectos jurídicos propriamente ditos, ou seja, não tanto em relação a alteração de normas, mas sim uma alteração na forma como a própria doutrina, mecanismo fundamental para a divulgação de ideias na seara jurídica, enxerga e analisa o conceito de cidadania. Além disso, ou seja, do reconhecimento de que é preciso a reinterpretação do conceito, parece ser patente que esta reinterpretação precisa vir acompanhada de elementos metajurídicos, já que se torna necessário alterar o *sentido* que se dá ao termo.

Em outras palavras, o que se busca aqui apresentar é que a ideia de cidadania no século XXI não pode mais estar relacionada única e exclusivamente a questões eleitorais como ocorre na atualidade⁸. Em tempos de uma interpretação constitucional pós-positivista⁹, compreender a cidadania no que concerne ao exercício dos direitos políticos como um conceito estanque que descreve a atividade única de exercício do sufrágio — e isto em sua vertente ativa, ou seja, relacionada ao ato de votar, quase nunca ao ato de ser votado¹⁰

⁸ “Proponho dividir a cidadania em três partes. [...] Chamo estas três partes, ou elementos, de civil, político e social. [...] Por elemento político me refiro ao **direito** de participar no exercício do poder político, como um membro de um corpo investido de autoridade política ou como eleitor dos membros de tal corpo. As instituições correspondentes [ao elemento político] são o Parlamento e os conselhos do governo local”. Esta definição de cidadania, que apesar de ser da década de 1950 continua a ser utilizada nos dias atuais, precisa urgentemente ser reformada. MARSHALL, T. H. Citizenship and social class. In: MANZA, Jeff; SAUDER, Michael. **Inequality and society**. Nova Iorque: W. W. Norton and Co., 2009, p. 148-9. Tradução livre. Itálico adicionado.

⁹ No âmbito do constitucionalismo latino-americano no qual o Brasil se insere muito tem sido debatido a respeito da ideia de **neoconstitucionalismo**. Este conceito, que Barroso chama de **pós-positivismo**, é visto como uma “terceira via” no Direito Constitucional atual, já que seria uma espécie de “resposta” à “superação histórica do jusnaturalismo”, por um lado, bem como ao “fracasso político do positivismo”, por outro. Desta forma tem-se que “o **pós-positivismo** é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem algumas ideias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada **nova hermenêutica**”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 264. Ver também MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 75-6.

¹⁰ Devido a limitações de ordem material (financeira) e não jurídicas.

— é limitar todas as potencialidades que o conceito exprime, especialmente quando relacionado à ideia de dignidade humana.

O constitucionalismo do século XXI pressupõe não apenas a existência, no texto constitucional, *na letra da lei*, de determinado direito ou garantia fundamental: para além disso, é necessária sua *concretização efetiva* na realidade prática do cidadão. Partindo-se daquilo que Mendes chama de “materialização da Constituição”¹¹ e novamente retornando a Barroso, o pós-positivismo busca fazer com que *valores* sejam utilizados na interpretação jurídica, ou seja, fazer com que o Direito seja entendido não apenas com base naquilo que está literalmente escrito mas também com base em valores (morais, inclusive) que promovam verdadeira reaproximação entre o Direito e a ética¹².

Tais valores, entretanto, e no âmbito daquilo que concerne à cidadania, não são valores morais individuais, os quais são subjetivos e variam de pessoa para pessoa. Os valores aos quais aqui se está a referir são aqueles valores comunitários que vinculam a todos e que se relacionam à proposta dos *deveres fundamentais*. Em outras palavras, deve-se ter em mente que o exercício da cidadania não pode ser entendido meramente como um *direito*, que é a concepção atualmente utilizada, mas sim como verdadeiro *dever fundamental*, significando a defesa da existência de um verdadeiro *dever fundamental de participação política* em sentido amplo e não apenas na existência do *dever fundamental de votar*, o qual se apresenta, no contexto do exercício da cidadania, como tendo um sentido bastante restrito.

Não se pode conceber o exercício, por parte dos cidadãos, dos direitos inerentes à cidadania sem a devida contraprestação, por parte destes mesmos, de *algo* à sociedade — ou seja, sem o exercício dos deveres também inerentes ao conceito de cidadania. Se por um lado a cidadania possui inegável caráter de afirmação da própria dignidade humana em termos individuais — e, como tal, deve ser protegida de toda e qualquer interferência externa, seja por parte do Estado, seja por parte dos demais cidadãos —, parece ser também inegável que a dignidade também é reafirmada por meio do exercício de deveres para com a coletividade¹³. Neste contexto torna-se claro que a ideia abstrata de *cidadão* pressupõe o exercício de direitos e de *deveres*, ou seja, de compromissos, em relação ao espaço coletivo em que se vive.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 75.

¹² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 271-2.

¹³ “É inconcebível que os indivíduos sejam titulares de direitos e poderes sem possuírem deveres, ora com a pátria, ora com o Poder Público, ora com a sociedade, ora com os mais fracos e necessitados, ora com os demais sujeitos do grupo que integram e, noutras vezes, com indivíduos que nem sequer conhecem”. LIMA, Francisco Gérson Marques de. Os deveres constitucionais: o cidadão responsável. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ,

Já dizia Aristóteles que o ser humano é um ser gregário. Neste sentido a vida em sociedade se apresenta não apenas como uma consequência natural do desenvolvimento humano — no sentido de aumento da população dentro de determinado território — mas também, e talvez principalmente, como uma *necessidade* para o indivíduo. Em outras palavras, Aristóteles não concebia a possibilidade de um ser humano viver sozinho no mundo, já que era a *socialidade*, ou seja, o instinto social, ou ainda a necessidade de relacionamento com os demais, que permitiria ao ser humano atingir todo o seu potencial¹⁴.

Esta vida em sociedade, contudo, não poderia ser vista sob o prisma individual e utilitarista, em que o indivíduo buscaria o melhor para si sem se preocupar com os demais. Pelo contrário: para Aristóteles o ser humano precisaria ser um “bom homem”, ou seja, ser virtuoso para consigo mesmo, *ao mesmo tempo* em que buscaria ser um “bom cidadão”, isto é, ser virtuoso para com a coletividade. Assim, em verdadeiro círculo *virtuoso*, a busca do bem para si mesmo por parte de cada componente daquela coletividade levaria ao Bem Comum, o qual, por sua vez, afetaria positivamente o bem de cada indivíduo¹⁵. Apenas agindo desta maneira, ou seja, apenas agindo em busca do bem para si mesmo (“bom homem”) e também em busca do Bem Comum (“bom cidadão”) poderia o indivíduo tornar-se um ser humano de virtude — ou, por outras palavras, tornar-se um ser humano *justo* —, sendo este o objetivo maior para Aristóteles.

Vale ainda destacar que o homem justo aristotélico só surgiria como resultado da atividade prática do indivíduo. Por outras palavras, não bastaria ao indivíduo conhecer a justiça em seu aspecto teórico: apenas a prática quotidiana da justiça poderia fazer com que o ser humano fosse realmente justo, já que sem conhecimento prático o indivíduo não tomaria conhecimento a respeito daquilo que fosse necessário para que se atingisse o bem para si e para os demais. A prática levaria ao hábito, o qual, por sua vez, se tornaria o responsável direto pelo comportamento virtuoso do ser humano¹⁶.

O que se está a falar aqui não são meras “divagações filosóficas”, mas sim a demonstração de que a preocupação que o ser humano deve ter para com o coletivo não é tema novo. Desde tempos antigos enfatiza-se a premência que a atuação do indivíduo para com a *polis* tem para seu próprio desenvolvimento como ser humano, em verdadeiro círculo virtuoso, de maneira que a preocupação do indivíduo para com aquilo que ocorre com sua coletividade também lhe diz respeito por gerar reflexos em sua própria vida particular.

Fayga Silveira (coords.). **Constituição e democracia**. Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 140.

¹⁴ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia do direito**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 92.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*, p. 94-5.

É interessante notar que as *Declarações de direitos* do século XVIII também retomaram a ideia de deverosidade do indivíduo para com a coletividade, desta vez não apenas em sentido ético ou moral mas também jurídico. Neste sentido, se por um lado o artigo II da *Declaração de direitos do bom povo da Virgínia* traz que “todo poder é inerente ao povo”, reconhecendo-se a cada um o *direito* de participar da condução dos assuntos comunitários, por outro o artigo VI desta mesma *Declaração* traz que o direito de sufrágio deve ser garantido a todos os homens “que deem provas suficientes de *interesse permanente pela comunidade*”, não podendo tais homens se submeterem a leis com as quais “*não hajam consentido para o bem público*”¹⁷. Parece ser claro já nesta *Declaração*, apesar do contexto liberal na qual surgiu, que o exercício da cidadania sob um ponto de vista individualista ou atomístico, como o é nos dias atuais, não colabora em nada para o desenvolvimento da sociedade como um todo.

Portanto, a cidadania precisa ser reinterpretada em sua face de dever fundamental de preocupação do indivíduo com sua coletividade para além dos moldes atualmente estabelecidos — ou seja, do mero¹⁸ direito de votar e ser votado. Esta preocupação não deve ser vista apenas como uma necessidade moral, ou seja, apenas como uma concepção que implique ao indivíduo ter ações éticas *porque são boas* — como já dito algures, não porque não se espere tais ações dos indivíduos, mas sim porque ações morais não podem ser exigidas juridicamente na forma de um dever fundamental. Por outro lado, quando se entende que a cidadania implica no dever fundamental juridicamente estabelecido de compromisso do cidadão para com a coletividade passa-se a ser possível exigir, sob o prisma jurídico-constitucional, que o cidadão apresente-se de maneira consciente e responsável perante os demais¹⁹ — o que, a se transformar em prática *quotidiana* nos moldes aristotélicos, pode vir a trazer benefícios para todos.

É possível que se questione que a cidadania em sentido restrito já está estabelecida, no sistema constitucional brasileiro, como dever fundamental²⁰.

¹⁷ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Declaração de direitos do bom povo de Virgínia — 1776**. Itálico adicionado.

¹⁸ Não se pretende, com o adjetivo “mero”, afirmar que o direito de votar e de ser votado é desnecessário ou irrelevante, mas sim apenas que se configura como insuficiente para o exercício amplo da cidadania nos termos defendidos nesta proposta.

¹⁹ LIMA, Francisco Gérson Marques de. Os deveres constitucionais: o cidadão responsável. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (coords.). **Constituição e democracia**. Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 165.

²⁰ O direito ao sufrágio está previsto no *caput* do artigo 14, enquanto o dever fundamental de votar está previsto no § 1º deste mesmo artigo: “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...] § 1º O alistamento eleitoral e o voto são: I — **obrigatórios** para os maiores de dezoito anos;” BRASIL. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 88 de 07 de maio de 2015. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 8. Itálico adicionado.

Da mesma maneira, seguindo-se a ideia de necessidade de intervenção do legislador ordinário para o estabelecimento dos critérios de exercício do dever fundamental por um lado e de eventuais sanções pelo seu descumprimento por outro, percebe-se que ambos — tanto os critérios quanto as sanções — já estão explicitamente definidos no ordenamento infraconstitucional brasileiro²¹, vindo portanto a caracterizar-se o dever jurídico do sufrágio²².

Entretanto, conforme já explicitado, o dever fundamental de participação nos moldes atualmente definidos não concretiza aquilo a que se propõe²³, sendo clara a necessidade de sua reformulação de maneira a garantir meios mais efetivos de participação — que gerem verdadeira representação política — bem como meios de acesso aos direitos que compõem a seara social da cidadania, e ainda de formas de exercício dos deveres fundamentais que, em última instância, reforçam a própria dignidade humana²⁴. Só assim, com maior envolvimento do cidadão com a *coisa pública*, poderá ser possível fazer com que estes saiam da verdadeira inércia e apatia em que atualmente se encontram, inércia esta que, sem dúvida, acaba por ser a origem de inúmeros problemas institucionais, políticos e sociais da atual sociedade brasileira²⁵.

3. PRIMEIRA PROPOSTA: CRIAÇÃO DE *FEDERAÇÕES PARTIDÁRIAS* EM SUBSTITUIÇÃO ÀS ATUAIS COLIGAÇÕES

Conforme explicitado anteriormente, as coligações eleitorais nos moldes atualmente existentes no Brasil enfraquecem a representação política por gerarem desinteresse no cidadão. Da mesma maneira, as coligações também contribuem para a quebra do vínculo representativo entre eleito e eleitor, o

²¹ De maneira geral entende-se que o exercício do dever fundamental se dá por meio da realização das eleições, conforme a **Lei das Eleições** (Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997), enquanto as sanções estão previstas especificamente nos artigos 7º e 8º do **Código Eleitoral** brasileiro (Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965).

²² O qual é entendido como “o dever fundamental típico do estado democrático, sem o qual este pode soçobrar sem apelo nem agravo”. NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 237.

²³ Já que a atual configuração do sistema democrático apresenta “um cidadão passivo, carente de proteção estatal, que a tudo espera como direito de contribuir; logo, o sujeito é membro da sociedade, podendo, quando quiser, participar das ‘coisas do Estado’. A perspectiva de **dever**, no entanto, imprime-lhe um caráter ativo, de responsabilidade pelos rumos da nação. Esta visão é a essência do bom cidadão”. LIMA, *op. cit.*, p. 165.

²⁴ Pode-se compreender o dever de escolaridade básica como um dos componentes fundamentais para o exercício efetivo da cidadania, já que “a incapacidade, por falta de uma cultura geral mínima, para seguir de perto e entender com autonomia os assuntos públicos em que se é chamado a participar acaba por transformar os cidadãos, sujeitos desses direitos, em mero objecto da máquina estadual (eleitoral), ou seja, em simples instrumento de funcionamento democrático do estado”. NABAIS, *op. cit.*, p. 385.

²⁵ LIMA, Francisco Gérson Marques de. Os deveres constitucionais: o cidadão responsável. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (coords.). **Constituição e democracia**. Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 177.

que, em última instância, gera déficits de democracia no sistema político-jurídico brasileiro.

Além disso, é possível afirmar que as coligações *pro tempore* existentes no ordenamento jurídico brasileiro infringem princípios basilares do Estado democrático de direito, podendo mesmo serem consideradas como inconstitucionais. Ora, se por princípios entendem-se instrumentos normativos — portanto, de cumprimento obrigatório — que, ainda que não possam moldar especificamente os casos concretos da mesma maneira que o fazem as regras, permitem a extração de direitos e deveres jurídicos²⁶, fica patente que o caráter temporário das coligações se coloca como sendo contrário aos princípios da soberania popular e da representatividade, especialmente quando se considera que o voto do eleitor é efetivamente transferido de um programa político para outro²⁷.

Assim, se se verifica como sendo necessário que esteja claro para o eleitor *quem efetivamente o representa*, de maneira a haver uma via de mão dupla no relacionamento entre eleito e eleitor *durante o exercício do mandato*, e se tal via de mão dupla se torna inexistente, resta concretizada a quebra dos princípios aludidos. Ao mesmo tempo, é necessário que a representação seja perene, ou seja, que a maioria formada no momento da eleição como consequência da coligação partidária — maioria esta que só surge como resultado da expressão da vontade popular — permaneça ao longo do tempo, sob pena de infração ao próprio princípio democrático.

Torna-se clara a necessidade de alterações no ordenamento jurídico no sentido de fazer com que o princípio da soberania popular, o princípio da representatividade e, em última instância, o princípio democrático estejam presentes ao longo do tempo. Neste sentido a primeira proposta que se descortina é a da proibição das coligações partidárias nos moldes atuais — ou seja, com caráter temporário — e a criação, em seu lugar, de *federações partidárias*, isto é, de grupos de partidos políticos que permaneceriam coligados para além do período do processo eleitoral. A proposta corresponde à criação de blocos partidários que, uma vez tendo sido criados nas convenções partidárias dos respectivos partidos membros, permaneceriam unidos durante o exercício da legislatura parlamentar, de maneira a atuar em conjunto durante período de tempo relativamente mais longo do que no modelo atual.

²⁶ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 11 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, p. 36.

²⁷ Neste sentido, “o elemento volitivo patente na eleição habilita então a falar num mandato, na medida em que **são os eleitores que, escolhendo este e não aquele candidato, aderindo a este e não àquele programa, constituindo esta e não aquela maioria de governo**, dinamizam a competência constitucional dos órgãos e dão sentido à actividade dos seus titulares”. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo VII. Estrutura constitucional da democracia. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 73. Itálico adicionado.

A proposta das federações partidárias poderia fazer com que o atual déficit representativo deixasse de ocorrer. Uma vez que a federação partidária surgiria ainda durante o período do processo eleitoral, a mesma apresentaria-se aos cidadãos como verdadeiro *bloco parlamentar* com o objetivo de obter os votos necessários para sua eleição, de maneira semelhante ao que atualmente ocorre com as coligações. No entanto, diferentemente destas — que se dissolvem uma vez proclamado o resultado eleitoral —, o bloco parlamentar seria obrigado a permanecer unido *ao longo do exercício do mandato parlamentar*, de maneira a estar claro para o cidadão que aquele em quem este confiou o seu voto continua a existir e, conseqüentemente, a representá-lo.

O que se pretende com tal proposta é a transformação, em texto constitucional, daquilo que já se desprende da interpretação sistemática dos princípios constitucionais atualmente existentes, ou seja, pretende-se fazer com que os partidos políticos, uma vez que se apresentem como coligações partidárias ao cidadão no momento eleitoral com o objetivo de conseguir seu apoio político por meio do voto, permaneçam juntos também durante o exercício da legislatura, já que os votos foram direcionados à coligação como um todo, concretizando, *efetivamente*, a representatividade e a vontade popular e, em última instância, a cidadania no Brasil.

O estabelecimento de federações partidárias tem ainda a possibilidade de dar maior consistência ideológica às agremiações partidárias brasileiras, as quais têm vindo a ser vistas muito mais como meros “agrupamentos baseados apenas no fisiologismo” cuja atuação serve apenas à satisfação “dos interesses de seus donos”²⁸ e não efetivamente como partidos políticos com função representativa do cidadão. Uma vez que a perspectiva de associação seria de médio-longo prazo (pelo menos 4 anos, duração de um mandato legislativo na Câmara dos Deputados), é possível pressupor que a doutrina política de cada partido voltasse a ter peso no momento da definição dos blocos parlamentares, já que se tornaria inviável a mera junção utilitarista dos partidos com objetivos apenas eleitoreiros e de curto prazo.

Importa também destacar que a proposta de federação partidária permite ainda trazer como consequência a redução do número de partidos políticos, o que traria benefícios para o quadro partidário brasileiro²⁹ devido ao atual

²⁸ Expressões utilizadas pelo Prof. Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho em sua palestra ministrada no dia 8 de abril de 2015 sobre “Democracia e representação” no III Seminário Luso-Brasileiro de Direito. O evento foi organizado pelo Instituto Brasiliense de Direito Público e pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e foi realizado no auditório desta última Instituição.

²⁹ É sabido que todo partido político possui uma doutrina política específica. Neste sentido, a razão levaria a crer que, em sentido inverso, cada doutrina política seria apresentada e representada por determinado partido político. Desta maneira torna-se no mínimo estranha a existência, no quadro partidário brasileiro, de oito partidos políticos que, em sua designação, trazem as palavras “trabalhista” ou “trabalhadores”. Tal estranheza é reforçada quando se percebe que seus respectivos estatutos estabelecem, com palavras diferentes (e às vezes nem tanto), que o

excesso de grupos políticos formalmente estabelecidos como partidos. É de se imaginar que uma vez que as federações precisassem se manter ao longo do tempo, possuindo identidade ideológica mínima, os partidos grandes passariam a não mais se coligar a partidos pequenos, vistos estes não serem mais “interessantes” do ponto de vista da atuação parlamentar (e não meramente instrumental, no momento eleitoral). Assim, a tendência seria de redução do número de partidos, especialmente dos pequenos, seja por meio de sua fusão a outros ou pela sua própria extinção, já que deixariam de ser utilizados como “partidos de aluguel” como ocorre na atualidade.

4. SEGUNDA PROPOSTA: IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE LISTA FECHADA EM SUBSTITUIÇÃO À LISTA ABERTA PARA O SISTEMA PROPORCIONAL

O sistema eleitoral proporcional de lista aberta é uma tradição no ordenamento jurídico brasileiro³⁰. Tendo surgido no Brasil em 1932 com um formato semelhante ao existente atualmente na Suíça, o sistema proporcional se consolidou a partir das eleições de 1945, utilizando-se até 1962 de cédulas impressas pelos partidos, em seguida passando-se a utilizar cédulas oficiais fornecidas pela Justiça Eleitoral e, a partir de 1998, vindo a se utilizar da urna eletrônica, sistema em que cabe ao cidadão a simples tarefa de digitar o número do partido ou o número de seu candidato. É interessante destacar que diferentemente do que ocorre em outros países que também utilizam o sistema, no caso brasileiro nunca aparece o nome de todos os candidatos, cabendo ao cidadão a indicação do nome (ou, no caso atual, do número) do candidato (ou da legenda) a favor do qual quer depositar seu voto³¹.

De maneira sintética é possível afirmar que o sistema eleitoral proporcional de listas partidárias se estrutura de duas maneiras distintas. A primeira delas é a chamada *lista rígida*, (ou *fechada*) em que a ordem dos candidatos indicados pelo partido é definida apenas por este, cabendo aos eleitores votar unicamente na própria lista partidária — ou seja, o voto do eleitor não interfere na posição final do candidato dentro da lista partidária. A segunda maneira é chamada de *lista semilivre* — ou, no caso brasileiro, de *lista aberta* —, situação na qual a ordem final do candidato dentro de sua lista partidária é

objetivo central de suas plataformas políticas é a defesa dos direitos sociais, especialmente aqueles relacionados ao trabalho e aos trabalhadores. Assim, torna-se possível afirmar que a redução do número de partidos é benéfica já que tornaria claro ao eleitor qual partido representa efetivamente qual doutrina política, passando os partidos, portanto, a terem maior sustentação programática.

³⁰ Este é um dos motivos que justifica a proposta de alteração de lista aberta para lista fechada e não o sistema majoritário por distritos (errônea, mas comumente conhecido como **sistema distrital** e sua variante, **sistema distritão**) — o que não significa dizer, em absoluto, que a tradição seja motivo que dê sustentação jurídica à definição de um sistema eleitoral.

³¹ NICOLAU, Jairo. O sistema eleitoral de lista aberta no Brasil. **Dados**. Rio de Janeiro, v. 49, nº 4, 2006. Já a legislação completa do período pode ser vista em MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1120-6.

definida não pelo próprio partido mas sim pelo voto do eleitor, o qual pode ser direcionado tanto para a lista — voto de legenda — quanto para o candidato³².

Ambos os sistemas possuem pontos positivos e negativos. De maneira geral, argumenta-se que a lista fechada tenha como principal problema o fato de que ela favorece o enraizamento de “caciques políticos” na liderança do partido, já que devido ao caráter altamente oligárquico destas instituições na atualidade a tendência seria da manutenção dos “mesmos candidatos” sempre à frente das listas partidárias. Aqueles vistos como “desafetos” ou até como adversários das lideranças partidárias dentro do próprio partido, ou ainda aqueles que têm pouca influência no processo decisório, provavelmente ficariam no final da lista partidária, com pouca ou nenhuma chance de virem a ser eleitos; em outras palavras, ficariam no topo da lista sempre os mesmos, evitando-se a alternância de poder no âmbito interno do partido político, elemento que simboliza a necessária oxigenação do sistema político democrático como um todo. Além disso, corre-se o risco de verem-se diminuídas as relações entre eleito e eleitor, já que a maior preocupação do candidato seria não a de prestar contas junto ao seu eleitorado, mas sim a de galgar posições internas ao partido de maneira a vir a ser colocado o mais próximo possível do topo no momento de definição das listas eleitorais nas próximas eleições. Por outro lado, o principal ponto positivo atribuído à lista fechada se refere ao fato de que este modelo gera, por excelência, uma representação partidarizada, na qual haveria clara associação entre a divulgação de determinada doutrina política e sua correspondente defesa, dentro e fora do Parlamento, pelo partido político — isto sem desconsiderar o fato de que a representação partidarizada é, sem sombra de dúvidas, o modelo ideal em um modelo de democracia que se define como *partidária*³³.

Por sua vez, a lista aberta também tem sua cota de críticas. A primeira delas diz respeito ao fato de que este modelo eleitoral gera forte competição

³² MAROTTA, Emanuele. Verbete “sistemas eleitorais”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. Carmen C. Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacais. 11 ed. Brasília: UnB, 1998, p. 1176. A autora fala ainda na “**lista livre** de tipo suíço, que concede ao eleitor a mais ampla liberdade, podendo ele não só introduzir na lista escolhida qualquer modificação, como servir-se de uma cédula em branco na qual escreve nomes de candidatos de qualquer lista, formando assim uma lista própria”. É o chamado sistema de **voto único transferível**, ou *single transferable vote*, mais conhecido pela sigla *STV* e aplicado, dentre outros países, na Irlanda, na Índia e em Malta. “Este é o sistema que permite o maior grau de escolha entre os proporcionais: o eleitor pode votar em um candidato de qualquer partido, e ordená-lo de acordo com sua preferência. Além disso, ao contrário da lista aberta, o eleitor possui um controle sobre a quem o seu voto será transferido. E em relação aos sistemas de lista, possibilita uma boa chance de um candidato independente ser eleito, já que se vota mais no candidato e nem tanto no partido”. GELAPE, Lucas. Os sistemas eleitorais proporcionais. **Reforma política UFMG**. Como este tipo de lista não corresponde ao foco deste texto, o mesmo não será aqui analisado em detalhes.

³³ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 11 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, p. 129.

intrapartidária, já que os candidatos precisam concorrer não apenas com candidatos de outros partidos mas também com seus próprios correligionários, já que precisam obter mais votos nominais do que seus colegas de partido para que sejam bem posicionados na lista partidária ao final da votação³⁴. Em segundo lugar, o sistema proporcional de lista aberta gera baixa representatividade, já que os cálculos eleitorais permitem que candidatos nominalmente menos votados sejam eleitos em detrimento de outros que nominalmente tenham obtido mais votos³⁵. Em terceiro lugar chama a atenção o fato de que nas eleições pela lista aberta as campanhas ficam extremamente centradas nos candidatos e não nos partidos, o que gera extrema personalização de um lado e contribui para o contínuo enfraquecimento das plataformas partidárias por outro³⁶. Por fim, mas não menos importante, o sistema gera certa irresponsabilidade dos candidatos/eleitos junto ao eleitor, já que o fenômeno da transferência de votos faz com que o vínculo entre ambos seja enfraquecido, isto quando nem mesmo existente. Do ponto de vista positivo tem-se que a lista aberta permite maior flexibilidade ao eleitor, ou seja, prioriza sua liberdade individual de escolha, já que ele pode votar no partido ou diretamente no candidato — sendo que, neste caso, pode o eleitor alterar, por meio do seu voto, a ordem da própria lista partidária, de maneira a possuir o controle de quem vem a ser eleito, e não o partido³⁷.

Com base nos aspectos positivos e negativos dos dois sistemas apresentados, propõe-se aqui que seja feita alteração legislativa a respeito do modelo atualmente utilizado no Brasil, passando-se do sistema de lista aberta para o

³⁴ A competição eleitoral acirrada, em consequência, torna as campanhas eleitorais mais caras, conforme exposto anteriormente neste texto.

³⁵ A respeito da falta de representatividade, registrem-se duas situações específicas. A primeira delas diz respeito aos cálculos dos quocientes eleitoral e partidário, que permitem que um candidato com 275 votos no estado de São Paulo — o mais populoso do Brasil — tenha sido eleito deputado federal em 1998. A segunda, talvez ainda mais absurda, seja a possibilidade dada a candidatos que não obtêm nenhum único voto e, mesmo assim, são eleitos. As situações estão em MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1219.

³⁶ NICOLAU, Jairo. Como aperfeiçoar a representação proporcional no Brasil. **Revista Caderno de Estudos Sociais e Políticos**. V. 4, n. 7, jan-junho 2015, p. 108. Neste mesmo sentido o autor afirma, à pág. 109, que “é sintomático que a legislação obrigue os candidatos a apresentar o seu partido no material durante o horário de propaganda eleitoral”, de maneira a mostrar que se assim não o fosse talvez os candidatos apresentar-se-iam apenas, e não aos seus respectivos partidos.

³⁷ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 11 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, p. 127. É curioso notar que o sistema proporcional de lista aberta conforme os moldes brasileiros só existe em três outros países, quais sejam, Finlândia, Peru e Polônia, conforme NICOLAU, *op. cit.*, p. 104. Por sua vez, MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, à pág. 1127, cita Walter Costa Porto e sua obra **A mentirosa urna**, São Paulo, pág. 163 e ss. (itálico adicionado), em que este faz verdadeira síntese do sistema proporcional de lista aberta no Brasil: “Votando num candidato, de fato o eleitor indica, de uma vez, uma preferência e um partido. Seu voto parece dizer: ‘Desejo ser representado por um tal partido e mais especificamente pelo Sr. Fulano. Se este não for eleito, ou for de sobra, **que disso aproveite todo o partido**’.”

sistema de lista fechada. Neste sentido é relevante que sejam analisados os seguintes pontos: 1) A constitucionalidade da alteração legislativa; 2) A concretização, no sistema político-jurídico de representação no Brasil, dos pontos positivos da lista fechada; 3) O afastamento, ao máximo possível, dos pontos negativos da lista fechada, especialmente no que concerne à garantia do princípio democrático, do princípio da soberania popular e do princípio da representatividade.

4.1. A conformidade com a Constituição da alteração legislativa proposta

Não se poderia vislumbrar algum tipo de alteração legislativa a respeito do sistema eleitoral brasileiro que pudesse, em última instância, ser considerada como inconstitucional³⁸. Neste sentido, compete aqui fazer uma análise prévia do tema de maneira a se responder à seguinte pergunta: a alteração do sistema eleitoral proporcional de lista aberta para lista fechada no Brasil é constitucional ou inconstitucional?

A inconstitucionalidade de determinada legislação pode ser analisada em dois aspectos, quais sejam, do ponto de vista formal e do ponto de vista material. A inconstitucionalidade por vício formal existe quando se verifica que o processo legislativo que deu origem à lei esteve eivado de irregularidades. Por sua vez, a inconstitucionalidade material se relaciona ao conteúdo da norma, que será inconstitucional caso afronte os princípios e regras fundantes previstos na Constituição em questão³⁹. A inconstitucionalidade formal, até mesmo pela sua própria definição, só pode ser analisada *a posteriori*, já que ela se refere ao procedimento utilizado para a elaboração da lei⁴⁰. Resta, portanto, realizar a análise material, ou seja, saber se eventual revisão da legislação constitucional infringe as regras e princípios basilares do sistema constitucional brasileiro.

A previsão constitucional do sistema proporcional situa-se no artigo 45, que diz que “a Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo *sistema proporcional*, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal”⁴¹. Fala-se apenas em “sistema proporcional”, sem deixar explícito

³⁸ De maneira simples tem-se que “**inconstitucional** é toda a lei que viola os preceitos constitucionais”. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed., 16 reimp. Coimbra: Almedina, 2014, p. 947.

³⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed., 16 reimp. Coimbra: Almedina, 2014, p. 959-60; no mesmo sentido MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1633-7, *passim*.

⁴⁰ No caso em tela, eventual revisão do texto constitucional, por um lado, e eventual revisão do texto infraconstitucional, por outro.

⁴¹ BRASIL. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 88 de 07 de maio de 2015, p. 16. *Itálico adicionado*. Ressalta-se que os demais cargos que têm seus membros escolhidos pelo sistema proporcional são assim

se o mesmo é de lista aberta ou lista fechada. O texto constitucional, portanto, não traz em si mesmo nenhum tipo de impedimento textual à alteração legislativa referente ao tipo de lista eleitoral a ser utilizado no Brasil — o que significa dizer que o legislador ordinário tem competência para definir de que maneira as listas partidárias serão estruturadas⁴².

O § 4º do artigo 60 da Constituição de 1988 — que traz as chamadas *cláusulas pétreas* — estabelece os limites materiais do poder de revisão constitucional e, da mesma maneira, estabelece as traves mestras no que concerne à interpretação da (in)constitucionalidade material da legislação ordinária, já que tais cláusulas trazem em si os elementos e princípios essenciais da ordem constitucional brasileira⁴³. Assim, ficam protegidos de qualquer tentativa de ruptura — seja por alteração ou por esvaziamento de conteúdo — a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais⁴⁴.

Mesmo que se considere a distinção entre limites materiais explícitos e implícitos das cláusulas pétreas⁴⁵, está claro que não há nenhum mecanismo que impeça a alteração da legislação ordinária brasileira no sentido de se alterar o sistema proporcional de lista aberta para lista fechada, tanto no aspecto constitucional quanto infraconstitucional. Significa dizer que uma eventual alteração deste tipo não infringiria nenhum dos fundamentos do Estado brasileiro da mesma maneira que não alteraria nenhum dos direitos e garantias fundamentais já estabelecidos e consolidados no ordenamento jurídico e na

definidos por referência explícita ou implícita a este mesmo artigo 45, de maneira que não serão citados nesta parte deste texto.

⁴² Este é o entendimento de Mendes ao afirmar que “é certo, por isso, que o legislador disporia de alguma discricionariedade na concretização de um sistema proporcional, inclusive o sistema de lista partidária fechada ou o sistema de lista com mobilidade [lista aberta]”. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1119.

⁴³ As chamadas **cláusulas pétreas** correspondem àqueles temas que, considerados pelo legislador constituinte originário como fundantes do Estado brasileiro, não podem vir a ser alterados por meio de Proposta de Emenda à Constituição, a não ser que tais alterações tenham por objetivo a ampliação de tais elementos. MENDES, Gilmar Ferreira. **Limites da revisão: cláusulas pétreas ou garantias de eternidade**. Possibilidade jurídica de sua superação. **Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (Ajuris)**, 60/251, *apud* SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 122.

⁴⁴ Apesar do texto constitucional trazer a expressão “direitos e garantias **individuais**”, o que poderia levar ao entendimento de que os direitos e garantias **coletivos** — ou seja, sociais — não fariam parte do núcleo essencial da Constituição, a maioria da doutrina considera, com base na interpretação sistemática do texto constitucional, que a expressão seja sinônimo de “direitos e garantias **fundamentais**”, de maneira a englobar não apenas os direitos sociais mas também os direitos de nacionalidade, políticos, aqueles vinculados a partidos políticos e ainda outros direitos de caráter fundamental que não estejam formalmente inseridos no Título II da Constituição mas sim dispersos no texto constitucional — tal como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que se encontra no artigo 225. Acerca deste debate ver, por todos, SARLET; MARINONI; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 130-8.

⁴⁵ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 123-6.

jurisprudência brasileiras, sendo tal eventual alteração, portanto, inteiramente constitucional.

4.2. A concretização, no sistema político-jurídico de representação no Brasil, dos pontos positivos da lista fechada

Dado o contexto político-jurídico brasileiro, e especialmente quando se considera o fato de que o atual sistema de representação não concretiza os princípios fundantes do Estado brasileiro no que concerne à cidadania e à democracia, a implantação do modelo de lista fechada se configura como elemento indispensável para que a maior parte dos problemas anteriormente apresentados sejam solucionados, como se verá a seguir.

O sistema eleitoral de lista fechada tem três pontos que são considerados como positivos pela doutrina do direito eleitoral. O primeiro deles se refere à clara *partidarização* na escolha eleitoral, já que o eleitor irá votar diretamente no partido e não em seus candidatos — o que traz como benefício associado a lembrança do eleitor em relação ao seu voto, elemento fundamental para o exercício da fiscalização posterior do eleito por parte do cidadão. Em segundo lugar, afirma-se que no sistema de lista fechada os dirigentes partidários têm muito mais controle sobre quais candidatos serão eleitos, já que são estes dirigentes que, em geral, definem a ordem em que os candidatos aparecerão na lista, o que fortalece a fidelidade partidária. Por fim, a lista fechada facilita o controle de gastos de campanha, inclusive reduzindo-os, já que a propaganda eleitoral é feita diretamente pelo partido, que pede votos para si mesmo, e não pelos próprios candidatos⁴⁶.

Em primeiro lugar, é importante destacar o entendimento que se tem a respeito da expressão “*partidarização* na escolha eleitoral”. Com tal expressão não se está a afirmar que a lista fechada irá fazer com que os cidadãos votem em partidos, deixando implícito o entendimento de que isto não ocorre no atual sistema de lista aberta. Conforme explicado anteriormente, no sistema atual *a votação já é partidarizada*, ou seja, o eleitor já vota no partido, ou ainda, todos os votos já são direcionados a partidos ou coligações. Neste sentido vale lembrar que o método utilizado para o cálculo do quociente partidário implica na realização de somatório de todos os votos dados pelos eleitores a todos os candidatos de um partido ou coligação para só então, em um segundo momento — no qual já se sabe quantas vagas cada partido ou coligação terá — fazer a classificação interna com base no número de votos que cada candidato recebeu. Em resumo é possível afirmar que no atual sistema de lista aberta em

⁴⁶ NICOLAU, Jairo. Voto personalizado e reforma eleitoral no Brasil. In: SOARES, Gláucio Ary Dillon; RENNÓ, Lucio R. (orgs.). **Reforma política**: lições da história recente. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 31; FLEISCHER, David. As eleições municipais no Brasil: uma análise comparativa (1982-2000). **Opinião pública**. Campinas, Vol. III, nº 1, 2002, p. 92.

um primeiro momento não importa a quem o voto foi dado — se ao candidato “A” ou “B” ou se ao partido —, já que os cálculos eleitorais são feitos com base no número de votos do partido ou coligação e não dos candidatos individualmente⁴⁷.

O problema é que o cidadão brasileiro, de maneira geral, desconhece o mecanismo acima descrito. Na realidade o que se verifica é que as eleições proporcionais são “contaminadas” com a mentalidade da eleição majoritária⁴⁸ de forma que o cidadão acaba por associar uma à outra e por acreditar que os deputados a deputado federal mais votados são aqueles que virão a ser eleitos — o que, conforme já demonstrado, raramente ocorre. Desta maneira, ao votar em uma eleição proporcional *acreditando que o método de escolha é idêntico ao da eleição majoritária* o resultado não poderia ser outro que não os sentimentos de *falta de representatividade* — já que como os cálculos são feitos com base no

⁴⁷ Em síntese, “‘fechar’ a lista não faz com que os votos passem a ser dados aos partidos ou coligações, pois eles já lhes são dados”. RABAT, Márcio Nuno. **Análise crítica da reforma política**. Novembro de 2009, p. 8.

⁴⁸ Dentre os argumentos a respeito da contaminação de uma eleição por outra destacam-se dois. O primeiro tem caráter institucional: por ser um país com sistema de governo presidencialista, no Brasil o presidente da República acaba por ser a figura política mais importante do país. Por sua vez, ao ser eleito pelo sistema majoritário — assim como os governadores das unidades da federação e os prefeitos dos municípios, também chefes do poder Executivo —, a impressão que fica ao cidadão é a de que estarão eleitos para todos os cargos aqueles que forem os mais votados. Ver a este respeito pesquisa citada na nota nº 197 deste texto, além de NICOLAU, Jairo. Como aperfeiçoar a representação proporcional no Brasil. **Revista Caderno de Estudos Sociais e Políticos**. V. 4, n. 7, jan-junho 2015, p. 105-7, e ainda VOGEL, Luiz Henrique. **O sistema proporcional de lista preordenada**. Novembro de 2011, p. 8-9. O segundo motivo é de caráter histórico e se relaciona ao patrimonialismo (ainda) presente nas relações de representação político-jurídica no Brasil, que vem a se caracterizar por meio do patrimonialismo (ainda) presente nas relações sociais entre os cidadãos brasileiros. Ainda mais, destaca-se que o patrimonialismo acaba por reforçar a proeminência do poder Executivo com a consequente desvalorização, aos olhos do cidadão, do papel desempenhado pelo poder Legislativo. Neste sentido o poder Executivo se torna a esfera mais importante do poder político, do qual torna-se quase necessário se aproximar — especialmente porque é nele, no poder Executivo, que se encontra o “salvador da pátria”. A respeito do impacto destas ideias no processo de formação da cidadania brasileira ver CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**. O longo caminho. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. O autor, à pág. 222-4, *passim*, faz uma síntese da situação: “As eleições legislativas sempre despertam menor interesse do que as do Executivo. A campanha pelas eleições diretas [em 1985, campanha esta pela redemocratização do Brasil] referia-se à escolha do presidente da República, o chefe do Executivo. Dificilmente haveria movimento semelhante para defender eleições legislativas. Nunca houve no Brasil reação popular contra fechamento do Congresso. Há uma convicção abstrata da importância dos partidos e do Congresso como mecanismos de representação, convicção esta que não se reflete na avaliação concreta de sua atuação. O desprestígio generalizado dos políticos perante a população é mais acentuado quando se trata de vereadores, deputados e senadores. [...] A representação política não funciona para resolver os grandes problemas da maior parte da população. O papel dos legisladores reduz-se, para a maioria dos votantes, ao de intermediários de favores pessoais perante o Executivo. O eleitor vota no deputado em troca de promessas de favores pessoais; o deputado apoia o governo em troca de cargos e verbas para distribuir entre seus eleitores. Cria-se uma esquizofrenia política: os eleitores desprezam os políticos, mas continuam votando neles na esperança de benefícios pessoais.”

número de votos do partido ocorre a transferência dos votos — e de consequente *descolamento político do representante* — já que a eleição, que se torna *personalizada* (“votou no candidato X, não no partido dele”), dá origem a verdadeiro sentimento de *frustração* quando o eleitor percebe que seu candidato obteve muito mais votos que outro “mas não foi eleito” — repita-se, por acreditar que os cargos do poder Legislativo são escolhidos pelo sistema majoritário.

Portanto, o entendimento da *partidarização* na escolha eleitoral deve ser no sentido de que a lista fechada proporciona maior *vinculação eleitoral* do eleitor ao *partido político* que ele escolherá para representá-lo. Significa dizer que quando o voto é dado ao partido político — e não ao candidato — haverá maior probabilidade do eleitor se lembrar, em longo prazo, do destinatário do seu voto, o que não ocorre nos casos em que o sistema é de lista aberta. Neste sentido tem-se que na Polônia e no Brasil, países com o sistema de lista aberta, a probabilidade de se esquecer o nome do candidato é muito maior (respectivamente 45% e 28%) do que em países tais quais Hungria, Alemanha e Nova Zelândia (respectivamente 10%, 11% e 19%), nos quais o voto é direcionado ao partido⁴⁹.

Além disso, a partidarização decorrente da lista fechada implica em que o partido político obrigatoriamente precisaria dar maior importância à sua própria doutrina partidária, já que a propaganda eleitoral precisaria ser feita pelo próprio partido objetivando a obtenção do maior número possível de votos em si mesmo. Este aspecto da lista fechada pode ser extremamente positivo em termos de representação, já que ficaria claro ao eleitor a quem estaria sendo direcionado seu voto sem a dispersão decorrente do caráter personalizado atualmente existente. Os partidos, assim, vir-se-iam obrigados a apresentar propostas *programáticas* para a solução dos problemas nacionais, em vez de apresentarem — como fazem atualmente — inúmeros candidatos que, com poucos segundos de apresentação, na maioria das vezes limitam-se a dizer frases tais como “Olá, meu nome é Fulano e meu número é 99.999. Vote em mim”.

Como consequência, os partidos diferenciavam-se uns dos outros primordialmente por meio de suas propostas, já que o apelo a características próprias, pessoais, *personalizadas* do candidato — fato típico que reflete o patrimonialismo ao qual já se referiu — seria enfraquecido — ou seja, diminuir-se-ia o verdadeiro *culto à personalidade* atualmente existente⁵⁰. Assim, uma vez que o

⁴⁹ ALMEIDA, Alberto. Amnésia eleitoral: em quem você votou para deputado em 2002? E em 1998?. In: SOARES, Gláucio Ary Dillon; RENNÓ, Lucio R. (orgs.). **Reforma política: lições da história recente**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 42.

⁵⁰ Neste sentido é possível afirmar que “se o eleitor não vê partido, mas sim candidatos individuais, a filiação partidária passa a ser um detalhe, diante de outros atributos pessoais que quem vota pode considerar mais importantes. Escolhem-se indivíduos [e não propostas programáticas]”, que é o que ocorre atualmente no caso brasileiro. CINTRA, Antonio Octávio; AMORIM, Miriam Campelo de Melo. *Listas preordenadas e financiamento público: prós e contras. Liberdade e cidadania*. Ano I, nº 1, julho/setembro de 2008.

voto seria direcionado ao partido, caberia aos candidatos efetivamente atuarem em nome do programa partidário de maneira a fortalecer a atuação partidária rumo a ações coordenadas, o que em última instância reforçaria a instituição partidária como efetivo mecanismo de representação no sistema jurídico-político.

É de se esperar, com a lista fechada, não a total ausência das “figuras políticas” na propaganda eleitoral — afinal de contas, tal propaganda precisaria logicamente contar com a divulgação dos nomes escolhidos pelo partido para atuarem em seu nome caso conquistem cadeiras no Parlamento. É plausível acreditar que aqueles que estivessem no topo da lista partidária continuariam a ter certa proeminência junto ao eleitorado como um todo. Contudo, provavelmente tal destaque seria muito menor do que atualmente⁵¹, em que os candidatos aos cargos legislativos, seguindo a lógica majoritária, muitas vezes apresentam-se *também* como “salvadores da pátria” em busca de votos; a tendência seria de diminuição do caráter personalista da propaganda eleitoral, com maior institucionalização da atuação partidária como efetivo instituto de representação.

Apesar dos benefícios que a lista fechada traz no que diz respeito à transformação da representação política — de personalizada para institucionalizada⁵² — existem críticas à sua implantação no Brasil. No que concerne à vantagem de construção de partidos com maior consistência programática, afirma-se que a responsabilidade para tal deve ser do próprio partido e não da legislação. Neste sentido, destaque é dado ao fato de que a legislação eleitoral, tanto em nível constitucional quanto infraconstitucional, dá aos partidos políticos total autonomia em relação à sua organização interna, o que significaria dizer que compete aos partidos estabelecer critérios próprios que fortaleçam a doutrina partidária. Caberia aos partidos, por exemplo, serem mais rigorosos no que diz respeito ao processo de filiação e ao processo de escolha dos candidatos, sendo sua responsabilidade própria caso escolhessem candidatos que não têm afinidade com a ideologia partidária⁵³.

Da mesma maneira, existem críticas a respeito do possível caráter “despersonificador” da lista fechada. Neste sentido, o argumento é de que as listas fechadas, ao contrário do que se espera, *reforçariam* o personalismo, especialmente a partir do momento em que aqueles que encabeçam as listas seriam tendencialmente os mesmos ao longo do tempo, havendo ausência de renovação político-representativa. Além disso, ainda nesta linha de raciocínio a

⁵¹ NICOLAU, Jairo. Como aperfeiçoar a representação proporcional no Brasil. *Revista Caderno de Estudos Sociais e Políticos*. V. 4, n. 7, jan-junho 2015, p. 114.

⁵² O que parece ser, por si só, enorme benefício em termos de concretização dos princípios da soberania popular e da representação quando em comparação ao sistema atual, conforme mostrado anteriormente neste texto.

⁵³ RABAT, Márcio Nuno. *Análise crítica da reforma política*. Novembro de 2009, p. 9.

lista fechada teria a prerrogativa de fortalecer *demais* os partidos, de maneira que o candidato seria relegado a segundo plano no sistema representativo — ou seja, passaria a ser mera “marionete” nas mãos do partido político⁵⁴.

Tais críticas, contudo, parecem não ter espaço para prosperar. Em primeiro lugar, é inegável que os partidos políticos já têm autonomia garantida, de maneira que efetivamente compete aos mesmos estabelecer critérios mais rígidos, caso assim desejassem, para a escolha de novos militantes e também para o lançamento das candidaturas. Os partidos poderiam, por exemplo, ter como critério de escolha em seus estatutos que só poderia se lançar como “candidato a candidato” aquela pessoa que estivesse filiada a pelo menos dois anos ao partido — enquanto a legislação eleitoral estabelece o prazo mínimo de um ano. Ou poderiam também estabelecer que só podem concorrer às candidaturas aqueles que nos últimos quatro anos não tenham se desfilado de outro partido, reforçando a identidade ideológica entre o filiado e o partido político. Em resumo, os partidos poderiam, na configuração atual, ser mais rígidos em relação aos seus próprios critérios.

Contudo, se se caminha por tal raciocínio corre-se o risco de não se fazer uma análise da situação sociopolítica *interna* aos partidos. Se os partidos são a única instituição constitucionalmente estabelecida para o exercício da representação e se todo o arcabouço jurídico dá aos partidos a primazia da ação política junto à sociedade, parece ser indispensável considerar o que se passa no ambiente interno aos partidos para que estes não interfiram, em última instância, na tríade de princípios do Estado democrático de direito — soberania popular, democracia e representação. Neste contexto não há como pressupor, por exemplo, que os partidos sejam efetivamente representativos da vontade do cidadão quando as convenções, na maioria das vezes (para não dizer em *todas*), servem atualmente apenas para *homologar* aqueles nomes que a liderança partidária quer ver na lista do partido ou coligação⁵⁵ — nomes estes que são, em geral, de pessoas com carisma suficiente para atrair votos e, assim, eleger o maior número possível de candidatos⁵⁶. Em outras palavras, significa di-

⁵⁴ *Ibidem*. Também Miranda alerta para o perigo da “ditadura partidária”, situação na qual aos deputados caberia apenas uma “obrigação de fidelidade” para com as deliberações tomadas pelos órgãos de liderança do partido. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo VII. Estrutura constitucional da democracia. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 75-6.

⁵⁵ NICOLAU, Jairo. Como aperfeiçoar a representação proporcional no Brasil. **Revista Caderno de Estudos Sociais e Políticos**. V. 4, n. 7, jan./jun. 2015, p. 116.

⁵⁶ Logicamente este é o maior objetivo de todo e qualquer partido ou coligação: obter o maior número possível de votos. A frase, então, deve ser aqui compreendida em sentido negativo, qual seja, a de que os partidos usam o carisma pessoal dos candidatos **apenas** para aumentar suas chances no momento dos cálculos eleitorais sem nenhum tipo de preocupação com a efetiva representatividade dos mesmos frente aos cidadãos. Com isto não se está a dizer que os partidos políticos, em sistemas com lista fechada, sejam suficientemente **conscientes** no sentido de buscar em primeiro lugar representar o cidadão, mas sim que o vínculo entre representante e representado parece se apresentar de maneira mais natural neste tipo de lista do que no de

zer que aquilo que ocorre *dentro* dos partidos também é relevante porque interfere não apenas no sistema político-jurídico da representação de maneira específica, mas também, em última instância, na própria ideia de cidadania, ao fazer com que tais princípios não sejam concretizados.

Ora, efetivamente os partidos poderiam ser mais rigorosos, mas não o são porque o próprio conjunto de regras eleitorais faz com que os partidos brasileiros sejam irresponsáveis e sem identidade própria, ou seja, transformem-se em meras “agremiações fisiológicas” cujo objetivo único é o de obter mais votos — mesmo que para isso seja sacrificado o princípio da representação política. Consoante a legislação eleitoral atualmente em vigor, que justificativa teria um partido para exigir fidelidade partidária de seus membros quando o próprio partido faz coligações com outros cuja doutrina política é completamente contrária à sua própria⁵⁷? Portanto, claramente parece ser necessária a alteração legislativa de maneira a fazer com que os partidos políticos fortaleçam-se, em primeiro lugar, como instituições representativas e, em segundo lugar, como verdadeiros representantes de posições ideológicas em prol da sociedade, posições estas que atualmente não ocorrem no sistema partidário brasileiro.

A crítica referente ao fortalecimento excessivo dos partidos políticos devido à implantação da lista fechada também não merece prosperar⁵⁸. Não há como se pressupor que a implantação da lista fechada engessaria *automática e obrigatoriamente*, de maneira súbita, os partidos políticos, em um processo tão repentino que pudesse trazer mais prejuízos do que aqueles que a situação atual traz para o sistema representativo. Parece ser inegável que tal processo, *se ocorresse*, levaria algum tempo, especialmente porque é necessário pressupor que as forças políticas precisariam conhecer e se adequar à nova forma de definição das listas partidárias, por um lado, e da própria obtenção de votos nas eleições, por outro, de maneira a ser plenamente possível a correção dos rumos com base na experiência do direito comparado.

lista aberta — e isto porque aqui o cidadão não tem como saber efetivamente para quem seu voto está sendo direcionado, enquanto na lista fechada o cidadão sabe que, ao votar no Partido “A”, elegê-lo-á, bem como aqueles que o Partido “A” apresentou como seus candidatos no topo da lista partidária.

⁵⁷ Dois exemplos, dentre inúmeros outros, são emblemáticos neste sentido. A coalizão de partidos que sustentou o governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso (do PSDB) era formada principalmente pelo seu próprio partido — um partido da **socialdemocracia**, em tese, portanto, com tendências ideológicas de centro-esquerda — e pelo então PFL — Partido da Frente **Liberal**, ou seja, um partido com tendências claramente de direita. Da mesma maneira o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva (do PT — partido de esquerda) tinha como principal aliado o PL — Partido **Liberal**, um partido ideologicamente de direita. Como se vê, exigir fidelidade à doutrina política dos militantes quando o próprio partido não a segue seria no mínimo contraditório.

⁵⁸ Acerca do eventual enraizamento das lideranças partidárias, que colocar-se-iam constantemente no topo da lista, falar-se-á adiante neste texto.

Em um sistema político-jurídico em que a representatividade é baixa, como no caso brasileiro, a implantação da lista fechada pode ainda contribuir para a solução de outro problema grave e que está diretamente relacionada aos princípios da soberania popular, da democracia partidária e da representatividade, que é o da *hiperfragmentação* partidária. Conforme já exposto, o Brasil possui atualmente 32 partidos políticos oficialmente registrados junto à Justiça Eleitoral. No que concerne à atual legislatura (2015-19), eleita em 2014, a Câmara dos Deputados é composta por 28 partidos políticos, sendo este o maior número de partidos detentores de mandatos parlamentares na história brasileira. O partido da atual presidente da República (PT) possui 63 deputados federais, sendo o 2º maior partido na Câmara — o maior é o PMDB (que faz parte da base governista) com 67 deputados federais⁵⁹.

Significa dizer que os dois maiores partidos possuem cada um por volta de 13% do total de deputados, o que em consequência faz com que a atual presidente da República necessite do apoio de nada menos do que seis partidos políticos para obter maioria *simples* dentro da Câmara dos Deputados⁶⁰. E a situação de fragmentação partidária não é diferente nas Assembleias Legislativas das unidades da federação e nas Câmaras de Vereadores municipais⁶¹. Neste sentido, ainda que a lista aberta em si não seja a responsável direta pela proliferação dos partidos no Brasil⁶², é inegável que a conjunção desta forma de organização das listas partidárias com a existência de coligações se torna responsável pela multiplicação dos partidos políticos, já que as coligações favorecem os partidos pequenos⁶³ — servindo isto de justificativa para o aumento do número de partidos.

Por sua vez, com a implantação do sistema de listas fechadas a *tendência* é a extinção das coligações — ou, ao menos, a redução do número de coligações⁶⁴. Como na lista fechada os partidos políticos precisariam fazer campanhas individualizadas de maneira a buscar votos *para si mesmos*, não haveria

⁵⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lideranças e bancadas**. Bancada atual.

⁶⁰ Ou seja, a maioria necessária para aprovar leis ordinárias. A situação do atual governo é mais complicada no que diz respeito à aprovação de alterações legislativas — tais quais emendas constitucionais — que demandam quórum qualificado (três quintos) no Congresso Nacional, e até mesmo para a aprovação de leis complementares, que demandam maioria absoluta.

⁶¹ NICOLAU, Jairo. Como aperfeiçoar a representação proporcional no Brasil. **Revista Caderno de Estudos Sociais e Políticos**. V. 4, n. 7, jan-junho 2015, p. 107. O autor afirma ainda que “entre os parlamentos de países democráticos não há atualmente nenhum caso de dispersão de poder partidário tão acentuado como o que observamos na Câmara dos Deputados brasileira”.

⁶² Incentivos maiores para a proliferação advêm da possibilidade de participação no Fundo Partidário e na distribuição do tempo de rádio e televisão para as propagandas partidária e eleitoral, conforme explicado anteriormente no texto.

⁶³ NICOLAU, *op. cit.*, p. 108.

⁶⁴ “Mesmo na hipótese de que sejam admitidas coligações [no sistema de lista fechada], os partidos A-B-C-D deveriam definir internamente, seja por meio de uma convenção conjunta ou reunião dos dirigentes partidários qual seria o ordenamento da lista preordenada. Em cada uma das posições da lista, seria preciso definir o nome e o partido do candidato que ficaria com cada uma das posições da lista preordenada. No caso da lista fechada, as 6 vagas seriam ocupadas

muito sentido em fazer coligações com outros partidos. Deve-se ter claro que a lista fechada em si mesma não traz nenhum impedimento para que os partidos formem coligações entre si, definindo critérios para a definição de uma lista de candidatos que seria lançada em conjunto⁶⁵. Entretanto, a lógica da competição eleitoral na lista fechada, que é voltada para a obtenção do maior número de votos *pelelo partido*, em detrimento da lógica da lista aberta que busca o maior número de votos *para o candidato*, leva a crer que as coligações seriam diminuídas, se não extintas, caso tal sistema viesse a ser implantado no Brasil. Consequentemente, conforme já explicitado anteriormente neste texto, uma vez os partidos vindo a ser representantes efetivos da vontade popular fortalecer-se-iam os três princípios básicos da democracia brasileira.

Vale ainda a pena destacar alguns outros benefícios da lista fechada em comparação à lista aberta. Sempre se tendo como foco os princípios estruturantes da cidadania política — a representação, a soberania popular e a democracia partidária —, o sistema de lista fechada gera o fortalecimento da representação por ter o cidadão o conhecimento prévio de quem efetivamente o representa. Enquanto na lista aberta o cidadão tem uma ideia de quem são os *candidatos*, mas, dentre eles, não tem a mínima noção de quem poderão vir a ser seus representantes, a lista fechada empodera o cidadão no sentido de que este já sabe, *previamente*, quem *poderá* vir a ser seu efetivo representante, não apenas por saber que quem irá representá-lo são os partidos, mas também por saber, previamente, que se o Partido “A” obtiver três vagas serão os três primeiros candidatos que irão atuar em seu nome. Em suma, significa dizer que o cidadão sabe a quem seu voto será direcionado, o que não ocorre no sistema de lista aberta devido à transferência de votos e à possibilidade, inclusive, do cidadão auxiliar a eleição de alguém que ele *não* quer que seja eleito.

Outro aspecto relevante da lista fechada é que ela parece contribuir com a diminuição dos gastos com propaganda eleitoral. Como no sistema de lista aberta o candidato precisa estar à frente não apenas dos membros de outros partidos ou coligações mas também à frente dos seus próprios colegas de partido ou coligação, os gastos com propaganda partidária tornam-se extremamente elevados, o que além de ser verdadeiro desperdício de dinheiro abre portas para inúmeros casos de corrupção⁶⁶. Por sua vez, a lista fechada pode,

pelos 6 primeiros candidatos registrados na lista. Como não há voto nominal em candidatos ou voto na legenda de um dos partidos que compõem a lista partidária, apenas uma legenda específica que aglutina todas as legendas, não há qualquer distorção, produzida pelas próprias regras do sistema proporcional, na distribuição intrapartidária das cadeiras entre os partidos coligados”. VOGEL, Luiz Henrique. **O sistema proporcional de lista preordenada**. Novembro de 2011, p. 22-3.

⁶⁵ RABAT, Márcio Nuno. **Análise crítica da reforma política**. Novembro de 2009, p. 11.

⁶⁶ Um dos maiores casos de corrupção no Brasil foi o da Ação Penal 470, conhecido como “Mensalão”. O caso dizia respeito à compra de apoio político no Congresso Nacional e mobilizou o país por vários anos, desde a divulgação inicial de denúncias em 2005 pela imprensa até a divulgação final do acórdão — com 8.405 páginas — pelo Supremo Tribunal Federal em 2013. Dos

além de reduzir custos de campanha⁶⁷, fazer com que os candidatos trabalhem de maneira cooperativa entre si, já que se o partido não obtiver votos suficientes poucos (ou até nenhum) virão a ser eleitos⁶⁸.

Por fim, importa destacar que a lista fechada naturalmente leva a um maior exercício da fidelidade partidária no âmbito interno dos partidos⁶⁹. Por outras palavras, significa dizer que a lista fechada favorece o controle dos dirigentes partidários em relação àqueles que são candidatos, em um primeiro momento, e em relação àqueles que são os eleitos, em um segundo momento, já que, respectivamente, compete a tais lideranças o encaminhamento dos processos internos do partido que definirão a ordem de registro dos candidatos na lista e também a administração do mesmo durante o exercício do mandato.

38 réus, 25 foram condenados e 12 foram absolvidos. Por sua vez, encontra-se em curso a chamada **Operação Lava-Jato**, deflagrada inicialmente em 2014 pela Polícia Federal do Brasil e que já tem alguns desdobramentos, inclusive com alguns dos suspeitos denunciados pelo Ministério Público Federal (MPF). O caso é considerado pelo MPF como “a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve” e chama a atenção por envolver a maior empresa brasileira, a Petrobras, que seria utilizada para branqueamento de capitais em benefício de inúmeros partidos políticos da base do governo. Ainda segundo o MPF, “grandes empreiteiras organizadas em cartel pagavam suborno para altos executivos da estatal e outros agentes públicos. O valor do suborno variava de 1% a 5% do montante total de contratos bilionários superfaturados”. As informações sobre a **Operação Lava Jato** estão disponíveis em <<http://lava-jato.mpf.mp.br>>. Acesso em 15 de julho de 2015. Ainda acerca das relações entre sistema eleitoral e corrupção ver MIGNOZZETTI, Umberto G. **Electoral systems, competition, and incentives for corruption** e JOHNSON, Joel W. **Electoral systems and political corruption**.

⁶⁷ A título de comparação exemplificativa, nas eleições para a Assembleia da República de Portugal (ARP) em 2011 — feitas pelo sistema de lista fechada — o somatório do valor gasto pelos partidos políticos na campanha eleitoral daquele ano, conforme declaração dos partidos políticos, corresponde a 10.697.165,14 EUR (ou R\$ 37.063.644,75). Ao se dividir este valor por 230 — ou seja, pelo número de deputados que compõem a ARP — tem-se que na média a campanha de cada deputado custou R\$ 161.146,26 (ou 46.509,41 EUR). Por sua vez, no caso brasileiro os gastos totais da campanha eleitoral para deputado federal em 2014 foi de R\$ 1 bilhão (ou 288.616.114,60 EUR). Considerando-se que na Câmara dos Deputados há 513 deputados federais, tem-se que na média a campanha de cada um deles custou R\$ 1.949.317,74 (ou 565.604,51 EUR), ou seja, a campanha de um deputado federal no Brasil custa em média 12 vezes a campanha de um deputado português. Destaca-se ainda, no caso brasileiro, que as cinco campanhas para deputado federal mais caras gastaram em média R\$ 6.980.000,00 (ou 2.014.540,48 EUR) cada. PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. Entidade das contas e financiamentos políticos. **Eleições para a Assembleia da República de 2011**. Contas de campanha eleitoral; TERENCEZI, Gabriela; URIBE, Gustavo; AZEVEDO, Rayanne. Custo de R\$ 5 bilhões faz eleições deste ano baterem recorde histórico. **Folha Poder**. 30 de novembro de 2014.

⁶⁸ Seria possível pensar que aqueles candidatos que estão ao final da lista partidária não auxiliariam os demais a obter voto. Contudo, deve-se ter em mente que o partido vencedor terá influência política dentro do aparelho do Estado, o que é de interesse de todos do partido, e que quanto maior o número de votos maior o número de vagas e, conseqüentemente, maior a influência política.

⁶⁹ NICOLAU, Jairo. Voto personalizado e reforma eleitoral no Brasil. In: SOARES, Gláucio Ary Dillon; RENNÓ, Lucio R. (orgs.). **Reforma política: lições da história recente**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 31.

Ainda que possam ser feitas críticas a respeito da maneira pela qual as lideranças partidárias podem atuar no sistema de lista fechada durante o momento de definição das listas⁷⁰ — ou seja, no momento de se definir quem estará no topo e quem estará ao final da lista —, parece ser razoável o entendimento de que a lista fechada, ao permitir maior controle do partido sobre as ações dos parlamentares eleitos, favorece a consecução dos interesses do cidadão que depositou seu voto, portanto sua confiança, naquele partido. Em outras palavras, a lista fechada, ao incentivar maior controle do partido sobre a atuação do parlamentar, tende a levar à maior concretização do princípio da representação popular⁷¹.

4.3. O afastamento dos pontos negativos da lista fechada

Argumenta-se que a lista fechada tenha principalmente três inconvenientes decorrentes de sua implantação: 1) dificulta a renovação da “elite partidária”, já que haveria a tendência ao enraizamento de lideranças políticas que sempre se colocariam automaticamente no topo da lista em cada nova eleição; 2) afasta o eleito do eleitor, já que o parlamentar precisa dedicar atenção às lutas intrapartidárias com vistas ao seu posicionamento na lista o mais perto possível do topo de maneira a vir a ser eleito; e 3) diminui o grau de escolha eleitoral do cidadão, já que quem define quem serão os candidatos é o partido e não o próprio eleitor.

Em relação à primeira crítica, parece inegável que a lista fechada dificulta a oxigenação das lideranças partidárias, já que estas buscarão inserir-se no topo da lista de maneira quase perpétua. Corre-se o risco, desta maneira, de serem criadas verdadeiras “oligarquias” dentro dos partidos políticos de forma a impedir a necessária renovação política que, inclusive, pode ser vista como a alternância de poder típica de uma democracia.

Contudo, é de se destacar que tais “oligarquias” já existem nos partidos brasileiros mesmo o sistema sendo de lista aberta. Como não há limites constitucionais ou infraconstitucionais para a reeleição no caso dos cargos do poder Legislativo, os parlamentares podem permanecer em seus cargos indefinidamente, desde que, logicamente, sejam constantemente reeleitos. Existem parlamentares que chegam a ter 30 ou 40 anos, 50 anos até, “de vida pública”, vindo a orgulharem-se disto com constância nos meios de comunicação. Na média, em termos históricos a taxa de renovação do Congresso Nacional como um todo gira em torno de 40%, ou seja, cerca de 60% dos parlamentares são

⁷⁰ RABAT, Márcio Nuno. **Análise crítica da reforma política**. Novembro de 2009, p. 10-1; NICOLAU, Jairo. Como aperfeiçoar a representação proporcional no Brasil. **Revista Caderno de Estudos Sociais e Políticos**. V. 4, n. 7, jan-junho 2015, p. 114-5. O problema será analisado no próximo tópico deste texto.

⁷¹ Desde que, logicamente, os partidos políticos não se descolem da sociedade.

constantemente reeleitos, seja para legislaturas seguidas, seja em outras legislaturas⁷².

Entretanto, o fato do problema existir tanto na lista aberta quanto na lista fechada não impede que se busquem soluções para o mesmo. Neste sentido, nada impediria que a proposta legislativa que venha a alterar o sistema de lista aberta para fechada traga critérios que especifiquem explicitamente de que maneira a ordem da lista eleitoral será estabelecida, desde que resguardadas as prerrogativas constitucionais de autonomia interna que os partidos possuem⁷³. Neste sentido caberia ao eleitor, de certa forma, a palavra final a respeito desta possível “oligarquização” do partido, já que ele — eleitor — saberia previamente que a lista é encabeçada por este ou aquele líder partidário: caso concorde com aqueles que estão à frente da lista votaria neste partido, caso contrário votaria em outro⁷⁴.

De maneira correlata à primeira crítica, tem-se também como crítica o fato de que neste modelo a relação entre eleito e eleitor ver-se-ia fragilizada porque aqueles parlamentares que não fazem parte da “elite partidária” precisariam atuar de maneira mais intensa no âmbito interno de seu próprio partido com vistas à obtenção de um posicionamento mais elevado na lista partidária, já que apenas assim poderiam eventualmente serem eleitos⁷⁵. Desta forma, ao priorizar as lutas internas ao partido estaria o parlamentar “dando as costas” ao eleitorado, já que haveria poucos incentivos para sua atuação junto ao eleitor porque seria o partido político o responsável por tal atuação.

Ainda que a crítica tenha sentido, de um ponto de vista principiológico ela se apresenta infundada porque a base de uma democracia partidária é efetivamente o partido político, não o parlamentar eleito. Conforme já exposto, a vaga é disponibilizada ao partido político mesmo no sistema atual de lista aberta, ou seja, são os partidos que têm legitimidade constitucional, acima de tudo, para lançarem candidatos, e ao fazê-lo tornam-se, ao menos do ponto de vista jurídico — ainda que não político — legítimos representantes do cidadão.

⁷² BRASIL. Empresa Brasil de Comunicação. **Câmara: índice de renovação de deputados é menor do que em 2010**. 6 de outubro de 2014.

⁷³ Por exemplo, seria plenamente possível a adição, na proposta legislativa, de limites à reeleição de deputados federais, estaduais e de vereadores, estipulando-se que estes poderiam ser reeleitos por apenas um único mandato subsequente. Tal medida favoreceria a necessária renovação da elite política do país por evitar a presença e a perpetuação no poder de “políticos profissionais” no cenário político brasileiro.

⁷⁴ CINTRA, Antonio Octávio; AMORIM, Miriam Campelo de Melo. Listas preordenadas e financiamento público: prós e contras. **Liberdade e cidadania**. Ano I, nº 1, jul./set. de 2008.

⁷⁵ Este é o sentido, inclusive, dos debates políticos em países que utilizam a lista fechada há mais tempo, como é o caso de Portugal, Espanha, Argentina e Israel. NICOLAU, Jairo. Como aperfeiçoar a representação proporcional no Brasil. **Revista Caderno de Estudos Sociais e Políticos**. V. 4, n. 7, jan./jun. 2015, p. 114-5.

Com a implantação da lista fechada os partidos continuariam a ser os representantes últimos do cidadão, ainda que houvesse total alteração a respeito da *maneira* pela qual esta representação seria concretizada⁷⁶.

Além disso, e respeitando-se o princípio constitucional da autonomia interna dos partidos políticos, seria viável a instauração de mecanismos que previssem completa democracia interna nos partidos. Neste sentido a legislação poderia deixar explícitos critérios que fomentassem a participação dos filiados no âmbito interno dos partidos políticos, com referência clara, no âmbito de tais critérios, ao próprio processo de formação da lista partidária⁷⁷ — de maneira a se exigir, por exemplo, que a lista partidária só possa vir a ser registrada junto à Justiça Eleitoral se for aprovada em primárias que contem com a participação de um número X de filiados ao partido, ou de incluir a exigência de renovação dos candidatos para que a lista venha a ser aceita pela Justiça Eleitoral, o que seria um ponto positivo por permitir o surgimento de novas lideranças políticas, ou ainda a necessidade de limitação do exercício de mandatos, o que evitaria o surgimento dos *políticos profissionais*. Assim, desde que resguardada a chamada *proibição do princípio do chefe*⁷⁸, nada impede que tal

⁷⁶ Acerca deste tema é importante destacar dois pontos. O primeiro deles diz respeito ao seguinte: o fato das vagas serem dadas aos partidos políticos não transforma os parlamentares em simples “executores” da política partidária. É claro que ao pautarem-se pelos princípios da liberdade e da participação interna na deliberação das propostas partidárias — princípios estes constitucionais e que, portanto, precisam ser concretizados internamente pelos partidos políticos — os parlamentares teriam a possibilidade de interferir na definição dos rumos do partido de maneira a serem responsáveis pelas ações dos partidos. Em outras palavras, não se pode pressupor partidos sem filiados, ou seja, sem pessoas que atuem em seu nome. Estas pessoas são, em última instância, as responsáveis pela definição dos rumos do partido tanto em termos ideológicos, ou seja, no sentido de montagem da doutrina política que sintetizará as diretrizes, os rumos que o partido quer seguir, quanto em termos práticos, ao lançar propostas legislativas no Parlamento e votar a respeito das mesmas. Em segundo lugar é importante destacar que a despeito da representação já ser partidarizada no Brasil — ou, em outras palavras, apesar das vagas já serem juridicamente atribuídas aos partidos políticos, não apenas pelas prerrogativas constitucionais que eles têm de serem os únicos a poderem lançar candidatos em eleições quanto, também, por prerrogativas infraconstitucionais, tais quais a prevista na Resolução nº 22.610/2007 do Tribunal Superior Eleitoral que define que o parlamentar que mudar de partido político no exercício do seu mandato poderá perder a vaga já que esta é do partido e não do parlamentar —, a *maneira* como a representação partidária é atualmente exercida não corresponde, conforme já dito algures, à concretização dos princípios da soberania popular, da própria democracia partidária e da representação, já que a vontade popular não é concretizada, os partidos não atuam como representantes dos cidadãos e, em última instância, estes não se sentem representados no poder Legislativo.

⁷⁷ RABAT, Márcio Nuno. *Análise crítica da reforma política*. Novembro de 2009, p. 10.

⁷⁸ Tal princípio se relaciona à “exigência da formação da vontade a partir das bases, [a]o direito dos membros do partido a actuação efectiva dentro do partido, [a]o direito à liberdade de expressão, [a]o direito à oposição, [a]o direito à igualdade de tratamento de todos os membros”. Em suma, corresponde à aplicação dos princípios estruturantes do Estado democrático de direito nas relações *interna corporis* dos partidos políticos, especialmente quando se considera que o mandato é **representativo** e não **imperativo**. A respeito deste princípio ver CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed., 16 reimp. Coimbra: Almedina, 2014, p. 318.

alteração jurídica indique formas de se estruturar a lista partidária — inclusive com benefícios que se refiram à concretização de outros princípios constitucionais tais como a igualdade entre homens e mulheres em termos de número de candidaturas, que poderia ser favorecida pela implantação da lista fechada — e não o é pela atual lista aberta⁷⁹.

Por fim, a última crítica à implantação do sistema de lista fechada no Brasil é vinculada à ideia de que o cidadão teria um menor grau de escolha eleitoral, com conseqüente redução do vínculo entre eleitor e eleito, já que as “opções eleitorais” seriam definidas pelo partido político. Entende-se, desta forma, que haveria diminuição no direito à livre escolha do representante por parte do cidadão já que este não mais interferiria no resultado final por meio do seu voto mas limitar-se-ia à escolha dos partidos, a quem caberia a “verdadeira” escolha.

Novamente tal crítica parece ser infundada. Por um lado, há de se concordar com o fato de que o cidadão, na lista aberta, tem efetivamente maior possibilidade de exercício do direito de escolha, já que pode escolher não apenas qual partido irá representá-lo mas, também, pode influir na própria ordem da lista partidária por meio da designação do seu voto a um candidato específico⁸⁰. Contudo, não há que se falar em cerceamento, ou mesmo diminuição, do direito ao sufrágio pela implantação da lista fechada, já que o cidadão continuará a ter a mesma possibilidade de escolha que tem na atualidade — já que, do ponto de vista jurídico, *continuará a votar em partidos políticos* como o faz na atualidade. Há de se destacar também que a opção de escolha do cidadão não é absoluta na atualidade, já que este escolhe *dentre os candidatos escolhidos previamente pelo partido político*, da mesma forma que aconteceria em uma eventual mudança para o sistema de lista fechada.

Da mesma maneira, o argumento de que o cidadão brasileiro prefere votar em um candidato do que em um partido porque o partido seria uma

⁷⁹ A legislação eleitoral atual exige que os partidos lancem um mínimo de 30% e um máximo de 70% de candidatos de cada gênero. Contudo, o resultado final traz que as mulheres correspondem a aproximadamente 10% dos parlamentares eleitos, o que se afigura como um efeito deletério da lista aberta. Ora, se “o fundamento do sistema proporcional de lista é tomar o partido como unidade fundamental da representação”, se se fala em sistema **representativo**, parece ser necessário, portanto, fazer com que as mulheres venham a ser mais bem representadas dentro do Parlamento. Neste sentido, “nos sistemas proporcionais [de lista fechada], os partidos têm a possibilidade de organizar a lista de modo que favoreça certos aspectos que eles julguem decisivos. Na África dos Sul, por exemplo, existe uma preocupação de garantir que diferentes grupos étnicos sejam contemplados na lista. Na Argentina, a legislação exige que haja uma alternância de gênero na lista”. NICOLAU, Jairo. Como aperfeiçoar a representação proporcional no Brasil. *Revista Caderno de Estudos Sociais e Políticos*. V. 4, n. 7, jan./jun. 2015, p. 117. A lista fechada pode, nesta perspectiva, auxiliar na concretização de outros princípios fundamentais do Estado democrático de direito, como o da igualdade de armas entre candidatos de gêneros diferentes.

⁸⁰ Isto, é claro, em um sistema político-jurídico de representação **ideal**, ou no mínimo mais transparente para o eleitor, o qual definitivamente não é o caso do Brasil.

instituição impessoal com a qual seria incapaz de serem criados vínculos sólidos de representatividade parece não ter sentido. Se o vínculo entre eleitor e eleito no Brasil atual fosse realmente sólido devido à lista aberta, o cidadão brasileiro não se esqueceria com tanta rapidez do nome do candidato a quem direcionou seu voto⁸¹. Além disso, vale destacar que no caso brasileiro as circunscrições eleitorais correspondem ao território de cada unidade da federação⁸², de maneira que o distanciamento atual entre eleito e eleitor se dá também porque o voto de um cidadão de Santos (SP) pode auxiliar na eleição de um candidato de Ribeirão Preto (SP), cidade que fica a quase 400 km de distância da primeira.

Estas críticas podem, inclusive, ser utilizadas para se defender outra ideia, qual seja, a de que a lista fechada necessita de maior envolvimento do cidadão com os partidos políticos. Conforme mostrado anteriormente neste texto, o cidadão brasileiro dá pouca ou nenhuma importância a tais instituições, e talvez seja possível afirmar que ele as enxerga como verdadeiro “mal necessário” para o funcionamento da democracia. A lista fechada, por sua vez, exigiria do cidadão maior proximidade com o partido, já que, por saber exatamente a quem seu voto foi direcionado⁸³, poderia ter condições de cobrar do mesmo durante o exercício da legislatura — o que se torna inviável de ser realizado no atual sistema de lista aberta em funcionamento no Brasil. Ao exercer o papel fundamental de acompanhamento do poder Legislativo durante a legislatura, estaria o cidadão contribuindo para o próprio aperfeiçoamento do sistema político-jurídico como um todo, além de, eventualmente, vir mesmo a vincular-se a um partido político qualquer para poder agir na esfera coletiva por meio destas instituições.

5. TERCEIRA PROPOSTA: O ESTABELECIMENTO DA REPRESENTAÇÃO COMO UM DEVER FUNDAMENTAL POR MEIO DA ESCOLHA PRÉVIA DOS CANDIDATOS PELOS CIDADÃOS

No contexto político-jurídico brasileiro de representação atual os princípios da soberania popular, da democracia partidária e da representatividade são claramente violados devido à existência da possibilidade de coligações, fato este associado ao sistema eleitoral proporcional de lista aberta. Esta violação decorre do fato de que, em última instância, a vontade popular nem sem-

⁸¹ CINTRA, Antonio Octávio; AMORIM, Miriam Campelo de Melo. Listas preordenadas e financiamento público: prós e contras. *Liberdade e cidadania*. Ano I, nº 1, julho/setembro de 2008.

⁸² A título de comparação vale lembrar que das 27 unidades da federação brasileira apenas sete são menores que Portugal em termos de área.

⁸³ Ou seja, o cidadão sabe que seu voto realmente foi para o Partido “A” ou para o Partido “B” de maneira a auxiliar na eleição dos candidatos que estão no topo da lista dos respectivos partidos, não havendo a já citada transferência de votos.

pre é efetivamente representada no Parlamento, já que existe grande porcentagem dos votos que são transferidos de um a outro candidato — quando não de um a outro partido — de maneira a fazer com que a esperada representatividade resultante do sistema proporcional não se concretize. Da mesma maneira, como de maneira geral os candidatos aos cargos do poder Legislativo fazem campanhas personalizadas, com pouquíssimo conteúdo programático-doutrinário e, inclusive, com inúmeras propostas semelhantes às do poder Executivo⁸⁴, torna-se possível afirmar que não há na prática verdadeira democracia partidária no Brasil⁸⁵.

A solução para a falta de concretização de tais princípios passa, portanto, pelo fortalecimento dos partidos políticos, já que são estas as instituições que naturalmente realizam a intermediação entre sociedade e Estado. Por outras palavras, se compete aos partidos políticos realizarem a organização político-parlamentar — e não aos candidatos de maneira individualizada —, nada mais natural do que fortalecer aquelas instituições de maneira que possam efetivamente exercer sua função político-jurídica e também social. Além disso, o fortalecimento dos partidos políticos no Brasil poderia, em médio ou longo prazo, auxiliar no combate ao patrimonialismo e ao personalismo político que ainda se encontram enraizados na cultura (político-jurídica) brasileira, já que o sistema de lista fechada faz com que os parlamentares atuem na defesa de políticas mais globais e não particularistas⁸⁶.

⁸⁴ VOGEL, Luiz Henrique. **O sistema proporcional de lista preordenada**. Novembro de 2011, p. 8. Na propaganda eleitoral brasileira não são poucos os candidatos a deputado (federal, estadual ou distrital) ou a vereador fazendo propostas que claramente correspondem a competências constitucionais do poder Executivo, o que demonstra a falta de conhecimento dos próprios candidatos a respeito das funções exercidas por cada um dos cargos público-eletivos.

⁸⁵ Novamente recorrendo às palavras do Prof. Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho proferidas no III Seminário Luso-Brasileiro de Direito, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, os partidos políticos brasileiros na atualidade nada mais são do que “grupos fisiológicos”, ou seja, têm a prática constante — ou ao menos a tendência para a prática — da procura de vantagens pessoais ou favorecimentos privados no desempenho de cargos políticos ou públicos em prejuízo do interesse público comum.

⁸⁶ VOGEL, *op. cit.*, p. 5. Continua o mesmo autor: “Em contraste com o personalismo que caracteriza os sistemas proporcionais de lista aberta e os sistemas distritais majoritários, Pippa Norris aponta que, na medida em que nos sistemas proporcionais de lista fechada os parlamentares não têm incentivos para reivindicar benefícios particularistas, há uma expectativa de que os candidatos do partido defendam políticas de cunho universal, focada na reivindicação coletiva do esforço realizado para alcançar aquela política ou benefício para o conjunto do eleitorado. Como aponta Marengo, ainda que o sistema de lista aberta adotado no Brasil também exerça algum efeito no fortalecimento da estratégia partidária nas campanhas (pois menos de 5% dos candidatos a Deputado Federal elegem-se apenas com seus próprios votos), a necessidade dos candidatos alcançarem votação nominal elevada para situarem-se em posições ‘elegíveis’ da lista aberta acaba por contribuir para o individualismo e a construção de reputações personalistas, com pouco conteúdo partidário”. No mesmo sentido CINTRA, Antonio Octávio; AMORIM, Miriam Campelo de Melo. **Listas preordenadas e financiamento público: prós e contras. Liberdade e cidadania**. Ano I, nº 1, julho/setembro de 2008.

Contudo, é necessário ter claro que não basta a implantação da lista fechada para que todos os problemas de representatividade no Brasil sejam solucionados. Inclusive, é importante ter-se em mente que o objetivo da proposta não é *apenas* o de aumentar, ou de melhorar, a representatividade *em si mesma*: para além disso, a representatividade aqui é vista como um *meio* para se atingir um fim *maior*, qual seja, a efetiva concretização da cidadania como direito e dever fundamental. Em outras palavras, o objetivo é fazer com que a cidadania deixe de ser analisada apenas em sentido restrito — como um direito fundamental — e passe a caminhar cada vez mais em direção ao seu sentido amplo — como um direito, *mas também* como um dever fundamental —, de maneira a fazer com que a participação política do cidadão seja o motor que leve a verdadeiras alterações na sociedade e na maneira de atuar do Estado.

É de se considerar que o objetivo de um Estado democrático de direito seja o de garantir as condições necessárias para o que o cidadão possa colocar em prática todas as suas potencialidades de maneira a ter uma vida digna para si e para seus semelhantes. Este é, e continua a ser, o objetivo do constitucionalismo, que ao buscar limitar os poderes do Estado buscou também, de maneira reflexa, a garantia de um espaço de liberdade que permitisse aos cidadãos seu autogoverno em sua vida privada em conjunto com os demais na vida em coletividade⁸⁷.

Assim, ainda que o constitucionalismo tenha uma faceta claramente individualista por enfatizar que o indivíduo corresponde à peça central na organização social⁸⁸, é claro que tal indivíduo não vive isolado, mas sim em sociedade — e nem poderia viver isolado *na sociedade* —, de maneira que seja necessária a sua contribuição para com esta sociedade na qual vive. A própria noção de poder constituinte originário — ou seja, de que o cidadão é o titular do poder político e que, por sê-lo, irá, *em conjunto com os demais*, criar regras comuns para a convivência pacífica de todos — implica em deveres para com a coletividade. Por outras palavras, o cidadão torna-se responsável pela própria efetividade dos compromissos constitucionalmente estabelecidos, já que é sua responsabilidade cobrar daqueles que exercem o poder em seu nome a concretização dos programas propostos⁸⁹.

⁸⁷ Assim, tem-se que o “constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”. Ver CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed., 16 reimp. Coimbra: Almedina, 2014, p. 51.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 110-1.

⁸⁹ LIMA, Francisco Gérson Marques de. Os deveres constitucionais: o cidadão responsável. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (coords.). **Constituição e democracia**. Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 167. A importância da participação do cidadão é reforçada por este autor quando afirma, à pág. 168, que “quem participa das lutas e dificuldades de alguma coisa, também se sente responsável pelos seus resultados”. Portanto, torna-se necessário — para não dizer obrigatório — o envolvimento do cidadão com a **coisa pública**, não apenas por ser sua

O sistema atual, por ser politicamente fragmentado, não tem sido capaz de criar no cidadão este sentimento de responsabilidade para com a coletividade. O individualismo exacerbado, que inegavelmente é uma característica das sociedades contemporâneas, tem feito com que os indivíduos olhem cada vez mais para si próprios e cada vez menos para a coletividade, passando a acreditar que a responsabilidade pelas questões públicas é sempre “do outro” — seja este “outro” entendido como outros cidadãos, como os partidos políticos, como os representantes eleitos ou até mesmo como o Estado — mas nunca responsabilidade dele, indivíduo. Isto, associado ao fato de que o discurso político eleitoreiro⁹⁰ visa enfatizar sempre a necessidade de garantia de “mais e mais e mais direitos” ao cidadão⁹¹ — sem que tais “novos” direitos muitas vezes sejam até mesmo necessários —, acaba por se refletir negativamente na esfera político-jurídica da participação⁹², esfera esta que se configura como tão importante quanto a esfera individual por ser claro o fato de que questões coletivas interferem no bem-estar da vida privada⁹³.

Não basta, contudo, a simples implantação da lista fechada no Brasil para que a situação atual mude de maneira automática, vindo a garantir aquilo que o atual sistema não garante — nomeadamente a cidadania. Ainda que a

responsabilidade, mas também por criar em si mesmo o sentimento de responsabilidade com aquilo que é coletivo.

⁹⁰ Por **eleitoreiro** entende-se o discurso político com propostas que visam apenas à eleição do candidato, sem real perspectiva de concretização das propostas durante o exercício do mandato.

⁹¹ Como se a posituação — ou até mesmo a constitucionalização — de direitos conseguisse efetivamente garanti-los ao cidadão. A este respeito, por todos, NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

⁹² Novamente está-se aqui a se referir ao “círculo vicioso” sobre o qual já se falou: o cidadão começa a viver cada vez mais de maneira individualizada e atomística, achando que a sociedade nada mais é do que um **instrumento** para a concretização de seus objetivos pessoais. Concomitantemente, passa a acreditar que os políticos “são todos iguais”, já que verifica que de maneira geral todos os candidatos a todos os cargos propõem a mesma coisa, dadas as características do sistema eleitoral brasileiro descritas anteriormente neste texto. Ora, se “são todos iguais”, não faz muita diferença votar no “A” ou no “B”; o que importa é votar naquele que poderá lhe trazer algum benefício pessoal, em uma lógica de “antes pouco do que nada” — isto, é claro, quando o indivíduo se dispõe a votar. Neste contexto, como o voto é visto como nada mais do que mero “aborrecimento”, o indivíduo acredita não ser responsável pelas escolhas que faz, já que no momento da eleição era-lhe razoavelmente indiferente votar no “A” ou no “B” e, uma vez que votou, por não se sentir representado, não sabe de quem cobrar — isto quando tem interesse em fazê-lo. Consequentemente, a responsabilidade pelo que acontece com a sociedade em geral nunca é dele, indivíduo, mas sim do “outro” — seja porque o “outro” votou no candidato que agora está no poder, seja porque o “outro” é o próprio Estado que, visto sob a perspectiva paternalista, é o responsável por prover (fartamente) o cidadão, cabendo a este — nesta visão deturpada do que seria a vida em coletividade — esperar cômoda e apaticamente pelas benesses oriundas do Estado. Esta visão, ainda que claramente venha a infringir o direito fundamental à cidadania, e ainda que vá contra os princípios da vontade popular, da democracia partidária e da representatividade, parece estar presente e vinculada na sociedade brasileira atual.

⁹³ Em outras palavras, não se pode pressupor que um indivíduo irá ter uma vida completa apenas por ser economicamente favorecido.

lista fechada se configure como instrumento fundamental para que se caminhe à concretização da representação política, é necessário reconhecer que o mecanismo, por si só, não irá gerar aumento de participação política e de interesse do cidadão pelo que ocorre na esfera coletiva: se assim o fosse tais problemas não seriam verificados em países europeus⁹⁴. É premente, portanto, a necessidade de se gerar maior envolvimento do cidadão com a *res publica*.

É neste contexto que se apresenta com inegável valor a ideia do *dever fundamental de participação política do cidadão*. Conforme já explicitado algures, a cidadania é direito, *mas também* dever fundamental, de maneira que o indivíduo não poderá compreender seu real significado em um Estado democrático de direito se ele se puser em situação de apatia e de passividade frente àquilo que ocorre na sociedade. Não se pode pressupor a eficaz concretização da cidadania se o cidadão acreditar que compete ao Estado fazer tudo, de maneira que seu envolvimento individual com aquilo que é coletivo, se existente, fique relegado a segundo plano⁹⁵.

Contudo, o dever fundamental de participação política ao qual aqui se está a referir não é aquele *já existente na Constituição de 1988*: este se apresenta *exclusivamente* como o dever de votar, o que contribui para a apatia e para o desinteresse do cidadão brasileiro para com a esfera coletiva — o que é compreensível, já que o cidadão lê em sua Constituição que “todo o poder emana do povo”, mas não vê este poder sendo exercido nem por si mesmo, nem pelos seus representantes. Torna-se necessário, portanto, ampliar a ideia de dever fundamental de participação por meio do estabelecimento de novas regras que façam com que o cidadão se preocupe com a esfera coletiva, já que tal preocupação é parte integrante do dever fundamental de concretização da cidadania.

É por tal motivo que se propõe que a implantação do sistema de lista fechada no Brasil venha obrigatoriamente acompanhada da possibilidade que todo cidadão deve ter de interferir na escolha dos candidatos que serão lançados pelos partidos. Por outras palavras, propugna-se a criação de um mecanismo de participação do cidadão no processo de escolha dos candidatos pelos partidos políticos de maneira que estes só possam lançar aqueles candidatos que contem com apoio popular. A ideia é fazer com que qualquer cidadão escolha quem poderão ser os eventuais candidatos a serem lançados pelos partidos de maneira que o cidadão, quando votar posteriormente nas eleições,

⁹⁴ MAIR, Peter. **Ruling the void**: the hollowing of Western democracy. Edição Kindle. Londres, Nova York: Verso, 2013, esp. Cap. 1.

⁹⁵ “Apesar de poderoso, o Estado (*rectius*, a nação) precisa da contribuição dos cidadãos. A pátria não consegue ser uma super-mãe, que dispensa o auxílio dos filhos para ser altiva e se impor no ambiente internacional”. LIMA, Francisco Gérson Marques de. Os deveres constitucionais: o cidadão responsável. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (coords.). **Constituição e democracia**. Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 177.

seja corresponsável pelos eventuais benefícios — ou prejuízos — que aqueles que venham a ser eleitos tragam e/ou causem à sociedade. A proposta tem ainda o condão de diminuir, se não mesmo acabar, com a tendência que os partidos políticos têm, com a lista fechada, de se transformarem em partidos oligárquicos.

Conforme uma das críticas já apresentadas à lista fechada, os partidos encastelar-se-iam em si mesmos, já que as atuais elites políticas se cristalizariam por estarem constantemente no topo da lista partidária, por um lado e, por outro, porque aqueles que têm interesse em serem mais bem colocados nas listas das próximas eleições preocupar-se-iam exclusivamente com os assuntos internos do partido, esvaziando o vínculo com o eleitor. Ainda que seja possível pressupor que no Brasil isto não aconteceria se a legislação trouxesse mecanismos explícitos que evitassem essa oligarquização, parece razoável pressupor que a lista fechada por si só não aumentaria a participação política do cidadão não apenas em termos eleitorais, mas também — e, para os objetivos deste texto, principalmente — em termos de preocupação cidadã com o coletivo. Nada impede, *a priori*, que se vislumbre a situação em que o cidadão continue a “votar por votar”, como parece ser a situação atual; neste caso de nada adiantaria todo o esforço — político, jurídico e social — de alteração do tipo de lista partidária.

Torna-se obrigatório, portanto, estimular a participação política do cidadão para além do voto, especialmente no sentido de se deixar claro ao mesmo que não se pode esperar uma boa vida em sociedade — independentemente do sentido subjetivo que esta expressão possuir — se este mesmo cidadão não se interessar pelo que ocorre na esfera coletiva. Ou seja, não se pode imaginar que a vida em coletividade seja o mero somatório do resultado das vidas individuais: é necessária a compreensão, já anteriormente apresentada, de que o cidadão é responsável não apenas pelo que ocorre em sua vida privada, mas também por aquilo que ocorre na esfera coletiva. É necessária, portanto, a criação de mecanismos institucionais que, com base na ideia de dever fundamental, estimulem o refazimento dos laços sociais⁹⁶ que inegavelmente unem os cidadãos uns aos outros de maneira a permitir que estes continuem a buscar

⁹⁶ Fala-se em **refazimento dos laços sociais** por se acreditar que tais laços encontram-se atualmente desfeitos, especialmente como resultado do individualismo que cada vez mais parece tomar conta da sociedade brasileira. Veja-se, neste sentido, as recentes discussões acerca da redução da maioria penal no Brasil (atualmente estabelecida em 18 anos), em que os defensores da redução argumentam que existe a necessidade de proteção da segurança **individual** em vez do estímulo à criação de políticas **sociais** — ou seja, enfatiza-se o caráter atomístico da proposta por defender-se “a minha proteção”, e não necessariamente a melhoria da sociedade como um todo. Outro exemplo diz respeito à polarização extremada resultante das eleições presidenciais de 2014, em que tanto vencedores quanto perdedores alardeiam que suas propostas são as **únicas** capazes de solucionar os problemas do país — em detrimento da busca do consenso, especialmente quando se fala em exercício do mandato. Acerca do individualismo nas sociedades contemporâneas ver TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000, esp. Cap. 13.

aquilo que consideram o melhor para si em termos individuais sem, contudo, deixarem de se enxergar como membros de uma *coletividade* na qual uns têm deveres para com os outros⁹⁷.

Como se daria a aplicação na prática desta proposta? Imagine-se uma situação na qual cada um dos partidos políticos⁹⁸, dentro de determinada circunscrição eleitoral, possa fazer o lançamento de 10 candidatos a deputado federal. Pela lista fechada tradicional o partido organizaria suas convenções e, por critérios próprios, estabeleceria os nomes da lista partidária, com o lançamento de até 25 candidatos⁹⁹. Durante o processo eleitoral o partido faria sua propaganda eleitoral e caberia ao cidadão votar no mês de outubro na lista partidária escolhida. De pronto concretizar-se-iam os princípios da democracia partidária e da representatividade, e durante o exercício da legislatura é de se esperar que seria concretizado o princípio da soberania popular com o partido a colocar em prática suas propostas.

Por sua vez, na proposta aqui apresentada os partidos políticos continuariam a ter o direito de lançar seus 25 candidatos, mas seriam registrados junto à Justiça Eleitoral apenas aqueles candidatos que tivessem sido previamente aprovados pelos cidadãos. Por outras palavras, caberia aos partidos políticos realizarem prévias eleitorais com todos aqueles cidadãos que tivessem interesse em participar das mesmas, independentemente de serem ou não filiados ao partido político em questão. Seria estabelecido um percentual mínimo de comparecimento¹⁰⁰ para que se evitasse a participação de poucas pessoas, de maneira que houvesse legitimidade eleitoral a partir do resultado destas eleições prévias.

⁹⁷ Neste mesmo sentido, “o efeito de desintegração social é hoje patente sobretudo na forma como os grupos sociais, invocando os direitos fundamentais, que foram pensados para os indivíduos, pretendem participar e explorar o Estado sem o servir”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 150, nota 108.

⁹⁸ A explicação será feita com base em partidos individuais, não em coligações, já que a lista fechada leva à não existência de coligações — ou, ao menos, à tendência de diminuição das coligações.

⁹⁹ Na explicação seguir-se-á a legislação eleitoral atualmente em vigor, destacando-se apenas os pontos que precisariam ser alterados. Neste sentido, o artigo 10 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, estabelece que “cada partido poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais, até cento e cinquenta por cento do número de lugares a preencher”. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**.

¹⁰⁰ De maneira análoga ao que já ocorre, por exemplo, no caso dos projetos de lei de iniciativa popular, em que o artigo 13 da Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998 diz que “a iniciativa popular consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”. No caso da proposta aqui apresentada, a legislação poderia estabelecer que a validação dos candidatos apresentados pelo

Caberia exclusivamente a cada partido a realização de suas próprias eleições prévias, com recursos próprios, no prazo de seis meses antes das convenções partidárias propriamente ditas. No exemplo em questão o partido poderia apresentar uma lista com 50 nomes, sendo que aqueles que fossem os 25 mais votados seriam os candidatos oficiais do partido para a eleição subsequente. Seria possível até mesmo que o partido não apresentasse uma lista pré-organizada de seus próprios candidatos, mas sim deixasse em aberto a possibilidade para que todos aqueles que fossem seus filiados pudessem ter a possibilidade de concorrer nestas eleições prévias.

O método utilizado para a realização destas eleições poderia ser de definição própria do partido — se votação presencial em cédulas de papel, se votação por urna eletrônica, se votação pela *internet* ou por aplicativos de *smartphones* —, dada a autonomia partidária constitucionalmente estabelecida, desde que resguardados, dentre outros, os princípios da transparência — com publicação *online* de todas as atividades do partido no que concerne a tais eleições prévias — e da igualdade de armas entre aqueles filiados que decidissem concorrer visando à sua indicação como candidatos do partido.

Seguindo o exemplo dado, uma vez escolhidos os candidatos do partido — que seriam os 25 mais votados — caberia ao partido seguir os trâmites da legislação eleitoral no sentido de registrá-los como candidatos oficiais para a eleição subsequente, organizando-os em ordem decrescente, do mais votado para o menos votado, conforme resultado das eleições prévias. Em outras palavras, o partido estaria declarando à Justiça Eleitoral que, conforme a vontade prévia do cidadão, ele está registrando aqueles candidatos específicos, e não aqueles nomes que ele — partido — gostaria de ver eleitos¹⁰¹.

Aqui está uma das principais diferenças entre o sistema atual de lista aberta e o sistema de lista fechada com participação prévia do cidadão. Afinal, seria possível argumentar que a proposta apenas altera o momento em que o cidadão indicaria suas preferências: enquanto na lista aberta tal indicação é feita *após* o registro dos candidatos pelos partidos, nesta proposta a indicação seria feita de maneira *prévia* ao registro, de maneira a ser esta a única verdadeira alteração. Isto, porém, não corresponde à realidade da proposta, já que o que se busca aqui é a criação de mecanismos que permitam um *real envolvimento do cidadão* com o processo de definição das candidaturas. Em outras palavras, o que se pretende é fazer com que o cidadão se sinta *parte do processo* por atuar de maneira *ativa* na definição de quem serão os candidatos, em vez

partido só ocorreria se houvesse a participação de pelo menos 15% dos eleitores daquela circunscrição eleitoral, sob pena de nulidade do posterior registro do candidato junto à Justiça Eleitoral.

¹⁰¹ A proposta poderia, inclusive, contribuir para a renovação das elites políticas dentro do partido, combatendo, desta forma, a tendência à já aludida oligarquização dos partidos políticos.

de se colocar como parte *passiva* cuja função é apenas a de escolher dentre as opções disponibilizadas *por outrem*.

No contexto dos deveres fundamentais, a proposta busca também *responsabilizar* o cidadão pelas suas escolhas. No modelo atual é muito fácil para o cidadão isentar-se de responsabilidade pelo que ocorre na esfera coletiva: basta que ele afirme que “fez sua parte” ao votar nas eleições, mas que o responsável por concretizar a vontade popular — o representante ou o partido político — se desviou dos objetivos iniciais, ou seja, “não cumpriu o que prometeu”. Torna-se até mesmo *cômica* para o cidadão a situação de afirmar que “as coisas não melhoram porque outros não querem” ou, mais ainda, afirmar que não sabe efetivamente a quem seu voto foi direcionado, o que impede o exercício de sua função de controlador da atividade política. Em suma, o sistema político-jurídico atual permite a *irresponsabilidade* do cidadão frente à *res publica*, de maneira que o círculo vicioso de mútuo afastamento de uns e de outros (de representantes e representados) seja reforçado.

Por sua vez, a proposta ora apresentada implica na presença do cidadão na esfera coletiva para além do momento meramente eleitoral. Não bastaria que o cidadão escolhesse um candidato qualquer (como ocorre na atualidade) sem se preocupar com as consequências do ato eleitoral. Uma vez que o cidadão seria corresponsável pela escolha dos candidatos, é de se pressupor que ele passaria a se preocupar mais com temas coletivos de maneira a fortalecer o sentimento de identificação típico de uma verdadeira comunidade¹⁰².

Se a vida em coletividade pressupõe ações individuais que transcendam o próprio indivíduo, parece ser razoável exigir, na forma de um dever funda-

¹⁰² A respeito desta identificação do cidadão com a coletividade, ver TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000, esp. Cap. 10. Às págs. 203-4 (*passim*) o autor chama tal identificação de “patriotismo”, definindo-o como uma “identificação [de uns] com os outros num empreendimento comum específico. Não me dedico a defender a liberdade de qualquer um, mas sinto o vínculo de solidariedade com meus compatriotas em nossa empresa comum, a expressão comum de nossa respectiva dignidade”. Assim, “posso não conhecer a maioria de meus compatriotas e posso não desejar particularmente tê-los como amigos quando de fato os conheço. Mas a particularidade entra em cena porque meu vínculo com essas pessoas passa por nossa participação numa entidade política comum”. Portanto, “para ter uma sociedade livre, é preciso substituir a coerção por alguma outra coisa. Essa outra coisa só pode ser a identificação voluntária com a *polis* por parte dos cidadãos, um sentido de que as instituições políticas em que vivem são uma expressão deles mesmos. As ‘leis’ têm de ser vistas como reflexo e defesa de sua dignidade como cidadãos, ser, por conseguinte, num certo sentido, extensões deles mesmos”. Entretanto, não se pode esperar que tal identificação, ou seja, tal preocupação com o que ocorre na coletividade ocorra **apenas** com base em valores morais — não apenas pela subjetividade destes, subjetividades estas inclusive do ponto de vista individual (ou seja, hoje posso ser favorável a algo, mas amanhã não mais), mas também, e principalmente, pelo fato de que valores morais não podem ser juridicamente exigíveis junto à coletividade. A respeito da possibilidade de exigência jurídica dos deveres fundamentais ver NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 220.

mental, que o indivíduo se preocupe não apenas com sua vida privada e particular mas também com a esfera coletiva. Por outras palavras, e no contexto da proposta aqui apresentada, significa dizer que o cidadão precisa se inteirar daquilo que os pré-candidatos estão a realizar já mesmo antes de virem a exercer o poder político como representantes. Além disso, o cidadão precisaria saber não apenas quais são os seus próprios objetivos individuais, mas também ter uma ideia mínima a respeito do que é necessário para o desenvolvimento da coletividade na qual se insere.

Neste aspecto é possível afirmar que a proposta aqui apresentada permite uma série de benefícios correlatos, tais como uma maior democratização dos partidos — já que qualquer filiado tem a mesma possibilidade de ser indicado pelo partido, o que diminui a tendência à oligarquização e ao predomínio de uns poucos integrantes da cúpula partidária em todo o processo político — e ainda o controle do cidadão a respeito dos atos de seus representantes com base no sentimento de responsabilidade, já que se o político posteriormente eleito agir de maneira incompatível com aquilo a que se propôs também o cidadão será responsável, já que o escolheu anteriormente nas eleições prévias.

Ainda, vale a pena destacar outro benefício correlato, qual seja, a ideia de maior conscientização política decorrente da própria necessidade de conhecimento, por parte do cidadão, a respeito de assuntos que digam respeito à esfera coletiva. Por outras palavras, o envolvimento do cidadão com os assuntos do Estado pressupõe que aquele tenha uma cultura geral mínima que permita não apenas conhecer o que se passa, mas também acompanhar os fatos, formando juízos a respeito dos temas e, finalmente, intervindo conscientemente em tais assuntos, especialmente no exercício de sua função de controle. Neste sentido, parece ser também um dever fundamental do cidadão a busca por maior formação cultural, já que a ausência desta cultura mínima, por interferir no exercício da participação consciente do cidadão, acaba por interferir, em última instância, na própria dignidade humana¹⁰³.

¹⁰³“O ideal democrático supõe cidadãos atentos à evolução da coisa pública, informados dos acontecimentos políticos, ao corrente dos principais problemas, capazes de escolher entre as diversas alternativas apresentadas pelas forças políticas e fortemente interessados em formas diretas ou indiretas de participação”. SANI, Giacomo. Verbete “participação política”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. Carmen C. Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacaís. 11 ed. Brasília: UnB, 1998, p. 889. Desta forma, “seria de todo incompatível com a ideia democrática e com o princípio da igualdade [...] se se deixasse ao acaso, relativamente a quem pode exercer o direito de voto e as demais formas de participação democrática na gestão da *res pública*, a obtenção ou não da formação cultural necessária ao exercício autónomo de tais direitos. [...] A incapacidade, por falta de uma cultura geral mínima, para seguir de perto e **entender com autonomia** os assuntos públicos, em que se é chamado a participar, acaba por **transformar os cidadãos**, sujeitos desses direitos, em mero **objecto da máquina estadual** (eleitoral), ou seja, em **simples instrumento de funcionamento** democrático do estado”. NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 384-5. Sublinhado adicionado.

Ressalta-se também que não apenas os cidadãos têm o dever fundamental de participar, mas também os partidos têm o dever fundamental de concretizar as propostas utilizadas como mecanismo para o convencimento do cidadão¹⁰⁴. Isto significa dizer que as propostas feitas pelos partidos não podem significar meros compromissos eleitoreiros de cunho populista com o objetivo de obtenção de votos, mas sim devem buscar concretizar aquilo que o cidadão espera de seu representante — em última instância, o bem comum. O chamamento do cidadão à sua responsabilidade pela coletividade não implica em esvaziamento da responsabilidade de outras instituições — neste caso dos partidos políticos — na concretização de seus respectivos deveres fundamentais.

Por derradeiro, vale chamar a atenção ao fato de que a proposta apresentada não infringe a prerrogativa constitucional já estabelecida de supremacia dos partidos políticos como legítimos representantes da vontade popular. Ao contrário, pressupõe-se que o estabelecimento da lista fechada contribua para reforçar a fidelidade partidária, por um lado, e de fomentar, junto ao cidadão brasileiro, a ideia de que são os partidos os detentores da vaga parlamentar, ao mesmo tempo em que exige do cidadão o compromisso com o bem público por meio da exigência do cumprimento do dever fundamental de participação política para além do momento exclusivamente eleitoral.

6. CONCLUSÃO

O sistema constitucional democrático dos Estados ocidentais do século XXI está estruturado em premissas que remontam ao final do século XVIII. Se naquele momento inicial era necessária a garantia da liberdade individual frente a um Estado então absolutista, os acontecimentos do século XX — em especial aqueles ocorridos após a Segunda Guerra Mundial — trouxeram a necessidade de reformulação das estruturas político-jurídicas então existentes. No caso brasileiro, entretanto, tal reformulação não ocorreu, especialmente

¹⁰⁴ Ainda que se pareça natural associar os deveres fundamentais apenas às pessoas físicas, é importante destacar que também as pessoas jurídicas (ou seja, pessoas coletivas) têm obrigações para com a coletividade. Por sua vez a expressão **pessoas coletivas** “deve ser entendida com um sentido amplo, com o sentido capaz de abarcar organizações colectivas mesmo desprovidas de personalidade jurídica (em termos de direito privado). Pois bem, estas pessoas ou organizações colectivas estão sujeitas aos deveres fundamentais **compatíveis com a sua natureza**”. NABAI, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 304. Itálico adicionado. Parece ser claro que a **natureza** de um partido político é a de exercer a representação por meio da concretização da vontade popular expressa por meio dos votos em uma eleição. Portanto, por dedução lógica tem-se que também os partidos políticos têm deveres fundamentais — no caso, o dever de concretizar a doutrina política proposta. Só assim é possível concretizar uma das traves mestras da democracia representativa contemporânea — qual seja, a de estabelecimento de correlação entre a vontade popular e a vontade dos órgãos governativos. A respeito destas traves mestras ver MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Vol. II. Tomo III. Estrutura constitucional do Estado. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 378.

quando se considera que o sistema eleitoral atualmente em vigor é praticamente o mesmo dos últimos 70 anos; em outras palavras, modernizaram-se os *métodos* para o exercício dos direitos políticos — por exemplo, com a implantação da urna eletrônica —, mas não a própria definição destes direitos políticos e de formas de exercê-los.

Além disso, a própria dinâmica da estruturação dos direitos no Brasil seguiu caminho diferente daquele que é muitas vezes considerado como o “modelo” do desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais, qual seja, a Inglaterra. Enquanto neste país primeiro constitucionalizaram-se os direitos civis, em seguida os direitos políticos e, por fim, os direitos sociais — de maneira, inclusive, a dar origem à doutrina das “dimensões dos direitos fundamentais” —, no Brasil o que se verificou em termos históricos foi uma verdadeira “inversão da pirâmide”, de maneira que primeiro surgiram os direitos sociais, depois os direitos políticos e, por fim, os direitos civis — isto sem desconsiderar que no Brasil tais direitos se caracterizam muito mais por serem *concessões* por parte do Estado e não *conquistas* da sociedade¹⁰⁵. Neste processo esvaiu-se a lógica democrática entendida como efetivo mecanismo para a participação do cidadão: em vez disso instituiu-se — até mesmo por uma necessidade prática de se enfatizar a mudança da estrutura do Estado efetuada em 1988 com a nova Constituição — que por democracia entende-se (apenas) o *direito* de votar.

Contudo, as constituições pós-Segunda Guerra Mundial — dentre as quais a do Brasil se insere — não podem ser — e efetivamente não são — mais vistas como mero mecanismo para se evitar o abuso do poder por parte do Estado. Mais que isto, tais constituições têm caráter eminentemente programático, ou seja, têm caráter político, posto que vêm a integrar em seus textos valores e princípios¹⁰⁶ que correspondem àqueles definidos após o conflito mundial da década de 1940 e que se sintetizam na proteção à dignidade humana. No caso brasileiro, além da própria dignidade humana, valor alçado a fundamento da sociedade e do Estado, destacam-se também os princípios da soberania popular, da representatividade e da democracia, também fundamentais para o bom desenvolvimento da sociedade brasileira.

¹⁰⁵ “Primeiro vieram os direitos sociais, implantados em período de supressão dos direitos políticos e de redução dos direitos civis por um ditador que se tornou popular [Getúlio Vargas, que governou o Brasil de 1930 a 1945]. Depois vieram os direitos políticos, de maneira também bizarra. A maior expansão do direito do voto deu-se em outro período ditatorial [durante a ditadura militar entre 1964 e 1985], em que os órgãos de representação política foram transformados em peça decorativa do regime. Finalmente, ainda hoje muitos direitos civis, a base da sequência de Marshall, continuam inacessíveis à maioria da população. A pirâmide dos direitos foi colocada de cabeça para baixo”. CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**. O longo caminho. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 219-20.

¹⁰⁶ XIMENES, Julia Maurmann. **O comunitarismo e dinâmica do controle concentrado de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1-2.

Neste contexto, compete ao jurista buscar mecanismos que consigam melhorar não apenas a interpretação da constituição mas também que possam solucionar as falhas eventualmente presentes no texto original ou aquelas decorrentes da evolução natural da sociedade. Neste sentido a interpretação exclusivamente positivista da Constituição¹⁰⁷ brasileira é prejudicial à concretização de tais valores e princípios, já que permite, no que concerne ao tema analisado neste texto, que se considere como democrático um país que permite a participação do cidadão — além, é claro, da presença de outros elementos que do ponto de vista jurídico são vistos como fundamentais para a existência de um regime democrático — sem, contudo, analisar a *qualidade* desta participação¹⁰⁸. Ou seja, reproduz-se desta forma a ideia de que por democracia entende-se a simples presença de determinadas *regras do jogo*¹⁰⁹ sem que se analise se tais *regras do jogo*, ao serem aplicadas por si mesmas, contribuem para a concretização dos princípios fundantes da sociedade e do Estado — ou, se por outro lado, acabam por prejudicá-los.

Ora, se o processo de desenvolvimento científico se origina a partir da dúvida¹¹⁰, torna-se necessário então analisar até que ponto a atual Constituição brasileira de 1988, bem como a legislação eleitoral infraconstitucional, trata tais princípios fundantes. Neste sentido vislumbra-se claramente que as atuais regras eleitorais — elaboradas em um contexto completamente distinto do atual¹¹¹ e inúmeras vezes remendadas, mas nunca verdadeiramente alteradas — não concretizam os princípios anteriormente referidos. E isto é grave, posto que a esfera política da sociedade — que no mundo antigo era vista como o grau mais elevado de atividade social que poderia ser desempenhada por um cidadão¹¹² — atualmente é vista associada apenas à corrupção, a crimes político-eleitorais, a meio para fácil enriquecimento ou até mesmo como meio para

¹⁰⁷ Entende-se por “interpretação exclusivamente positivista da constituição” aquela “que tende ao argumento de autoridade, de cunho dogmático-formal” e que leva ao “manualismo”, ou seja, à criação de “manuais” que apenas reproduzem, e não constroem, o conhecimento jurídico. XIMENES, *op. cit.*, p. 3.

¹⁰⁸ BORÓN, Atílio. **Estado, capitalismo e democracia na América Latina**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994, p. 94-103.

¹⁰⁹ Acerca da democracia como simples **regras do jogo** ver SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Fundo da Cultura, 1961. Uma síntese de tais regras é apresentada por BOBBIO, Norberto. Verbete “democracia”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. Carmen C. Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacais. 11 ed. Brasília: UnB, 1998, p. 327.

¹¹⁰ XIMENES, Julia Maurmann. **O comunitarismo e dinâmica do controle concentrado de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 3.

¹¹¹ Vale destacar que o **Código Eleitoral** brasileiro é de 1965, ou seja, entrou em vigor um ano após o golpe militar de 1964. Neste sentido é surpreendente que tenha sido recepcionado pela Constituição de 1988 e, mais ainda, que continue em vigor, ainda que tenham ocorrido algumas alterações no texto original sobretudo no que concerne à modernização tecnológica.

¹¹² BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia do direito**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 106-9.

que se evitem punições devido ao foro privilegiado que parlamentares possuem em vez de ser vista como o meio por excelência pelo qual uma sociedade se regulamenta e se desenvolve.

Desta maneira, considerando-se que os fatos jurídicos são também fatos sociais, políticos, históricos, econômicos, e que não são corretamente analisados pela simples leitura daquilo que está posto na lei¹¹³, neste trabalho buscou-se analisar de que maneira as regras atuais do sistema eleitoral brasileiro — especificamente nas eleições proporcionais, que se utilizam do sistema de lista aberta — contribuem para a concretização daqueles princípios que estão mais diretamente relacionados à democracia de maneira geral, ou seja, os princípios da soberania popular, da democracia partidária e da representatividade. O que se viu não é animador, já que a legislação acaba, na prática, por afastar o cidadão da esfera coletiva.

Para solucionar o problema foram feitas três propostas: a primeira delas é a de acabar com as coligações partidárias conforme atualmente existentes — ou seja, impedir que as coligações sejam temporárias — e em seu lugar permitir o surgimento de federações partidárias, isto é, de coligações que permaneçam como tais para além do período eleitoral, durante o exercício do mandato, de maneira a fazer com que a vontade popular expressa por meio do voto permaneça ao longo da legislatura. A segunda proposta corresponde à mudança do modelo de listas no sistema proporcional brasileiro, alterando-se do sistema de lista aberta para o sistema de lista fechada, já que esta mudança poderia trazer mais densidade programática aos partidos políticos brasileiros ao mesmo tempo em que deixaria claro ao cidadão quem o representa. Por fim, propôs-se que os candidatos que eventualmente sejam lançados pelos partidos políticos passem previamente pelo crivo dos eleitores, em uma espécie de eleições prévias, de maneira a fazer com que o eleitor se sinta corresponsável, em conjunto com os partidos políticos, pela definição dos rumos que a sociedade irá seguir.

Destaca-se que estas propostas, especialmente a terceira, são sustentadas doutrinariamente pelo conceito de deveres fundamentais, ou seja, pela perspectiva de que os direitos fundamentais só podem levar à concretização da dignidade humana caso sejam acompanhados das devidas prestações por parte dos indivíduos em benefício da coletividade. Em outras palavras, não se pode pressupor que os cidadãos tenham cada vez mais e mais direitos sem a existência de deveres, não apenas para consigo mesmos, mas também para com os demais e para com a coletividade, já que a expressão máxima da potencialidade do ser humano se dá quando este tem seus direitos garantidos e protegidos pelo Estado, por um lado, mas também quando ele exerce com responsabilidade suas funções frente à coletividade.

¹¹³ XIMENES, *op. cit.*, p. 3.

Nesta perspectiva, é importante destacar que a fundamentação parte de um ponto de vista comunitarista, não liberal, por pressupor que os valores e princípios da dignidade humana, do pluralismo político e da cidadania só podem efetivamente (co)existir em um substrato social que tenha por base a solidariedade entre aqueles que dele fazem parte. Por outras palavras, não se pode pressupor que uma interpretação liberal da constituição — que leva ao individualismo exacerbado típico dos dias atuais — incentive a preocupação que o cidadão deve ter para com a coletividade¹¹⁴. Da mesma maneira, a interpretação liberal da sociedade dificulta o entendimento da noção de dever fundamental, já que pressupõe o cidadão apenas como receptor passivo de direitos e não como um ser humano que, dotado de dignidade, tem a contribuir para com a vida em coletividade.

Por meio da ênfase no dever fundamental de participação política do cidadão para além do momento de voto, e ainda com seu reverso — qual seja, com a concretização do dever fundamental que os partidos políticos têm de concretizar a vontade popular — espera-se que as mudanças propostas neste texto sejam capazes de promover a (re)entronização no cidadão dos princípios que fundamentam a sociedade brasileira, de maneira que ele possa efetivamente exercer sua cidadania no sentido mais amplo possível vindo a concretizar, desta forma e em última instância, sua própria dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alberto. Amnésia eleitoral: em quem você votou para deputado em 2002? E em 1998? In: SOARES, Gláucio Ary Dillon; RENNÓ, Lucio R. (orgs.). **Reforma política: lições da história recente**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 42.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia do direito**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. Carmen C. Varriale et al.; coord. trad. João

¹¹⁴A respeito destas diferentes concepções de sociedade — a liberal e a comunitária — ver XIMENES, Julia Maurmann. **O comunitarismo e dinâmica do controle concentrado de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, esp. Cap. 2.

Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacais. 11 ed. Brasília: UnB, 1998.

BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (coords.). **Constituição e democracia**. Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BORÓN, Atílio. **Estado, capitalismo e democracia na América Latina**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994, p. 94-103.

BRASIL. Empresa Brasil de Comunicação. **Câmara: índice de renovação de deputados é menor do que em 2010**. 6 de outubro de 2014.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estimativas populacionais para os municípios brasileiros em 01.07.2014**.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Estatísticas eleitorais 2014**. Estatísticas do eleitorado — Quantitativo / Eleitorado. Quantidade de eleitores no Brasil.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed., 16 reimp. Coimbra: Almedina, 2014.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**. O longo caminho. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CINTRA, Antonio Octávio; AMORIM, Miriam Campelo de Melo. Listas preordenadas e financiamento público: prós e contras. **Liberdade e cidadania**. Ano I, nº 1, jul./set. 2008.

FLEISCHER, David. As eleições municipais no Brasil: uma análise comparativa (1982-2000). **Opinião pública**. Campinas, Vol. III, nº 1, 2002, p. 92.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 11 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

JOHNSON, Joel W. **Electoral systems and political corruption**. 1º de agosto de 2014. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2488834>>. Acesso em 14 de julho de 2015.

MAIR, Peter. **Ruling the void: the hollowing of Western democracy**. Edição Kindle. Londres, Nova York: Verso, 2013.

MANIN, Bernard. **The principles of representative government**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2002.

MARSHALL, T. H. Citizenship and social class. In: MANZA, Jeff; SAUDER, Michael. **Inequality and society**. Nova Iorque: W. W. Norton and Co., 2009.

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

_____. Limites da revisão: cláusulas pétreas ou garantias de eternidade. Possibilidade jurídica de sua superação. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris)**, 60/251.

MIGNOZZETTI, Umberto G. **Electoral systems, competition, and incentives for corruption**. 18 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2415060>>. Acesso em 14 de julho de 2015.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo VII. Estrutura constitucional da democracia. Coimbra: Coimbra, 2007.

MORO, Giovanni. **Active citizenship as phenomenon and concept**. Paper apresentado no Congresso do Instituto Internacional de Sociologia. Tel Aviv: 15 de julho de 1999.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2007.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NICOLAU, Jairo. Como aperfeiçoar a representação proporcional no Brasil. **Revista Caderno de Estudos Sociais e Políticos**. V. 4, n. 7, jan./jun. 2015.

_____. O sistema eleitoral de lista aberta no Brasil. **Dados**. Rio de Janeiro, v. 49, nº 4, 2006.

_____. Voto personalizado e reforma eleitoral no Brasil. In: SOARES, Gláucio Ary Dillon; RENNÓ, Lucio R. (orgs.). **Reforma política**: lições da história recente. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

RABAT, Márcio Nuno. **Análise crítica da reforma política**. Novembro de 2009.

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Fundo da Cultura, 1961.

TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000.

TERENZI, Gabriela; URIBE, Gustavo; AZEVEDO, Rayanne. Custo de R\$ 5 bilhões faz eleições deste ano baterem recorde histórico. **Folha Poder**. 30 de novembro de 2014.

VOGEL, Luiz Henrique. **O sistema proporcional de lista preordenada**. Novembro de 2011.

XIMENES, Julia Maurmann. **O comunitarismo e dinâmica do controle concentrado de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

* Recebido em 16 abr. 2016.



O IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS NO BRASIL E A REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIOECONÔMICAS: EXAME DA CONSTITUCIONALIDADE DO PLP 277/2008

*André Dias Fernandes**
*Álisson José Maia Melo***

Resumo

O imposto sobre grandes fortunas, a despeito de sua previsão originária na Constituição de 1988, até o presente não foi instituído no Brasil. Em tempos de crise fiscal, voltam-se as atenções para os projetos de lei que buscam regulamentar esse imposto. Nesse sentido, analisa-se a constitucionalidade do PLP 277/2008, em trâmite na Câmara dos Deputados. Afastando-se os argumentos contrários à instituição do imposto sobre grandes fortunas no Brasil, o imposto é examinado dentro de um contexto mais amplo de ordem econômica constitucional, para indicar que é propósito da Constituição de 1988 promover uma justiça igualitária em razão da inadequação do modelo meritocrático das sociedades de mercado. Após discussões sobre o conceito indeterminado de “grandes fortunas” e da adequação dos contribuintes, conclui-se que, embora o PLP 277/2008 seja inconstitucional em sentido formal e material, por desvirtuamento ao conceito de “grande fortuna” e por afronta aos princípios da capacidade contributiva, vedação ao confisco e isonomia fiscal, o imposto sobre grandes fortunas deve ser adequadamente instituído no Brasil, com o propósito de redução das desigualdades socioeconômicas.

Palavras-chave

Direito Constitucional. Justiça fiscal. Imposto sobre grandes fortunas. Redução das desigualdades. Brasil.

WEALTH TAX IN BRAZIL AND THE REDUCTION OF SOCIOECONOMIC INEQUALITIES: EXAMINATION OF THE CONSTITUTIONALITY OF PLP 277/2008

Abstract

The wealth tax, despite its original provision in the 1988 Brazilian Constitution, has not been instituted in Brazil until now. In times of fiscal crisis, attention is focused on bills that seek to regulate this tax. In this sense, it analyzes the constitutionality of PLP 277/2008, pending before the Chamber of Deputies. Setting apart arguments against the imposition of the wealth tax in Brazil, the tax is examined within a broader context of constitutional economic order, to indicate that it is the purpose of the 1988 Constitution to promote equal justice due to the inadequacy of the meritocratic model of market societies. After a discuss on the indeterminate concept of "large

* Doutor pela Universidade de São Paulo (USP). Juiz Federal. Professor universitário.

** Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito Tributário pela Faculdade 7 de Setembro (FA7). Professor universitário.

fortunes" and the definition of taxpayers, it concludes that, although PLP 277/2008 is unconstitutional in a formal and material sense, by distorting the concept of "great fortune" and by defying the principles of contributory capacity, prohibition of confiscation and fiscal isonomy, the wealth tax must be properly instituted in Brazil, with the purpose of reducing socioeconomic inequalities.

Keywords

Constitutional Law. Tax justice. Wealth tax. Inequalities reduction. Brazil.

1. INTRODUÇÃO

Fatos como a crise econômica mundial e a sua repercussão posterior no Brasil, associados à publicação de pesquisas relevantes em torno do problema da desigualdade, trazem novamente à tona problemas antigos de redução de desigualdades socioeconômicas no país, atrelados à preocupação com o financiamento do orçamento público nacional.

De um lado, Piketty¹ aponta, com base em dados secundários derivados, por exemplo, das declarações de imposto de renda, que, no esquema global, tem-se observado uma crescente concentração relativa de riqueza. Mais especificamente para o Brasil, embora se aponte que vem diminuindo timidamente o índice de Gini, em virtude de políticas sociais de redução de desigualdades adotada na última década, ainda assim o Brasil situa-se entre os países com graves desigualdades socioeconômicas². Com base em dados oriundos das declarações do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, é possível concluir que há uma forte concentração de riqueza nas camadas mais ricas, com elevadas concentração da distribuição³.

Mas os dados apresentados com base em declarações do imposto de renda mascaram graves disparidades econômicas. No Brasil, a legislação do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza não submete às mesmas regras os rendimentos de capital, que são tributados em alíquotas mais baixas⁴. As desigualdades socioeconômicas brasileiras são abissais. A concentração de renda no Brasil é uma das maiores do mundo. Segundo dados colhidos do IBGE, pesquisa do PNUD/2004 (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) evidencia a grande disparidade existente na apropriação da renda pelos ricos e pobres: o Brasil figura à frente apenas de países como Namíbia, Lesoto, Serra Leoa. De acordo com o gráfico apresentado pelo IBGE,

¹ PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução de Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

² BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Política Econômica. **Relatório da distribuição pessoal da renda e da riqueza da população brasileira**: dados do IRPF 2015/2014. Brasília, DF: Ministério da Fazenda, 2016, p. 3.

³ BRASIL, 2016, p. 14.

⁴ BRASIL. Secretaria de Relações Institucionais. Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social. **Indicadores de iniquidade do sistema tributário nacional**: relatório de observação n. 2. Brasília, DF: Presidência da República, 2010, p. 22-23.

“os 10% mais ricos apropriam-se de 46,7% da renda sendo de 85 vezes a razão entre ricos e pobres”.

Por outro lado, desde 1988 a Constituição prevê a criação de imposto incidente sobre o que denomina de grandes fortunas. Prestes a completar seis lustros, até então não conseguiu lograr um projeto que detivesse condições mínimas de aceitabilidade majoritária nas casas do Congresso Nacional. Várias causas podem ser alegadas para a falta de composição congressual para a aprovação de uma lei do imposto sobre grandes fortunas; a principal delas está na própria corrupção do sistema político pelo sistema econômico em nível nacional. Os principais grupos econômicos são os que patrocinam a candidatura da maioria dos políticos eleitos, razão pela qual há forte aversão a projetos de lei que visem a prejudicá-los, o que tornaria a previsão do imposto sobre grandes fortunas na Constituição um simples álibi político perante a sociedade brasileira⁵.

Em 1989, o então senador Fernando Henrique Cardoso apresentara o projeto de lei complementar 162/89, que foi aprovado no Senado e encaminhado à Câmara dos Deputados, recebendo o nº 202/89. Todavia, nunca chegou a ser efetivamente votado pela Câmara dos Deputados, embora esteja até hoje pronto para a pauta no Plenário da Câmara. Há mais três projetos de lei complementar apensados ao do então Senador Fernando Henrique Cardoso (202/89).

Em 2008, com o intuito de corrigir deficiências do Projeto de Lei Complementar nº 202/89, foi apresentado pela Deputada Luciana Genro, do PSOL, o Projeto de Lei Complementar nº 277/2008, visando a instituir o imposto sobre grandes fortunas e assim reduzir as desigualdades socioeconômicas no Brasil. Esse Projeto vem ganhando novo fôlego na Câmara dos Deputados, em virtude de sucessivos projetos apensados a ele.

Há vários argumentos favoráveis e contrários à instituição do imposto sobre grandes fortunas no Brasil, que serão analisados a seguir. Todavia, é imprescindível verificar a compatibilidade ou não do PLP 277/2008 com a CF/88, pois de nada adiantaria a aprovação pelo Congresso de um imposto que viesse a ser declarado inconstitucional, seja no controle difuso-concreto efetuado por qualquer juiz, seja no controle concentrado-abstrato exercido pelo STF. Desarte, o objeto do presente estudo de caso é analisar a viabilidade e a constitucionalidade do PLP 277/2008.

⁵ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 103-104.

A atualidade do Projeto em questão ainda permanece, à vista do exame dos projetos que foram apensados ao longo dos últimos anos⁶. É possível dividir os projetos apensados ao PLP 277/2008 em três grupos, condizentes com o período em que foram propostos. O primeiro grupo corresponde aos projetos apresentados em 2011 e 2012. O segundo grupo dos projetos apresentados em 2015. E o terceiro grupo dos mais recentes projetos, apresentados em 2016.

No primeiro grupo encontram-se os projetos da legislatura 2011-2014, incluindo-se:

- a) o PLP 26/2011, do Deputado Federal Amauri Teixeira (PT/BA), previu o piso de R\$ 5 mi para a grande fortuna, entendida como o conjunto de todos os bens e direitos situados no país ou no exterior, imponível a pessoas físicas domiciliadas no País, o espólio, pessoa física ou jurídica domiciliada no exterior em relação ao patrimônio no país, em alíquotas progressivas de 1 a 5%;
- b) o PLP 48/2011, do Deputado Federal Dr. Aluizio (PV/RJ), previu a criação da contribuição social das grandes fortunas, com piso em R\$ 5,52 mi e alíquotas progressivas de 0,55% a 1,8%, para financiamento da saúde;
- c) o PLP 62/2011, do Deputado Federal Cláudio Puty (PT/PA), previu o piso de R\$ 3 mi para a grande fortuna, nos mesmos moldes, com alíquotas progressivas de 0,5 a 2% e, como detalhe, que os recursos seriam destinados ao desenvolvimento do ensino e a aplicação subsidiária da legislação do imposto de renda;
- d) e, a reboque, o PLP 130/2012, de autoria de diversos deputados federais ligados ao Partido dos Trabalhadores, estipulou como grande fortuna o piso variável de oito mil vezes o limite mensal de isenção do imposto de renda, estipulando dessa forma um piso variável, e alíquotas variáveis de 0,5 a 1%.

Inaugurada a atual legislatura, logo no início da sessão legislativa de 2015, em fevereiro, mais quatro projetos foram apensados, a saber:

- e) o PLP 2/2015, do Deputado Federal Sarney Filho (PV/MA), pôs o piso de R\$ 5 mi, com alíquotas entre 0,5 e 1,5%;
- f) no PLP 6/2015, do Deputado Federal Hissa Abrahão (PPS/AM), grande fortuna é definida como valor acima de seis mil salários mínimos, em alíquotas progressivas de 0,1% a 0,5% e, como des-

⁶ CONGRESSO NACIONAL. Câmara dos Deputados. PLP 277/2008. **Portal da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, Projetos de Lei e Outras Proposições. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=388149>>. Acesso em 30 nov. 2016.

taque do projeto, há a previsão da divisão do produto da arrecadação entre os entes federativos e a previsão de despesas para certas áreas;

- g) o PLP 10/2015, de autoria conjunta de deputados federais oriundos de partidos e Estados diferentes, instituiu novamente a contribuição social sobre as grandes fortunas, com base de cálculo a partir de R\$ 4 mi e alíquotas progressivas de 0,4 a 2,1%, prevendo ainda que o produto da arrecadação será destinado à saúde;
- h) por fim, o PLP 11/2015, do Deputado Federal Valmir Assunção (PT/BA), propõe o piso de R\$ 5 mi, fixando o poder aquisitivo da moeda com base no valor em 1º de janeiro de 2012, em alíquotas variáveis de 1 a 5%.

O último conjunto de projetos apensados foi proposto na sessão legislativa de 2016. São os seguintes:

- i) o PLP 281/2016, do Deputado Federal João Derly (REDE/RS), estabelecendo o piso de R\$ 3 mi anuais, em alíquotas progressivas de 1 a 6%;
- j) o PLP 294/2016, do Deputado Federal Moses Rodrigues (PMDB/CE), sugere o piso de R\$ 5 mi anuais, em uma alíquota de 0,3% e uma segunda alíquota de 0,7% se acima de R\$ 15 mi;
- k) já o PLP 302/2016, do Deputado Federal Giuseppe Vecci (PSDB/GO), mantém os R\$ 5 mi, mas prevê três alíquotas, 0,5%, 0,75% e 1% se acima de R\$ 10 mi;
- l) o PLP 324/2016, de autoria dos Deputados Federais Flavinho (PSB/SP), Givaldo Carimbão (PHS/AL) e Joaquim Passarinho (PSD/PA), propõe como grande fortuna as quantias acima de R\$ 2 mi para pessoa física e o faturamento anual acima de dez vezes o valor máximo para o enquadramento como empresa de pequeno porte no Brasil para pessoas jurídicas, atualmente o equivalente a R\$ 48 mi, em alíquotas de 0,5 e 0,8% para pessoas físicas, no último caso se o patrimônio for superior a R\$ 5 mi, e de 1% para pessoas jurídicas.

Numa análise global, os projetos não possuem grandes variações em termos de conteúdo. Em vários deles há previsão de abatimentos, da aplicação subsidiária da legislação do imposto sobre a renda etc. Nesse sentido, não houve grandes avanços em relação ao PLP 277/2008, razão pela qual o exame específico desse projeto se faz mais do que suficiente para abranger os problemas presentes em todos os projetos.

2. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS À INSTITUIÇÃO DO IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS: A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

Cogitou-se na Assembléia Nacional Constituinte de 1987-88, da criação de um imposto que onerasse as classes com maior riqueza inspirada no modelo espanhol. De fato, foi instituído em 1977, pela Lei nº 50/1977, naquele ordenamento jurídico, o denominado *Impuesto Extraordinário sobre el Patrimonio de las Personas Físicas*, o qual incidia sobre os bens suntuosos, sendo assim um imposto sobre a ostentação.

Por tratar-se de um modelo de tributação analítica, ou seja, só englobava algumas espécies de bens e direitos, o modelo espanhol foi descartado pelo Constituinte brasileiro, preferindo assim um modelo sintético que incidisse sobre o patrimônio global, seguindo então a experiência francesa.

Em prol da instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas no Brasil, sustenta o economista Odilon Guedes⁷:

Já o Imposto Sobre Grandes Fortunas (IGF), previsto na Constituição Federal de 1988, poderia ser cobrado também de forma progressiva, segundo proposta de Amir Khair, arbitrando-se um nível mínimo de isenção e incidindo, por meio de alíquota reduzida, sobre o valor daquele patrimônio declarado no Imposto de Renda ao final do exercício, de pessoas físicas e jurídicas, que exceder o valor da isenção. [...]

É importante destacar, como forma de apoio à aprovação desse imposto, dados do Fundo Monetário Internacional (FMI) que mostram que a riqueza e o Produto Interno Bruto (PIB) mundial atingiram, em agosto de 2007, US\$ 190 trilhões e US\$ 48 trilhões respectivamente. Ou seja, a riqueza é quatro vezes superior ao PIB. Como já reiteramos, o Brasil apresenta uma das mais perversas distribuições de renda e riqueza do planeta e, diante desse quadro, podemos deduzir que entre nós a concentração deve ser bem maior do que a apresentada pelo FMI. Portanto, a aprovação do imposto sobre grandes fortunas é emergente.

Contudo, os tributaristas suscitam várias inconveniências na instituição do imposto sobre grandes fortunas no Brasil. Ives Gandra Martins⁸ assim resume essas dificuldades, *in verbis*:

[...] Desestimularia a poupança, com efeitos negativos sobre o desenvolvimento econômico; geraria baixa arrecadação, criando mais problemas que soluções (nos países que o adotaram, a média da arrecadação correspondeu de 1% a 2% do total dos tributos

⁷ GUEDES, Odilon. Mais para quem tem mais. São Paulo: **Le Monde Diplomatique Brasil**, n. 13, p. 23, 2008.

⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. O imposto que incide sobre Grandes Fortunas. **Consulex**, Consulex, v. 12, n. 273, p. 22-23, maio 2008, p. 23.

arrecadados); o controle seria extremamente complexo, com a necessidade de um considerável número de medidas para regulá-lo e fiscalizar a sua aplicação; por fim, poderia gerar fuga de capitais para países em que tal imposição inexistente (a esmagadora maioria não tem o IGF).

O Senador Francisco Dornelles⁹ articula a inviabilidade da instituição deste imposto, apontando sua extinção por vários países que o cobravam:

[...] Não é por outra razão que os países que criaram o imposto, tal como se pretende no Brasil, dele fugiram, depois de haverem penosamente tentado construir uma estrutura de controle dos patrimônios privados e de arrecadação do imposto sobre eles incidente.

[...] Na França, teve tão péssimos resultados tendo sido abolido em 1983. Foi restabelecido de forma atenuada pelo Governo de Mitterrand somente para marcar um posicionamento ideológico e atender a exigência do Partido Socialista. O caso [sic] do Japão é didático e a menção de sua experiência é oportuna. Depois de longamente estudar a possibilidade de introduzir o imposto, a idéia foi descartada, ante as dificuldades administrativas, no campo dos controles administrativos e sobretudo [sic] no da avaliação dos bens. Se a eficiência japonesa não se mostrou suficiente para administrar o imposto, provavelmente a brasileira também não. A Irlanda, que teve o imposto por muitos anos, atraída pela facilidade da tributação da riqueza visível, melhor avaliou suas vantagens e concluiu pela necessidade de eliminá-lo: a facilidade de administrar um imposto sobre bens tangíveis mostrou ser apenas miragem, diante da dificuldade de administrar um imposto em que os intangíveis são mais relevantes. Na Austrália, em um quadro não menos didático e mais oportuno, é clássico o estudo da Comissão Asprey: tendo-se debruçado seriamente sobre o tema, durante quatro anos, concluiu pela inviabilidade da adoção do imposto, por causa de dificuldades de toda ordem. Igualmente, no Canadá, o alvitre de criar o imposto sobre a riqueza foi logo posto de lado, diante dos sérios estudos levados a cabo pela Comissão Carter (Relatório da Comissão Real sobre Questões Fiscais).

Leandro Paulsen¹⁰, com esteio em Maria Clara de Mello Motta, expõe, por igual, as experiências infrutíferas por que passou o imposto sobre grandes fortunas:

⁹ DORNELLES, Francisco. Imposto sobre grandes fortunas. **Portal Francisco Dornelles**: o senador do Rio, Artigos, n. 31, 19 jul. 2006. Disponível em: <http://www.dornelles.com.br/inicio/index.php?option=com_content&task=view&id=347&Itemid=85> Acesso em: 17 maio 2010.

¹⁰ PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário** - Constituição e Código Tributário a luz da doutrina e da jurisprudência. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 308.

Há décadas vários países na Europa, bem como na Ásia, instituíram o imposto sintético sobre o patrimônio. Alguns o extinguíram em razão da redução da poupança interna, ou da arrecadação pouco significativa. Outros, como a Inglaterra, os Estados Unidos, o Canadá e a Austrália, diante da evidência das experiências mal sucedidas, nem chegaram a introduzi-lo no sistema tributário. O Japão o adotou em 1950, abolindo-o três anos depois. Na Itália, introduzido em 1946, foi suprimido no ano seguinte. Na Alemanha vigiu [sic] até 1995 e, como na França, a alíquota foi sensivelmente reduzida.

Acerca das experiências internacionais, confira-se ainda o estudo realizado por Fátima Fernandes Rodrigues de Souza, em parceria com Patrícia Fernandes de Souza Garcia¹¹:

Desde logo, constatamos que a trajetória desse tributo ao redor do mundo não foi brilhante. Entre os países da União Européia, somente a Espanha, a Finlândia, a França, Luxemburgo e Suécia mantêm um imposto sobre a fortuna. A Alemanha e a Dinamarca suprimiram-no entre 1997 e 1996, respectivamente, o mesmo tendo feito os Países Baixos, em 2001. O Canadá rejeitou a idéia de instituição deste imposto, já em 1966, assim como os Estados Unidos. Na Grã-Bretanha, embora discutido desde a década de 1960, e, em 1974, tenha sido nomeada uma comissão para avaliar a conveniência de adotá-lo, o imposto não foi introduzido no ordenamento britânico. Já a Irlanda instituiu-o, em 1974, e o revogou 4 anos depois. Na Itália, o imposto foi criado em 1946 e retirado do sistema jurídico em 1978. No Japão, foi criado em 1950 e abolido em 1953, tendo apresentado arrecadação insignificante e falhado como instrumento de combate à evasão de renda.

Os argumentos desfavoráveis poderiam ser assim sumariados:

- a) desestimularia a poupança e privilegiaria os investidores estrangeiros, pois os verdadeiramente ricos teriam como transferir seus bens para o exterior ou colocá-los em nome de empresas, ou seja, o imposto seria cobrado basicamente da classe média alta: os investidores estrangeiros seriam beneficiados porquanto não precisam possuir bens de raiz no Brasil para lucrar na Bolsa de Valores;
- b) incentivaria a fuga de capitais;
- c) as despesas com a cobrança e a fiscalização superariam o valor arrecadado;
- d) elevado risco de sonegação (ex: omissão na declaração de alguns objetos, como por exemplo, as joias);

¹¹ GARCIA, Patrícia F. de Souza e SOUZA, Fátima F. Rodrigues de. **Imposto Sobre Grandes Fortunas: Ideologia x Realidade**. São Paulo: Fecomercio, 2008, p. 100.

- e) vários países que antes cobravam o imposto deixaram de fazê-lo, sobretudo em razão da baixa arrecadação, da complexidade para sua instituição e arrecadação, e de crises econômicas como a atual;
- f) a carga tributária brasileira já é uma das mais altas do mundo: em vez de criar mais um imposto, o País deveria fiscalizar melhor a arrecadação dos tributos já existentes e sua destinação, promovendo dessa forma uma maior justiça fiscal e social.

Essas inconveniências, todavia, não são decisivas para a rejeição do imposto sobre grandes fortunas, uma vez que poderiam ser eventualmente superadas. Por exemplo: os custos com a cobrança e fiscalização do imposto poderiam ser minimizados com o aproveitamento da estrutura do imposto de renda pessoa física, incluindo o programa de elaboração e envio da declaração de IRPF, mediante as devidas adaptações. Cumpre, porém, averiguar se o PLP nº 277/2008 é constitucional ou não.

3. A QUESTÃO CONSTITUCIONAL SUBJACENTE AO IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS

Não é possível uma leitura isolada do texto constitucional, é o que diz a lição que já se tornou clássica¹². Tal inteligência aplica-se também ao imposto sobre grandes fortunas, previsto no art. 153, VII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88). Os projetos de lei remetem simplesmente ao cumprimento do objetivo fundamental da República de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais, prevista no art. 3º, III. Mas resumir a questão a este ponto é no mínimo faltar com a noção de unidade da constituição. É preciso ampliar os horizontes da tributação para o nível constitucional.

E, para tanto, principia-se a leitura pelo exame da Ordem Econômica na CF/88. Ora, uma ordem econômica adequada deve contemplar todos os atores envolvidos no processo produtivo nacional entre os quais se destaca também o Estado. Conforme o disposto no art. 170, *caput*, a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Todavia, entre seus princípios, inclui a redução das desigualdades sociais; ou seja, aquilo que para a República é um objetivo, para a ordem econômica é um dos nortes orientadores dos processos econômicos em prol do objetivo último — a existência digna conforme os ditames da justiça social. Logo, resta confirmado que o Estado é um ator imprescindível nesse processo.

¹² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 161.

A atuação do Estado, ainda conforme as regras da Ordem Econômica na CF/88, se dá sob duas modalidades: atuando diretamente na economia, seja como mais um *player* no mercado (art. 173) — intervenção por participação —, seja como detentor de um setor econômico para o qual tem responsabilidade de gerir sob a forma de monopólio (arts. 176 e 177) ou de serviço público (art. 175) — intervenção por absorção —, ou indiretamente, seja como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174) — intervenção por direção —, seja, por fim, mediante o manejo dos recursos pela tributação — intervenção por indução¹³. A tributação, portanto, enquanto receita derivada, é parcela do resultado econômico que é dada ao Estado para buscar cumprir seus objetivos.

Olhar para o Sistema Tributário Nacional é olhar também para a ordem econômica e para a forma como ela está organizada; em outras palavras, verificar o esquema da distribuição dos ônus pela realização da coisa pública. Noutro sentido, a distribuição dos ônus tributários também estabelece um determinado conjunto das regras do jogo, gerando consequências nos resultados do próprio mercado. De forma criteriosa, Natalino Irti¹⁴ demonstra que a ordem do mercado, como manifestação de decisões de política econômica, é artificial e depende diretamente das regras jurídicas produzidas pelo Estado. Murphy e Nagel¹⁵, por sua vez colocam em perspectiva a própria noção de propriedade privada, concebendo-a como uma convenção jurídica definida em parte pelo sistema tributário; em outras palavras, a apropriação privada somente existe após o cumprimento de todas as regras disponíveis para a conformação do mercado, entre as quais as regras de tributação.

O imposto sobre grandes fortunas deve enquadrar-se dentro do esquema global da ordem econômica. Pela sua própria natureza, esse imposto tem por objetivo exigir daqueles que se aproveitam das regras do mercado, mais especificamente daqueles que adquirem resultados excelentes, preferencialmente no longo prazo, a responsabilidade social precípua de contribuir para a justiça social. Não significa necessariamente que a Constituição seja avessa à formação de grandes fortunas no Brasil; o que se pede, apenas, é que seja cumprido o ônus econômico para se manter fortunas às custas da população. Aparentemente, a Constituição de 1988 busca promover uma determinada justiça igualitária que não desmereça o esforço, mas que também não o coloque como única e exclusiva causa do resultado favorável na economia. Sem aprofundar na reflexão filosófica subjacente, Michael Sandel¹⁶ expõe o

¹³ GRAU, 2015, p. 143-144.

¹⁴ IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. 3. ed. Roma: Laterza, 2004, p. 38-39.

¹⁵ MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade: os impostos e a justiça*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 11 e ss.

¹⁶ SANDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 4. ed. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 190 e ss.

princípio igualitário de John Rawls no sentido de que as sociedades de mercado, ao promoverem a concepção meritocrática, permanecerão perpetuando desigualdades de partida para aqueles que nascem com talentos ou que venham de famílias que proporcionem.

A Constituição brasileira contém explicitamente um modelo capitalista de produção¹⁷, mas cobra em diversas ocasiões o respeito à função social da apropriação privada (art. 5º, XXIII) e de seus consectários. Portanto:

Uma vez que os princípios de justiça estabeleçam os termos da cooperação social, as pessoas passam a ser merecedoras dos benefícios que obtiverem ao cumprir as regras. Mas, se a Receita Federal as obrigar a dar uma parte de sua renda para ajudar os menos favorecidos, elas não poderão reclamar que estão sendo privadas de algo que moralmente merecem.¹⁸

Entre outras questões, a definição das diferenças salariais e da taxa de retorno dos investimentos lucrativos é moralmente arbitrária. O imposto sobre grandes fortunas, nessa perspectiva, visaria em última análise a desestimular a perpetuação das desigualdades de ponto de partida nas regras de jogo do mercado.

4. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO PLP 277/2008

O art. 3º, III, da CF/88 aponta como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a redução das desigualdades sociais e regionais e a erradicação da pobreza. O inciso II do mesmo art. 3º elege como meta a garantia do desenvolvimento nacional e o inciso I impõe a construção de uma sociedade mais justa, livre e solidária.¹⁹ O inciso IV, por sua vez, proíbe tratamento

¹⁷ GRAU, 2015, p. 345.

¹⁸ SANDEL, 2011, p. 200.

¹⁹ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, **justa e solidária**;

II - **garantir o desenvolvimento nacional**;

III - **erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais** e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

discriminatório. Tais metas são garantidas, no âmbito tributário, por princípios constitucionais como o da isonomia tributária²⁰ e da capacidade contributiva²¹.

Tais princípios estão entrelaçados: o próprio princípio da capacidade contributiva já é um desdobramento do princípio da isonomia tributária, considerada no seu sentido material (tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, em ordem a igualá-los), visto que o princípio da isonomia tributária é uma aplicação do princípio-mor da isonomia à seara tributária. É justo e solidário (art. 3º da CF/88) que quem tem mais recursos seja chamado a contribuir em maior proporção para o custeio as despesas estatais, inclusive as de implementação das medidas destinadas a minorar as desigualdades socioeconômicas. Assim, quem tem maior capacidade contributiva deve pagar mais tributos do que os que têm menos.

No entanto, após acirrados debates econômicos e jurídicos, consolidou-se a ideia de que, a partir de certo limite, a mera proporcionalidade da alíquota do tributo é insuficiente para cumprir e concretizar o princípio da capacidade contributiva. Assim, a partir de certo ponto, não basta que o tributo tenha uma alíquota fixada em percentual sobre a base de cálculo (proporcionalidade): é preciso que as próprias alíquotas percentuais aumentem gradativamente (progressividade gradual. Portanto, a fixação de uma alíquota única em forma de percentagem (proporcionalidade) atende melhor a capacidade contributiva do que a instituição de uma alíquota não-percentual (tributo de valor fixo, imutável²²), mas o escalonamento progressivo de alíquotas (progressividade) concretiza com maior perfeição ainda o princípio da capacidade contributiva.

Atenta a isso, a própria CF/88 determinou que alguns impostos tivessem caráter progressivo, como o imposto de renda, que é um imposto pessoal (por-

²⁰ “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;”

O art. 151 da CF/88, em atenção ao princípio da isonomia material (tratar desigualmente os desiguais) abre exceção ao princípio da uniformidade geográfica da tributação:

“Art. 151. É vedado à União:

I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, **admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País;**”

²¹ Art. 145. [...] § 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e **serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte**, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

²² Muitas taxas costumam ter valor fixo, já determinado em reais na lei. Exemplo: taxa de expedição de passaporte.

que considera as características subjetivas do contribuinte, *i.e.*, se tem dependentes, se tem gastos com educação, com saúde, etc.) e progressivo (não há alíquota única, mas várias alíquotas escalonadas). No caso do IRPF, por força de lei aprovada nos últimos anos, foram criadas mais 2 alíquotas intermediárias, de modo que agora o IRPF conta com 5 alíquotas: 0% (faixa de isenção), 7,5%, 15%, 22,5% e 27,5%.

A lei anterior do IRPF não era inconstitucional por ter fixado apenas 3 alíquotas, mas o princípio da capacidade contributiva passou a ser mais bem concretizado do que antes. De fato, tendo a natureza de norma-princípio (e não de norma-regra), ou seja, constituindo “mandamento de otimização”²³, o princípio da capacidade contributiva pode ser cumprido em maior ou menor grau. Com a criação de 2 novas alíquotas intermediárias (7,5% e 22,5%), o princípio da capacidade contributiva passou, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas reais, a ser cumprido com maior perfeição e em maior grau no que toca ao IRPF.

Essa progressividade do imposto de renda é dita “fiscal” porque visa precipuamente a arrecadar mais (finalidade arrecadatória) em função da capacidade contributiva do seu sujeito passivo, distribuindo melhor a riqueza, diferentemente da progressividade “extrafiscal” do IPTU e do ITR, *v.g.*, que visa primordialmente a fazer cumprir a função social da propriedade (urbana e rural, respectivamente), e não a arrecadar mais de quem tem maior capacidade contributiva (pode ser que o dono do terreno improdutivo nem seja rico). Há dois limites à progressividade fiscal do imposto de renda: o mínimo existencial e a vedação ao confisco. De feito, até um certo limite, não pode haver incidência do imposto, sob pena de vulneração do princípio da capacidade contributiva em razão da tributação do mínimo indispensável à sobrevivência digna do indivíduo (mínimo existencial ou vital). No mínimo vital não há capacidade contributiva: esta principia a existir onde cessa aquele. Por isso, há uma faixa de isenção no IRPF.

Por outro lado, além de um certo limite, também não pode haver tributação, pois esta equivaleria a um confisco, por suprimir indevidamente parcela considerável da renda do indivíduo. Como assinala Machado Segundo²⁴, “[o] tributo não pode configurar ônus tão pesado que inviabilize o exercício de um direito, que, aliás, muitas vezes é fundamental (propriedade e livre-iniciativa”. Portanto, a capacidade contributiva cessa quando começa a haver confisco. Por isso, a alíquota do IRPF é limitada a 27,5% (alíquota máxima). Ocorre que quando o indivíduo é detentor de uma grande fortuna, a própria utilidade

²³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

²⁴ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Confisco, mínimo existencial e isonomia. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CASTILHO, Ricardo (Org.). **Direito tributário e direitos fundamentais: limitações ao poder de tributar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 125.

(marginal) da sua renda decresce à medida que a renda cresce, ou seja, quanto maior a renda, mais ela tende a ser aplicada em despesas e bens desnecessários, supérfluos, suntuosos (jatinhos, iates, helicópteros, imóveis de veraneio no exterior, etc.). Uma parcela dessa elevada renda será aplicada em despesas e bens indispensáveis ao consumo, mas uma parcela muito maior dela será aplicada em bens suntuários.

É o que reza a “lei da utilidade marginal decrescente”. Segundo a ciência econômica, a utilidade de um bem econômico pode ser classificada em “utilidade total” e “utilidade marginal”. Para Mankiw²⁵, “a utilidade marginal de qualquer bem é o aumento de utilidade que o consumidor obtém de uma unidade adicional do bem em questão”. A lei da utilidade marginal decrescente expressa uma conclusão aparentemente lógica para a distribuição de renda, desde um ponto de vista utilitarista, de que “à medida que a renda de uma pessoa aumenta, o bem-estar adicional derivado de um dólar adicional de renda diminui”²⁶.

O exemplo mais paradigmático da chamada utilidade marginal decrescente se dá com a água: um copo de água vale subjetivamente cada vez menos para uma pessoa sedenta à medida que ela toma um copo a mais de água. A unidade seguinte gera menor satisfação do que a anterior. Se apresentássemos a utilidade total num gráfico relacionando-a com a quantidade consumida do bem, este teria o aspecto de uma curva de inclinação positiva, mas decrescente; por sua vez, a curva da utilidade marginal surge com inclinação negativa.

Portanto, é justo que uma pequena fração da renda e do patrimônio extraordinariamente grande, que seria aplicado em bens supérfluos (parcela da renda e do patrimônio com baixíssima utilidade marginal), seja distribuído pelo Estado entre os mais desafortunados, mediante um acréscimo de tributação além do IRPF e dos demais tributos pagos na aquisição e manutenção desses bens.

É claro que não se poderá estabelecer uma alíquota muito elevada de imposto sobre grandes fortunas, pois o princípio da vedação ao confisco também se aplica às grandes fortunas, embora de forma mitigada. Mas uma alíquota baixa de imposto serve para conciliar adequadamente os princípios da capacidade contributiva, da isonomia (material) tributária, da justiça fiscal e da solidariedade, de um lado, com os princípios da vedação ao confisco e do livre exercício de atividade econômica e com o direito fundamental à propriedade, de outro lado.

²⁵ MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Tradução de Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Cengage Learning, 2009, p. 462.

²⁶ MANKIW, 2009, p. 437.

Por semelhante razão, não se poderá eleger como base de cálculo do imposto sobre grandes fortunas aquilo que não se amolde ao conceito constitucional de “grande fortuna”, sob pena de ofensa ao art. 153, VII, da CF/88, aos aludidos princípios da vedação ao confisco (CF/88, art. 150, IV), da capacidade contributiva (CF/88, art. 145, § 1º), da isonomia material tributária (CF/88, art. 150, II) e do livre exercício de atividade econômica (CF/88, art. 170, parágrafo único) e ao direito fundamental à propriedade (CF/88, art. 5º, *caput* e XXII).

Com efeito, a incidência do imposto sobre grandes fortunas sobre aquilo que não constitua “grande fortuna” não encontra justificativa econômica, nem jurídica, representando uma injusta apropriação estatal (confisco) e uma nítida agressão à capacidade contributiva do indivíduo. Qualquer acréscimo a esse título sobre o patrimônio de pessoas da classe média brasileira (e até mesmo da classe alta que não sejam possuidores de “grandes fortunas”) comprometeria o exercício da atividade profissional e o desenvolvimento nacional. A lei da utilidade marginal somente autoriza a instituição de imposto sobre “grandes fortunas”, não sobre “pequenas fortunas”, nem sobre patrimônios comuns.

O nó górdio está, pois, em definir o que constitui “grande fortuna” para efeito de incidência do imposto, bem como o que configura alíquota razoável para este imposto. “Grande fortuna” e “alíquota razoável” para efeito de imposto sobre grandes fortunas, em verdade, enquadram-se na categoria de conceitos jurídicos indeterminados. Estes se caracterizam por possuírem uma zona de certeza positiva, uma zona de certeza negativa e uma zona intermédia entre elas (área de incerteza).

A existência de um conceito jurídico indeterminado levaria num primeiro instante à impossibilidade de definição da base de cálculo do imposto sobre grandes fortunas. A existência dessas três zonas suscita uma relevante questão: como o Poder Judiciário deve agir quando instado a sindicá-la infringência à Constituição quando a lei impugnada se insere dentro da zona intermediária de incerteza? Antolha-se-nos que deve prestigiar a escolha legislativa, diante da ausência de parâmetros empíricos e jurídicos seguros de controle, bem como em atenção ao princípio da separação de Poderes, bem assim em homenagem à presunção de constitucionalidade das leis.

Todavia, não é esse o caso do PLP 277/2008, que conceituou como “grande fortuna” aquela que ultrapasse R\$ 2 milhões (art. 1º)²⁷, aí incluído o patrimônio total da pessoa física (imóvel onde reside, carro que utiliza, etc.), no Brasil ou no exterior, com algumas poucas exceções (art. 3º, § 2º)²⁸. A maio-

²⁷ “Art. 1º O imposto sobre grandes fortunas tem por fato gerador a titularidade, em 1º de janeiro de cada ano, de fortuna em valor superior a R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), expressos em moeda de poder aquisitivo de 1º de janeiro de 2009.”

²⁸ “Art. 3º [...] § 2º Serão excluídos do patrimônio, para efeito de determinar a fortuna sujeita ao imposto:

ria dos demais projetos apensados, determinando o piso do que se pode considerar uma grande fortuna numa faixa de R\$ 2 a 5 milhões, incorrem no mesmo equívoco, bem como ignoram, em grande parte, a depreciação da moeda nacional. Portanto, no caso específico do PLP 277/2008, a inconstitucionalidade é evidente e, como tal, deve ser declarada pelo Poder Judiciário, caso o projeto seja convertido em lei. Como assinalam Cavalcante e Torres²⁹:

O que preocupa nestes projetos são os valores baixos para a primeira incidência do tributo, que certamente alcançarão os assalariados que constituíram, em muitos casos, um patrimônio em poupança ou bens imóveis (quase sempre decorrentes de financiamentos de até 30 anos), bens estes que não representam uma grande fortuna para efeitos de incidência do IGF.

Tal inconstitucionalidade é formal e material. É formal porque o art. 153, VII, da CF/88 só conferiu competência à União para instituir imposto sobre “grandes fortunas” e o legislador infraconstitucional não pode distorcer o conceito constitucional de “grandes fortunas” para o fim de ampliar sua própria competência tributária. Em matéria de atribuição constitucional de competência tributária, não há espaço para ficções jurídicas para burlar a vontade constitucional. Dessarte, o PLP 277/2008 padece de inconstitucionalidade formal decorrente de incompetência legiferante.

A inconstitucionalidade do PLP 277/2008 é ainda material, porquanto malfere o núcleo dos princípios da vedação ao confisco (CF/88, art. 150, IV)³⁰, da capacidade contributiva (CF/88, art. 145, § 1º), da isonomia material tributária (CF/88, art. 150, II), do livre exercício de atividade econômica (CF/88, art. 170, par. único), bem como a essência do direito fundamental à propriedade (CF/88, art. 5º, *caput* e XXII). A natureza confiscatória deve ser identificada pela situação das pessoas submetidas ao imposto sobre grandes fortunas³¹. A inconstitucionalidade do PLP 277/2008, da forma como redigido, é total, maculando-o completamente, pois o próprio art. 1º, que lhe define o fato gerador, padece desse vício. Assim, não há como declarar a inconstitucionalidade apenas do art. 5º, na parte que estabelece alíquotas sobre patrimônios a partir de dois milhões de reais.³²

-
- a) os instrumentos utilizados pelo contribuinte em atividades de que decorram rendimentos do trabalho assalariado ou autônomo, até o valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais);
 - b) os objetos de antiguidade, arte ou coleção, nas condições e percentagens fixadas em lei;
 - c) outros bens cuja posse ou utilização seja considerada pela lei de alta relevância social, econômica ou ecológica.”

²⁹ CAVALCANTE, Denise Lucena; TORRES, Heleno Taveira. A tributação sobre a riqueza volta à cena: o imposto sobre grandes fortunas no Brasil. In: PINTO, Felipe Chiarello de Souza; PASIN, João Bosco Coelho; SIQUEIRA NETO, José Francisco (Org.). **Direito, economia e política**: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, 2015, p. 688.

³⁰ CAVALCANTE; TORRES, 2015, p. 689.

³¹ MACHADO SEGUNDO, 2012, p. 126.

³² Art. 5º. O imposto incidirá às seguintes alíquotas:

Algumas observações complementares em torno do conceito de “grande fortuna” devem ainda ser estabelecidas. Em primeiro lugar, a noção de grande fortuna pode ser estabelecida pela legislação em termos relativos: um dos projetos pensados estabeleceu o piso de oito mil vezes a faixa de isenção do imposto de renda, outro projeto estabeleceu o piso de seis mil salários mínimos; embora estejam no caminho mais adequado para a questão, ainda cometem equívocos ao se atrelarem a índices determináveis pelo próprio Estado. Em segundo lugar, ter uma grande fortuna no Brasil depende do nível de desigualdade existente — logo, trata-se de um conceito dependente do grau de disparidade econômica; em outras palavras, é necessário verificar, periodicamente, como estão configuradas as desigualdades econômicas do país. Exemplificativamente, no ano de 2008, o Brasil registrava 220 mil cidadãos que possuíam investimentos no mercado financeiro de pelo menos US\$ 1 milhão, detendo, no total, US\$ 1,2 trilhão em aplicações financeiras; no mesmo sentido, com base em levantamentos das declarações do imposto de renda do ano de 2006, um grupo de 138 declarantes possuíam rendimentos tributáveis acima de R\$ 45 bilhões³³.

Todavia, é preciso separar, dentro das fortunas, as que podem ser reconhecidas como grandes fortunas. Nesse contexto, muitas fortunas estão mascaradas por forma de participações empresariais e por divisão do patrimônio dentro do mesmo grupo familiar. Com efeito, a Receita Federal do Brasil possui uma coordenação especial de acompanhamento dos maiores contribuintes, caracterizados por um grupo que, em 2011, era “composto por 12.153 pessoas jurídicas de alta capacidade contributiva e 5.140 pessoas físicas de alta renda, os quais respondem por aproximadamente 70% da arrecadação dos tributos federais”³⁴. Alguns projetos incluíam como contribuintes do imposto sobre grandes fortunas pessoas jurídicas; entretanto, associar o imposto a pessoas jurídicas pode não ser adequado ao conceito de grandes fortunas. Mais adequado para o cálculo do imposto seria considerar os direitos em ações empresariais.

Por outro lado, nenhum dos projetos cogitou a consideração de grupos familiares para o cômputo do que se pode considerar uma grande fortuna,

| Classe de valor de patrimônio (em R\$) | Alíquota |
|--|----------|
| Até 2.000.000,00 | Isento |
| de 2.000.000,01 a 5.000.000,00 | 1% |
| de 5.000.000,01 a 10.000.000,00 | 2% |
| de 10.000.000,01 a 20.000.000,00 | 3% |
| de 20.000.000,01 a 50.000.000,00 | 4% |
| Mais de 50.000.000,00 | 5% |

³³ SINDIFISCO NACIONAL. **Nota técnica nº 19:** imposto sobre grandes fortunas, uma oportunidade de maior justiça tributária. Brasília, DF: Sindifisco Nacional, 2010, p. 4-6.

³⁴ BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal do Brasil. Superintendência Regional na 6ª Região Fiscal. **Prestação de contas ordinárias anual:** relatório de gestão do exercício de 2011. Belo Horizonte: SRRF 06, 2012, p. 53.

haja vista que, pela própria natureza do imposto, seria adequada sua incidência sobre famílias multimilionárias, desde que não ocorresse bitributação. Estudos apontam que, com base em levantamento no ano de 2000, do 1% das famílias mais ricas do mundo, 2,5% são brasileiras, havendo, portanto, parcela significativa de famílias com capacidade contributiva para o imposto sobre grandes fortunas³⁵.

Há ainda outros vícios de inconstitucionalidade no PLP 277/2008, como, *v.g.*, no que respeita à outorga de competência a lei ordinária para estabelecer hipóteses de redução de base de cálculo do IGF (ou isenção, conforme se considere)³⁶. De fato, o art. 150, § 6º, da CF/88 exige lei específica para concessão de isenções, reduções de base de cálculo, benefícios fiscais, etc.³⁷, mas no caso do IGF essa lei específica deverá ser uma lei complementar, visto que se trata de imposto que deve ser integralmente instituído por lei complementar (CF/88, art. 153, VII), e lei ordinária não pode alterar lei complementar, ainda que com (inválida) autorização prévia desta, pois a regra constitucional atributiva de competência não pode ser burlada nem mesmo pelo legislador complementar³⁸.

5. CONCLUSÃO

A instituição do imposto sobre grandes fortunas no Brasil certamente contribuiria para a redução das desigualdades socioeconômicas, por redistribuir pequena parcela da riqueza excedente dos muito abastados diretamente aos pobres. É que o art. 80 do ADCT, excepcionando o art. 167, IV, da CF/88,

³⁵ CARVALHO, Pedro Humberto Bruno de. **Nota técnica:** as discussões sobre a regulamentação do imposto sobre grandes fortunas: a situação no Brasil e a experiência internacional. Rio de Janeiro: IPEA, 2011, p. 36.

³⁶ “Art. 3º [...] § 2º Serão excluídos do patrimônio, para efeito de determinar a fortuna sujeita ao imposto: [...]

b) os objetos de antiguidade, arte ou coleção, **NAS CONDIÇÕES E PERCENTAGENS FIXADAS EM LEI;**

c) outros bens cuja posse ou utilização **SEJA CONSIDERADA PELA LEI** de alta relevância social, econômica ou ecológica.”

³⁷ “§ 6.º **Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g. (Redação dada pela EC nº 3/93)”**

³⁸ Em situação análoga, decidiu o STF que o legislador ordinário não pode delegar ao Executivo competência para estabelecer isenções mediante decreto (ADI 1296-MC).

destina a arrecadação do IGF integralmente ao “Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza”³⁹, não havendo possibilidade de desvinculação dessa receita, conforme dispõe expressamente o art. 80, § 1º, do ADCT da CF/88⁴⁰. Destarte, os pobres seriam os beneficiários diretos do IGF. Mas instituição do IGF deve observar a norma constitucional atributiva de competência tributária e os princípios constitucionais tributários envolvidos, o que não ocorreu no caso do PLP nº 277/2008.

À luz de todo o exposto, conclui-se pela inviabilidade e inconstitucionalidade formal e material do PLP nº 277/2008. Outros obstáculos merecem consideração, à guisa de conclusão. Primeiramente, o argumento de que o imposto gera uma ineficiência na arrecadação não colhe, mas o imposto sobre grandes fortunas não deve ser utilizado como mecanismo de combates a crises arrecadatórias⁴¹, razão pela qual a destinação ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza seja a solução mais satisfatória. Cavalcante e Torres⁴² também sustentam que não procede a alegação de impraticabilidade do imposto, “em virtude dos vários instrumentos tecnológicos de hoje dispõe a Administração Pública Federal. A riqueza é atualmente mais visível, principalmente quando de grande porte”.

No que concerne à evasão fiscal decorrente da instituição do imposto sobre grandes fortunas, há que se considerar no projeto de lei instrumentos antielisivos⁴³. De mais a mais, a Constituição de 1988 deve ser interpretada, na sua conjuntura, como um convite a um modelo de enriquecimento economicamente sustentável no país, permitindo uma exploração dos recursos naturais e humanos, e em repúdio ao lucro arbitrário e ao enriquecimento desmesurado sem a devida contrapartida social.

Se devidamente instituído, delimitando adequadamente o universo restrito de pessoas e famílias enquadradas no conceito indeterminado de proprietárias de “grandes fortunas”, dentro da zona de certeza positiva, afasta-se também a crítica relativa ao aumento da carga tributária, uma vez que haverá a promoção da tributação sobre o patrimônio e capital em mitigação ao modelo atualmente adotado de tributação sobre o consumo⁴⁴. Sem prejuízo da vali-

³⁹ “ADCT - Art. 80. Compõem o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza: [...] III - o **produto da arrecadação do imposto de que trata o art. 153, inciso VII, da Constituição;**” (Incluído pela EC nº 31, de 2000)

⁴⁰ “Art. 80. § 1º Aos recursos integrantes do Fundo de que trata este artigo não se aplica o disposto nos arts. 159 e 167, inciso IV, da Constituição, **assim como qualquer desvinculação de recursos orçamentários.** (Incluído pela EC nº 31, de 2000)”

⁴¹ SILVA, Jules Michelet Pereira Queiroz e. **Imposto sobre grandes fortunas, fuga de capitais e crescimento econômico.** Consultoria Legislativa: estudo. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015, p. 8.

⁴² CAVALCANTE; TORRES, 2015, p. 690.

⁴³ SILVA, 2015, p. 8.

⁴⁴ SINDIFISCO NACIONAL, 2010, p. 19.

dade dos argumentos no sentido de que a incidência do imposto sobre grandes fortunas poderá, de um lado, ser repassado como custo adicional na atividade empresarial — impactando no custo das mercadorias adquiridas por consumidores — e, de outro lado, ensejar sonegação e a celebração de acordos de moratória e parcelamento com os grandes contribuintes, é importante observar a externalidade positiva que pode ser produzida com a instituição desse imposto, como uma solução gradual e efetiva da legislação tributária em prol do aprimoramento da relação moral estabelecida entre o Estado e os cidadãos brasileiros⁴⁵.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte, 1988.

_____. _____. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte, 1988.

_____. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal do Brasil. Superintendência Regional na 6ª Região Fiscal. **Prestação de contas ordinárias anual**: relatório de gestão do exercício de 2011. Belo Horizonte: SRRF 06, 2012

_____. _____. Secretaria de Política Econômica. **Relatório da distribuição pessoal da renda e da riqueza da população brasileira**: dados do IRPF 2015/2014. Brasília, DF: Ministério da Fazenda, 2016.

_____. Secretaria de Relações Institucionais. Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social. **Indicadores de iniquidade do sistema tributário nacional**: relatório de observação n. 2. Brasília, DF: Presidência da República, 2010

CARVALHO, Pedro Humberto Bruno de. **Nota técnica**: as discussões sobre a regulamentação do imposto sobre grandes fortunas: a situação no Brasil e a experiência internacional. Rio de Janeiro: IPEA, 2011

CAVALCANTE, Denise Lucena; TORRES, Heleno Taveira. A tributação sobre a riqueza volta à cena: o imposto sobre grandes fortunas no Brasil. In: PINTO, Felipe Chiarello de Souza; PASIN, João Bosco Coelho; SIQUEIRA NETO, José Francisco (Org.). **Direito, economia e política**: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, 2015, p. 681-693.

⁴⁵ MELO, Álisson José Maia. Moral tributária e imaginário da tributação no Brasil. In: LINHARES, Emanuel Andrade et al. (Org.). **Estudos do imaginário jurídico**. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 23.

CONGRESSO NACIONAL. Câmara dos Deputados. PLP 277/2008. **Portal da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, Projetos de Lei e Outras Proposições. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=388149>>. Acesso em 30 nov. 2016.

DORNELLES, Francisco. Imposto sobre grandes fortunas. **Portal Francisco Dornelles**: o senador do Rio, Artigos, n. 31, 19 jul. 2006. Disponível em: <http://www.dornelles.com.br/inicio/index.php?option=com_content&task=view&id=347&Itemid=85> Acesso em: 17 maio 2010.

GARCIA, Patrícia F. de Souza; SOUZA, Fátima F. Rodrigues de. **Imposto sobre grandes fortunas: Ideologia x Realidade**. São Paulo: Fecomercio, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

GUEDES, Odilon. Mais para quem tem mais. São Paulo: **Le Monde Diplomatique Brasil**, ano 2, n. 13, p. 23, ago. 2008.

IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**. 3. ed. Roma: Laterza, 2004.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Confisco, mínimo existencial e isonomia. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CASTILHO, Ricardo (Org.). **Direito tributário e direitos fundamentais: limitações ao poder de tributar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 113-126.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Tradução de Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O imposto que incide sobre Grandes Fortunas. **Consulex**, Consulex, v. 12, n. 273, p. 22-23, maio 2008.

MELO, Álisson José Maia. Moral tributária e imaginário da tributação no Brasil. In: LINHARES, Emanuel Andrade et al. (Org.). **Estudos do imaginário jurídico**. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 3-24.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade**: os impostos e a justiça. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

PAULSEN, Leandro. **Direito tributário: Constituição e Código Tributário a luz da doutrina e da jurisprudência**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução de Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

SANDEL, Michael. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. 4. ed. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SILVA, Jules Michelet Pereira Queiroz e. **Imposto sobre grandes fortunas, fuga de capitais e crescimento econômico**. Consultoria Legislativa: estudo. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015.

SINDIFISCO NACIONAL. **Nota técnica nº 19**: imposto sobre grandes fortunas, uma oportunidade de maior justiça tributária. Brasília, DF: Sindifisco Nacional, 2010.

*** Recebido em 30 nov. 2016.**



DEFESA DA CONCORRÊNCIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: IMPLICAÇÕES DA LEI N. 12.846/2013

*Brenno Roberto Amorim Barcelos **
*Luiz Antonio Soares Hentz ***

Resumo

O presente trabalho realiza o cotejamento de duas recentes legislações — Lei n. 12.529/2011 denominada de Lei do CADE e Lei n. 12.846/2013 conhecida como Lei Anticorrupção — que alteraram o sistema de defesa da concorrência e tem gerado importantes desafios para os que as operam. Objetiva-se analisar os novos institutos da Lei Anticorrupção, sobretudo, a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas, a abrangência dos acordos de leniência, instrumentos que possuem o escopo de tutelar a moralidade e probidade administrativa bem como reprimir atos de corrupção em âmbito privado, que em última hipótese prejudicam e fragilizam a concorrência. A partir de um refletido estudo, procurar-se-á demonstrar que as aparentes incompatibilidades, incongruências e até inconstitucionalidades da Lei 12.846/13, apontadas por estudiosos dessa seara, não merecem prosperar e são resolvidas por meio de uma interpretação sistemática e teleológica do microsistema de defesa da concorrência.

Palavras-chave

Defesa da concorrência. Lei n. 12.846/13. Acordo de leniência. Lei Anticorrupção.

DEFENSE OF COMPETITION IN BRAZILIAN LEGISLATION: IMPLICATIONS OF N. 12.846/2013 ACT

Abstract

This paper performs the comparison of two recent laws — act n. 12.529/11 called CADE Act and act n. 12.846/2013 called Anti-Corruption Act — they modified the antitrust system and had generated significant challenges to those who operate. The objective is to analyze the new institutes of the Anti-Corruption Act, above all, the objective civil liability of legal persons, the scope of leniency agreements, instruments that have the scope to safeguard morality and administrative integrity and repress acts of corruption in the private sphere, which in latter undermine and weaken competition. Through a reflected study will be made to demonstrate that the apparent inconsistencies, incongruities and even unconstitutionality of n. 12,846/ 2013 Act, mentioned

* Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP – Universidade Estadual Paulista “Julio de Mesquita Filho”, advogado. E-mail: brenno.roberto@hotmail.com

** Professor Adjunto (Livre-Docente) do Departamento de Direito Privado e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP – Universidade Estadual Paulista “Julio de Mesquita Filho”.

by experts, do not deserve to thrive and are resolved through a systematic and teleological interpretation of microsystem of competition defense.

Keywords

Antitrust. N. 12.846/13 Act. Leniency agreement. Anti-Corruption Act.

1. INTRODUÇÃO

A complexidade de um sistema jurídico decorre da regulação excessiva e da pressa em expedir normas de sujeição obrigatória. No Brasil, acresce o fato de desaguar no Poder Judiciário toda e qualquer querela não satisfeita pelo interesse dos envolvidos. Vemos ainda como agravante a ingerência do Poder Executivo em tarefas que a rigor competem ao Poder Judiciário, o que se dá no controle da atividade empresarial contra infrações da ordem econômica.

Cumpra ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) a intervenção nos atos empresariais em prol do livre mercado, orientado, por vontade do legislador, pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Isso importa, na prática, a possibilidade de vedação ou restrições às fusões e incorporações e a consequente submissão dos empreendedores ao arbítrio estatal.

A refrega inclui a disputa entre órgãos do Estado pela prerrogativa de aprovar os casos de concentração econômica, em que os atos tenham por objeto ou possam produzir, dentre outros efeitos, o de dominar mercado relevante de bens ou serviços. Posição dominante equivale à de uma empresa ou grupo de empresas que seja capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado, ou quando controlar 20% ou mais de mercado relevante. Como a própria lei exclui a conquista de mercado resultante de processo natural decorrente da maior eficiência de um agente econômico em relação a seus competidores (§ 2º do art. 36 da Lei n. 12.529/2011 — a chamada concorrência leal), restam ao domínio do Cade os processos de fusão e incorporação de empresas.

Com efeito, o Cade — desde sua conversão em autarquia pela Lei n. 8.884/1994 — arroga-se na competência exclusiva para aprovar atos de concentração em todos os setores da Economia; mas quanto ao setor financeiro, o Banco Central do Brasil postula o mesmo direito com base na Lei n. 4.594/1964, que deu a atual feição ao sistema financeiro nacional.

Vem a propósito dilucidar a nova lei do sistema brasileiro de defesa da concorrência (Lei n. 12.529/2011, em vigor desde 29/5/2012), na parte que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, e colocar a prumo alguns aspectos que merecem detido estudo.

2. O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

No Brasil, o sistema da defesa da concorrência vem sofrendo importantes transformações nos últimos anos; exemplos que confirmam o momento de transição que se vivencia são os de que o legislador recentemente tem editado leis relativamente agudas no que tange à defesa da concorrência. No presente estudo o enfoque recairá, sobretudo, na Lei n. 12.529/2011, conhecida como nova Lei do Cade, e na Lei n. 12.846/2013, em vigor desde 29/1/2014, desde logo conhecida como Lei anticorrupção.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) recebeu entre suas funções e objetivos o de evitar que empresas já estabelecidas abusem de suas posições dominantes e imponham restrições à competitividade do mercado ou, ainda, incrementem seu poder por meio de alianças, fusões, incorporações com empresas ou grupos concorrentes. Conferiu a lei à autarquia federal competência necessária para a imposição de medidas pertinentes ao combate de monopólios.

Uma singela digressão é o bastante para depreender a importância do Cade. No Brasil, até meados da década de noventa, mantinha-se um conglomerado de empresas estatais desempenhando atividades econômicas. O modelo de organização do Estado brasileiro aos poucos se voltou ao padrão neoliberal norte-americano, mediante um processo de “privatização” do capital investido na atividade econômica em atividades não essenciais às suas funções (nesse sentido, a Constituição assevera, no art. 173, que, ressalvados os casos nela previstos, “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”).

Como consequência do processo de privatização, as empresas outrora estatais, agora sob comando do empreendedor privado, foram saneadas e direcionadas no sentido da maximização dos resultados a fim de satisfazer os interesses de seus acionistas. Ocorre que a concentração de setores estratégicos nas mãos da iniciativa privada, quando não inviabiliza a concorrência, altera significativamente o nível de competitividade interna e em última análise prejudica, essencialmente, os usuários e consumidores.

Nesse diapasão, coube a autarquias finalidades estritamente regulatórias e voltadas à proteção da livre concorrência. Destaca-se o Cade, cuja atuação se pauta nos vetores da livre concorrência e da autonomia de escolha do consumidor; visa corrigir falhas próprias do modelo de economia de mercado, cujo escopo de implementar políticas públicas e de sustentação do crescimento econômico faz nascer e tornarem-se perenes.

Por se tratar de país em desenvolvimento, tem-se apontado no Brasil o dever do ente responsável pela defesa da concorrência de analisar a conjun-

tura e manter condições ideais de mercado. Os agentes econômicos não podem gerar efeitos indesejáveis ao mercado, embora seja inegável o descompasso na atuação das agências reguladoras frente à realidade. Os órgãos sofrem fortes interferências, sejam no âmbito político, sejam pelo setor empresarial, dando ensejo ao que se convencionou denominar de teoria da captura.¹

A Constituição Federal disciplina a ordem econômica e financeira (arts. 170 e ss.). Por meio de um conjunto de regras aplicáveis ao setor privado (e ao setor público quando no desempenho de atividade própria daquele) tornou norma os princípios da livre iniciativa, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da valorização do trabalho humano. Trata-se de tutela dos principais agentes econômicos: os empresários e sociedades empresárias, seus consumidores e trabalhadores, com o objetivo de harmonizar o sistema normativo com a realidade do mercado.

Na esteira da Constituição, o legislador pátrio, observando as atuais necessidades para adequada proteção da concorrência, editou em 2011 a Lei n. 12.529 (alterando a Lei n. 8.884/1994), por intermédio da qual prescreveu novo sistema de defesa da concorrência. De sua composição participa o Cade e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda; essa com o encargo da chamada “advocacia da concorrência”, incluindo, dentre outras funções, a de manifestar-se sobre leis, atos normativos diversos e pedidos de revisão de tarifas quando a regulação implica essa obrigação.

Com esta nova estrutura, o Cade passa a ter três funções distintas: a primeira, com contornos eminentemente preventivos, implica a aprovação de fusões e incorporações; a segunda, de viés repressivo, se consubstancia num tribunal administrativo com poderes de investigação de condutas nocivas à livre concorrência; por fim, reserva-se ao Cade função educacional de estímulo a estudos e pesquisas científicas na sua área de atuação.

O sistema normativo acaba de ganhar o reforço da Lei anticorrupção.

3. AS IMPLICAÇÕES DA LEI N. 12.846/2013 PARA A DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Em janeiro de 2014 entrou em vigor a Lei n. 12.846/2013 (cognominada de Lei anticorrupção, o que adotamos neste artigo), tratando da disciplina das relações entre empresas privadas e a administração pública no que tange a atos de corrupção perpetrados por aquelas em detrimento dessa.

¹ O fenômeno da captura das agências reguladoras ocorre quando há distorção do interesse público em favor do interesse privado, motivada pela enorme pressão do poder econômico das empresas reguladas e de grupos de interesses. O fenômeno afeta a imparcialidade das agências reguladoras (cf., a propósito, Justem Filho, *in* O Direito das Agências Reguladoras Independentes, Dialética, 2001, p.369-70). Compreende-se, no entanto, ser reduzida a distorção no caso do Cade, cujo poder não inclui a elaboração de normas e a atuação se limita à reunião de provas e ao sancionamento de condutas.

É inequívoco o objetivo do legislador ao implantar regime punitivo, pautado na responsabilidade objetiva do empresário, capaz de combater os agentes responsáveis pela corrupção. Tem por escopo evitar a apropriação de recursos públicos, desviados no mais das vezes de sua destinação de atender a políticas públicas e inolvidáveis interesses coletivos.

Trata-se de combate à corrupção -- prática disseminada sobretudo em países em desenvolvimento, que tem como característica vicejar em verdadeiro balcão de negócios com dinheiro e interesses públicos.²

Observada essa realidade, a Lei n. 12.846/2013 tem como norte a repressão às empresas privadas que se valem de meios escusos para desenvolver suas atividades e negócios. Traz importantes ferramentas de combate à corrupção, destacando-se a firme responsabilização civil e administrativa das pessoas jurídicas em nome de quem os atos são praticados, seja contra a administração pública nacional seja contra a administração pública estrangeira; nesse ponto, a lei se adapta às várias convenções internacionais acerca do tema.

Vale lembrar que até então era problemática a imputação de responsabilidade à pessoa jurídica. Concebida para recair sobre condutas culposas, era indispensável a identificação do indivíduo (sócio, diretor, administrador ou funcionário que tivesse concorrido ao menos culposamente para a verificação do ato ilícito).

Sob o novo regime, não mais se cogita de responsabilidade com base na culpa; a lei expressamente registra a imputação da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, bastando que se verifique a conduta praticada pela pessoa jurídica — ato corruptor — sem, necessariamente, especificar qual indivíduo — pessoa física — praticou referida conduta. Deverá ainda ser demonstrado o dano produzido ou o lucro obtido indevidamente e que entre a conduta e o dano haja nexo de causa e efeito.

Ao prever a responsabilidade objetiva a razão da lei é punir quem se beneficia da corrupção, no caso, a empresa, sem excluir a responsabilidade pessoal dos dirigentes, administradores ou qualquer outra pessoa natural que tenha participação no ato ilícito, nos termos do art. 3º da Lei n. 12.846/13.

Assim, três situações são possíveis: apenas a responsabilização da pessoa jurídica, objetivamente, pelos atos praticados em seu interesse ou benefício e que independe da responsabilização individual de qualquer pessoa natural — art. 2º, c.c., art. 3º, §1º; a responsabilização conjunta da pessoa jurídica, que

² Especula-se que no Brasil a corrupção no setor público movimentava anualmente de 50 a 84 bilhões de reais. Na análise de Diogo de Figueiredo Neto, a corrupção afeta a credibilidade da gestão pública, afasta investimentos internos e aumenta a desigualdade social, dentre outros efeitos deletérios. *“É a antítese da democracia e uma democracia corrompida nada mais é do que um simulacro de justiça social”* (FREITAS, Rafael Vêras e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A juridicidade da lei anticorrupção – reflexões e interpretações prospectivas. p.1.)

responderá objetivamente, com pessoas naturais — responderá subjetiva — que pratiquem os atos previstos na lei como atos de corrupção — art. 3º *caput*; e por fim, a responsabilidade pessoal e individual da pessoa natural — responsabilidade subjetiva —, nos casos em que não haja proveito em favor da empresa.

A Lei anticorrupção está pautada em sólido arcabouço constitucional, em particular nos princípios que regem a administração pública previstos no *caput* do art. 37 da CF, com destaque para o princípio da moralidade administrativa. Logo, os atos violadores destes princípios, notadamente os atos de corrupção, se estenderão aos agentes privados que os realizem. Não obstante, a lei ao prever um rol de condutas tidas como “atos de corrupção” (em grande número as ligadas ao procedimento licitatório) visa, em última análise, tutelar a moralidade administrativa; em consonância, pois, com os ditames constitucionais aplicáveis à espécie.

Aspecto relevante trazido pela Lei n. 12.846/2013 diz respeito às sanções na esfera administrativa. O art. 6º impõe duas sanções: multa que varia de 0,1% a 20% do faturamento bruto e nunca inferior à vantagem auferida, e, nos casos em que seja impossível auferir o faturamento bruto, estabelece o montante da multa entre seis mil e sessenta milhões de reais.

A outra sanção é a publicação extraordinária da decisão condenatória por atos de corrupção, neste ponto insta destacar regulamentação feita pelo Estado de São Paulo, pelo Decreto n. 60.106/14 que dentre outras questões, cria um Cadastro Estadual de Empresas Punidas — CEEP — que reunirá todas as empresas punidas pelos órgãos estaduais competentes e mencionará as respectivas sanções cominadas, podendo, inclusive, ser instrumento apto a proporcionar a publicação extraordinária legalmente prevista.

É evidente que a segunda sanção está de acordo com o princípio da publicidade, entretanto, chama atenção a sanção de multa, sobretudo pelos valores que podem ser aplicados nos casos de não se obter o faturamento bruto. Espera-se que a administração pública não se exceda na aplicação de multa, de forma que esta não venha ganhar contornos arrecadatórios, nem tão pouco inviabilize a atividade econômica da empresa sancionada.

O que vem à baila é que se está diante de um procedimento administrativo apurador de atos de corrupção. Ora, se ficar cabalmente demonstrado que, ao menos em tese, deve a empresa ser condenada no âmbito administrativo pelos ilícitos perpetrados, é instintivo que se cogite de corrupção da autoridade administrativa responsável pela imposição da multa, mormente atentando-se para a possibilidade de a reprimenda atingir a elevada cifra de sessenta milhões de reais.

Diante da hipótese proposta, nítido o elevado poder sancionatório que dispõe a autoridade administrativa competente, de forma que a lei que *a priori*

tem o objetivo de combater a corrupção poder-se-ia tornar em instrumento de corrupção.

O legislador atentou-se para esta situação e no art. 7º elaborou parâmetros para a fixação das sanções, dentre eles destacam-se: a gravidade da infração; a vantagem auferida; a consumação ou não da infração; os efeitos deletérios produzidos; a situação econômica do ofensor; a existência de mecanismos internos de incentivo à denúncia de irregularidades bem como a aplicação de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, este último mecanismo denominado de *compliance* e que seus parâmetros de avaliação serão estabelecidos em regulamento por decreto do Poder Executivo Federal que, até a presente data, não foi editado, nem tão pouco há regulamentação pelo decreto n. 60.106 do Estado de São Paulo que sequer menciona os mecanismos de *compliance*.

Veja-se que o art. 7º da Lei anticorrupção previa, na proposta original, dentre os parâmetros de fixação das sanções no inciso X, “o grau de eventual contribuição da conduta de servidor público para a ocorrência do ato lesivo”; essa importante motivação foi vetada pela Presidente da República³.

Em que pesem os fundamentos do veto presidencial no sentido de não haver sentido valorar a pena aplicada levando-se em consideração o comportamento do servidor público, parece, *data venia*, ser absolutamente razoável e até mesmo proporcional utilizar na dosimetria da multa o comportamento do servidor como importante critério de motivação para a autoridade sancionadora competente. Ou seja: a aferição da reprovabilidade da conduta propiciaria o alcance de justiça em maior grau, evitando-se punições drásticas por práticas arraigadas no serviço público, normalmente com a interferência de terceiros em lugar dos funcionários (caso dos serviços de despachos alfandegários de mercadorias, em que a usual demora costuma ser abreviada por fórmulas não absolutamente isentas, mas pouco condenáveis nas circunstâncias).

É evidente que nos setores públicos em que a corrupção esteja enraizada o empresariado submete-se à realidade por não dispor de opções, a fim de se manter no mercado. Essa cultura condenável constitui um câncer mundial, presente em maior ou menor grau em todos os serviços públicos conhecidos. Por seu custo financeiro, onera-se o preço de produtos e serviços, saindo perdidora a sociedade local com a queda de investimentos de interesse geral pela geração de postos de trabalho e fonte de arrecadação de tributos.

³ Colhe-se da justificativa de veto: “Tal como proposto, o dispositivo iguala indevidamente a participação do servidor público no ato praticado contra a administração à influência da vítima, para os fins de dosimetria de penalidade. Não há sentido em valorar a penalidade que será aplicada à pessoa jurídica infratora em razão do comportamento do servidor público que colaborou para a execução do ato lesivo à administração pública” (Diário Oficial da União, seção 1, data 02/08/2013, p.7).

Ante essa realidade, a punição deveria vir acompanhada de instrumentos facilitadores para uma nova política de relacionamento entre os órgãos de governo e as empresas privadas — preocupação que parece não ter havido na edição do diploma a que se alude.

4. ACORDO DE LENIÊNCIA: UM APARENTE CONFLITO DE LEIS

A Lei anticorrupção, além de prever a responsabilidade civil e administrativa em sua vertente objetiva, traz em seus arts. 16 e 17 o instituto do acordo de leniência. Nada mais é do que um acordo entre a pessoa jurídica privada com a administração pública de modo que esta concederá alguns benefícios — o principal deles é a diminuição do valor da multa — se aquela colaborar com a apuração ou até mesmo trazer à tona um caso de corrupção.

Prevê a lei que a autoridade máxima de cada órgão público — e o Decreto n. 60.106/2014 especifica quais as autoridades competentes no estado de São Paulo - poderá celebrar acordo de leniência com pessoas jurídicas responsáveis por atos de corrupção e para tanto deverá cumprir diversas exigências que constarão do acordo.

São muitos os questionamentos sobre o tema e o primeiro deles é essencialmente acerca da possibilidade de a administração pública “negociar” com pessoas jurídicas corruptoras, sobretudo, observada a indisponibilidade do interesse público.

Segundo a doutrina em matéria de direito administrativo, distingue-se na atualidade o interesse público como sendo primário ou secundário. O interesse público primário é verdadeiramente a razão de ser da administração pública, voltada à satisfação da coletividade e que prevalece sobre o interesse particular, calcado no princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público. Interesse público secundário é aquele que se pauta nos interesses patrimoniais da administração pública; é disponível, ante o argumento de que pela consensualidade, na forma da lei e nas hipóteses nela previstas, facultase ao poder público transigir com o particular. É preciso, porém, que esse seja meio hábil a conceder maior efetividade na tutela do interesse primário.⁴

Superada a legalidade do instituto da leniência é importante destacar quais os requisitos exigidos pela nova lei. A principal obrigação da empresa para que seja acolhida a proposta de acordo é que a pessoa jurídica admita sua participação no esquema de corrupção, e que coopere e colabore efetivamente

⁴ Em decorrência dos questionamentos acerca da possibilidade dos acordos de leniência, tem-se lembrado que até mesmo em âmbito penal é possível a transação penal; logo, também seria possível transacionar em âmbito administrativo.

com as investigações e com o processo administrativo e seja a primeira a manifestar neste sentido, cessando desde logo sua participação no ilícito, e ainda, que dessa colaboração resulte na identificação dos demais envolvidos.

Dentre os requisitos legais para a concessão do acordo, defendem Diogo de Figueiredo e Rafael Vêras posição pela inconstitucionalidade do inciso III do §1º do art. 16 da Lei anticorrupção. O dispositivo impõe que a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e, segundo os juristas, semelhante disposição viola princípios superiores, como a Constituição Federal (art. 5º, LXIII) e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (art. 14, n. 3, letra “g”): o direito ao silêncio é garantia individual fundamental inerente ao princípio da não-autoincriminação (direito de a pessoa não confessar sua própria culpa).⁵

Para outros parece não existir ofensa constitucional. Com base na destinação da proteção constitucional, sustenta-se que os direitos e garantias individuais são voltados às pessoas naturais, aos indivíduos, pessoas naturais. Assim, na lição de Gomes Canotilho, “O processo de fundamentalização, constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou o indivíduo, a pessoa, o homem, como centro da titularidade de direitos”⁶. Não seriam, pois, os direitos individuais destinados às pessoas jurídicas.

Mas esse argumento se ressentir de melhor análise. Proteções constitucionais são extensíveis à pessoa jurídica quando é da sua essência a garantia de direitos passíveis de titularizar. É o caso da proteção ao nome, insígnias e títulos de estabelecimentos empresariais, e se reconhece a existência de moral a ser resguardada (caso da súmula n. 227 do STJ).

Outro argumento pela constitucionalidade do dispositivo extrai-se da própria essência da Lei n. 12.846/2013. Ela não trata da responsabilidade penal a que se sujeitam as pessoas naturais, e sim da responsabilidade civil e administrativa. Nessas descabe invocação dos princípios regentes do processo penal.

A título exemplificativo cita-se o 3º do art. 343 do Código de Processo Civil, que, ao se referir ao depoimento do réu, preceitua que a intimação com a advertência de que o não comparecimento ou recusa em depor faz presumir-se confessados os fatos contra ele alegados. A despeito da conduta negativa implicar prejuízo para seu próprio autor (o que em tese afrontaria o inc. LXIII do art. 5º da CF), não se tem notícia de semelhante alegação em defesa da recusa em depor. Até mesmo no processo trabalhista encontra aplicação plena, não obstante o caráter social da legislação do Trabalho.

⁵ Cf. FREITAS, Rafael Vêras e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A juridicidade da lei anticorrupção – reflexões e interpretações prospectivas. p. 19.

⁶ Cf. CANOTILHO. José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 4. Ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 1997, p. 408

E não é só; a própria Lei anticorrupção é explícita no § 7º do art. 16 ao dizer que “não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada”. Essa ressalva induz à ideia do legislador de incentivar o acordo de leniência, sem que se torne uma armadilha processual ao possível firmatário.

Aprovado o acordo de leniência, fica a pessoa jurídica isenta da pena de publicação extraordinária da decisão condenatória. E poderá desde então receber incentivos, subsídios e empréstimos de órgãos ou entidades públicas e também de instituições financeiras. E ainda terá a pena de multa reduzida em até 2/3 desde que repare integralmente o dano causado.

Insta observar, nesse ponto, que nas situações de ausência de provas e outros elementos indicativos da responsabilidade da infração, o mecanismo da leniência adquire importância por propiciar a obtenção de informações que levem, de forma segura, à penalização de empresas e empresários corruptores. Não obstante, vem sendo apontada uma falha comprometedoras da Lei n. 12.846/2013: inexistência de previsão legal de punição de pessoas naturais, uma vez que a lei trata apenas das pessoas jurídicas.

Argumenta-se, nesse sentido, que não haveria incentivo para as pessoas físicas envolvidas em atos de corrupção, já que a leniência não surte efeitos para os próprios delatores — executivos, administradores, sócios e funcionários eventualmente dispostos a colaborar na identificação do sistema de corrupção. O acordo de leniência seria um verdadeiro “tiro no pé” desses.

Entendemos de modo algo diverso, eis que Lei n. 12.846/2013 não está isolada no ordenamento jurídico como instrumento de combate da corrupção. Pode e deve ser aplicada simultaneamente com a Lei n. 12.529/2011.

O art. 86⁷ da nova Lei do Cade diz da possibilidade de se realizar acordo de leniência com pessoa física que realize atos lesivos à ordem econômica, facultando-lhes mesmo o benefício da extinção da ação punitiva (benesse por sinal não prevista na Lei n. 12.846/2013). Inserido no capítulo “Do programa de leniência”, expressamente afirma a possibilidade de celebração do acordo de leniência por pessoa natural. E não há que ser questionada a hermenêutica nesse caso, visto que o novo diploma não revogou, nem de forma expressa nem tácita, a Lei do Cade. A conjugação possível dos dois diplomas advém do art. 2º e seu § 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: a lei

⁷ Reproduz-se o texto legal: “Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: (...)” (Grifo nosso).

continuará vigente até que outra a revogue, seja com ela incompatível ou ainda, regule inteiramente a matéria.

Forçoso concluir que a Lei anticorrupção não dispôs acerca da possibilidade do acordo de leniência por pessoa natural e, ademais, não revogou o art. 86 e parágrafos da Lei do Cade. Daí, ante a vigência do dispositivo da Lei n. 12.529/2011, tem-se por admitido às pessoas físicas a celebração de acordo de leniência com os fins a que se destina, sem prejuízo da extinção da ação punitiva por parte da administração pública, benefício que não favorece as pessoas jurídicas, por ausência de semelhante disposição na Lei n. 12.846/2013.

5. CONCLUSÃO

Inevitável que se conclua pela necessária interpretação teleológica da legislação aplicável ao conjunto de pessoas jurídicas que integra a força econômica da nação brasileira.

O legislador preocupou-se com a defesa da concorrência, fato confirmado pelas recentes alterações legislativas, das quais se destaca a reestruturação do sistema brasileiro de defesa da concorrência e do funcionamento do Cade; agora a autarquia exerce três importantes funções: preventiva, repressiva e educativa (Lei n. 12.529/2011). Dentre as repressivas, instituto que ganhou destaque foram os acordos de leniência. Segundo dados do próprio Cade, tendo como seu marco inicial o ano de 2003, em 2013 já se contavam mais de 25 acordos assinados com empresários investigados.

Neste ínterim, mais uma novidade vem à tona com o advento da Lei n. 12.846/2013; trata especificamente de atos de corrupção perpetrados por pessoas jurídicas.

Ante as inovações trazidas destacam-se a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas e os acordos de leniência, com seus pressupostos e requisitos, as sanções, as atenuantes derivadas da composição do acordo e a problemática aplicação deste instituto às pessoas naturais. Dentre os requisitos, aparece a possível inconstitucionalidade do art. 16, § 1º, III, da Lei n. 12.846/2013. Diante de melhor análise, no entanto, vê-se que carece de amparo jurídico, mormente pela inaplicabilidade dos princípios regentes do processo penal ao processo civil e administrativo, uma vez que a lei foi peremptória ao abordar exclusivamente esses dois âmbitos, sem inovar quanto ao caráter penal das condutas consideradas.

As sanções elencadas na Lei anticorrupção merecem cauteloso estudo, sobretudo por se tratar de apuração de atos de corrupção que implicam sérios e graves efeitos sociais e econômicos, refletindo negativamente no desenvolvimento econômico do país. Observada a fragilidade da questão conclui-se que a autoridade administrativa competente está imbuída de elevado poder

sancionador de modo que a lei direcionada ao combate da corrupção pode se tornar instrumento para seu combate.

Atento a essa questão, o legislador norteia a aplicação da lei para que se chegue ao *quantum* da sanção sem exageros e, por outro lado, sem abrandamento desarrazoado da multa. Lamenta-se quanto ao veto ao inciso X do art. 7º da Lei n. 12.846/2013; se mantido o dispositivo, seria de grande valia para a fixação adequada e proporcional da sanção.

Por meio de análise sistemática das normas que compõe verdadeiro micro-sistema de combate à corrupção, chega-se à conclusão de que o acordo de leniência é extensível às pessoas naturais por expressa disposição na n. 12.529/2011; a possibilidade está prevista de modo taxativo, bem como os requisitos para que as pessoas físicas façam jus à celebração do acordo, resolvendo-se assim a tormentosa questão.

REFERÊNCIAS

Associação Comercial e Empresarial de Minas. Disponível em: http://www.acminas.com.br/_uploads/_conselho/lei-12.846---lei-anticorruptcao.pdf
Acesso em: 06/06/2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. **Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011**. Publicada no Diário Oficial da União no dia 02 dez. 2011.

_____. **Lei 12.846 de 1º de agosto de 2013**. Publicada no Diário Oficial da União no dia 02 ago. 2013.

FREITAS, Rafael Vêras; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A juridicidade da lei anticorrupção** — reflexões e interpretações prospectivas. Fórum administrativo, n.156, fev/14.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

MATIAS, José Pereira. **Políticas de defesa da concorrência e de regulação econômica**: as deficiências do sistema brasileiro de defesa da concorrência. Revista de administração contemporânea, abr/jun, ano/vol. 10, n. 02.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MORENO, Natália de. Defesa de conduta regulada em procedimento antitruste: a interface entre agências reguladoras e autoridades da concorrência. **Publicações CEDIPRE online**, Coimbra, n. 15, abr. 2013.

Disponível em: <http://www.cedipre.fd.uc.pt/pdfs/online/public_15.pdf>.
Acesso em: 25 maio 2014.

PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. **Direito Administrativo**. Ed. 24. São Paulo: Atlas. 2011.

*** Recebido em 15 fev. 2016.**



TRANSCENDENTALIZAÇÃO DOS PRECEDENTES NO NOVO CPC: EQUÍVOCOS ACERCA DO EFEITO VINCULANTE

*Diogo Bacha e Silva**
*Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia***

Resumo

O presente artigo busca delimitar o conceito de precedente a partir do novo Código de Processo Civil. Problematisa-se a noção de que precedente é um espaço de fechamento argumentativo e, desse modo, serve como meio de resolver definitivamente os casos jurídicos. A partir do modelo precedentalista anglo-saxão verifica-se que precedente é sempre início do processo argumentativo cabendo ulteriores desenvolvimentos pelas instâncias inferiores que poderão utilizar-se da técnica da *overruling* e *distinguishing*. Assim sendo, a noção que pretende dar aos precedentes a ideia de efeito vinculante é contrária aos pressupostos conceituais da própria noção de precedente e também do Estado Democrático.

Palavras-chave

Novo Código de Processo Civil. Precedentes. Efeito vinculante.

TRANSCENDENTALIZATION OF PRECEDENTS IN THE NEW CPC: MISCONCEPTIONS ABOUT THE BINDING EFFECT

Abstract

This article seeks to define the term precedent from the new Civil Procedure Code. Previous discusses the notion is-that it is an argumentative closing space and thus serves as a means of definitely solving legal cases. From the Anglo-Saxon model precedentalista it turns out that precedent is always the beginning of the argumentative process fitting further development by the lower courts that may be used in the overruling and distinguishing technique. Therefore, the notion that you want to give the idea of binding precedent effect is contrary to the conceptual assumptions of the very notion of precedent and also the democratic state.

Keywords

New Code of Civil Procedure. Precedent. Binding effect.

* Mestre em Constitucionalismo e Democracia pela FDSM, professor e coordenador do Curso de Direito da Faculdade de São Lourenço/MG, advogado.

** Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Professor Adjunto da Universidade Federal de Ouro Preto e IBMEC-BH. Advogado. Membro do IBDP.

1. INTRODUÇÃO

Uma das principais preocupações dos acadêmicos processualistas é a forma como nossa práxis jurídica passou, ao menos na última década, a aplicar precedentes. Para que possamos levar a sério os precedentes em nossa realidade jurídica, respeitando o modelo constitucional de processo, temos muito o que aprender com as lições dos sistemas jurídicos de *common law*. Um grande passo foi dado com a inserção de capítulo no CPC Projetado dedicado aos precedentes. No entanto, certamente algumas ideias pré-concebidas do próprio significado e de como podemos lidar com precedentes, tal qual, por exemplo, a concepção de que precedentes servem para fechar a argumentação jurídica e diminuir a litigiosidade, irão levantar problemas face ao modelo constitucional de processo de nossa Constituição Federal de 1988.

Nosso intuito no presente trabalho é desfazer alguns equívocos e projetar discussões, tanto na concepção geral que grassa no ideário jurídico sobre precedentes como quanto na própria regulamentação no novo CPC.

2. OS PRECEDENTES NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: HISTORICIDADE AO LONGO DO DEBATE

A teorização sobre a história nos mostra que palavras não têm conceitos positivados, definidos de modo *a priori* pelo intérprete. Apesar das palavras carregarem conteúdos, sua transformação em conceito depende de uma teorização o que demanda um tempo para acontecer. Os conceitos, no entanto, são sempre constructos diacrônicos entre os significados lexicais utilizados anteriormente, separando-se de seu contexto situacional e analisando-se durante uma longa sequência temporal. É de se advertir que a semântica do termo sofre descontinuidade, de acordo com o contexto social produzido e o próprio intérprete que o lê. Nessa medida, o conceito surge para resolver um problema apresentado a determinada comunidade e, por isso, receberá sua forma de compreensão a partir do problema apresentado, ou seja, a compreensão do conceito está pré-determinada pelo problema a que se busca resolver. É dizer, não há conceitos pré-definidos, mas usos que a linguagem pode ter e que podem ser (re)apreendidos e (re)significados por uma certa comunidade em certo momento. Ao superarmos a filosofia grega que acreditava que as palavras expressavam essências que estavam nas coisas, bem como a filosofia da consciência que deslocou tal atribuição de significados à razão solitária, e chegando à atual quadra dos giros linguístico e pragmático da linguagem, podemos compreender, então, que não há essência nem nas coisas nem nas ideias, que, aliás, não há essências, mas usos e pressupostos contrafáticos de entendimento.

Dessa sorte é que o próprio conceito de precedente não consegue escapar da advertência feita por Reinhart Koselleck. Impossível, assim, compreendermos o conceito de precedentes, ao menos em nosso ordenamento, sem que perpassa ao longo de todo o contexto em que foram formuladas. Nossa compreensão de precedente, sem dúvidas, deita suas raízes nos assentos da era colonial, abandonados com o advento da República. Mas, é, sobretudo, com a adoção de súmula da jurisprudência dominante de Victor Nunes Leal, que concebemos os contornos iniciais do que tínhamos por precedentes jurisprudenciais, haja vista que o objetivo original das Súmulas eram, nas palavras de seu idealizador, um método de trabalho, uma forma de facilitar a atividade jurisdicional, ao permitir a consulta rápida aos enunciados da jurisprudência do tribunal julgador.

As reformas processuais da década de 1990, buscando resolver, mediante modificações pontuais na legislação processual, a questão da “crise do Judiciário”, transformaram por completo a ideia de precedente em nosso sistema jurídico- processual.

No ano de 2010 uma comissão de juristas designada para elaborar um novo Código de Processo Civil apresentou o que se tornou o PL. n. 166 do Senado Federal. Em sua redação original o precedente não recebeu um tratamento sistematizado. No entanto, a partir do Livro IV — “Dos processos nos tribunais e dos meios das decisões judiciais”, Título I — “Dos processos nos tribunais”, começava-se a delimitar a compreensão do precedente na novel legislação. Logo no *caput* do artigo que inaugura o mencionado título visualiza-se o comando de que os tribunais deverão velar pela uniformização e estabilidade da jurisprudência. A forma como os tribunais velarão pela uniformidade e estabilidade da jurisprudência vem indicada nos incisos I a V, qual seja: os tribunais devem sempre editar enunciados sumulares de sua jurisprudência dominante; os órgãos fracionários dos tribunais devem seguir a orientação do plenário, da corte especial e de outros órgãos fracionários superiores; os órgãos vinculados aos tribunais devem obediência à jurisprudência do mesmo; a jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores deve ser seguida por todos os tribunais e juízes singulares; e, por último, a modificação do entendimento da jurisprudência do STF e dos tribunais superiores, bem como a oriunda dos julgamentos repetitivos, pode sofrer modulação de seus efeitos temporais.

A perspectiva do que seja precedente na redação original do Anteprojeto do CPC assume relevo com os efeitos que jurisprudência e súmulas poderão ter no processo. Nessa medida, o art. 853 da redação original dispunha que o relator deveria negar seguimento ao recurso quando este estivesse em confronto súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal e, também, quando

afrontasse julgamento do STF ou de tribunal superior em julgamento de casos repetitivos. Ainda, o próprio relator poderia dar provimento ao recurso se a mesma decisão recorrida estivesse em confronto com súmula do STF, tribunal superior ou do próprio tribunal ou se a decisão se confrontasse com decisão proferida pelo STF ou tribunal superior em julgamento de caso repetitivo.

O relator do anteprojeto, Senador Valter Pereira, apresentou algumas modificações de redação ao projeto original. No art. 882 ficou consignado que “os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e estabilidade da jurisprudência”. A inserção do termo em princípio teve o condão de alertar que nem sempre a segurança jurídica é alcançada pela aplicação do mesmo entendimento jurisprudencial. Principalmente em razão da complexidade de nossa sociedade, cada evento deve ser tratado como único e irrepetível e a decisão deve ser um momento não de fechamento, mas de abertura às amplas possibilidades do mundo da vida.

Também o relatório-geral do Senador Valter Pereira pouco modificou os efeitos processuais que súmulas e jurisprudências acarretam. Acrescentou, apenas, que poderia o relator negar provimento ao recurso que contrariar decisão proferida em resolução de demanda repetitiva e assunção de competência, qualquer que seja o órgão (art. 888, IV, c) ou poderia dar provimento quando a decisão recorrida contrariasse entendimento expresso em incidente de resolução de demanda repetitiva ou assunção de competência (Art. 888, V, “c”).

A original inovação do Anteprojeto do CPC é, sem dúvida, o denominado Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, regulamentado originalmente no capítulo IV do Título I do Livro IV. Tal instituto dá o contorno na forma como foi pensado o precedente para a novel codificação processual. Dizia o art. 895 que é cabível o incidente sempre que houver possibilidade de multiplicação de processos envolvendo uma problemática jurídica podendo gerar insegurança jurídica. A mera instauração do incidente já tinha o condão de sobrestar todos os processos que discutem a mesma questão (art. 899). Em que pese poder haver a participação no incidente das pessoas, órgãos e entidades que tivessem interesse na causa (art. 901), o julgamento do incidente forneceria uma “tese jurídica” que seria aplicada a todos os processos com identidade na questão de direito (art. 903). A não observância da “tese jurídica” ensejaria a interposição de reclamação (art. 906). No Relatório-geral apresentado pelo Senador Valter Pereira o Incidente de Resolução de Demandas Repetitiva apenas teve sua numeração modificada, sem qualquer modificação no conteúdo.

Observe-se, pois, que os precedentes no projeto original vieram para resolver um problema quantitativo na distribuição da justiça e do questiona-

mento acerca da observância do princípio da isonomia. Se bem que a morosidade deve ser combatida, apenas o aspecto quantitativo não fará do poder jurisdicional um exercício de poder público mais democrático, assim como não se pode compreender que “isonomia” signifique nos dias atuais, mera repetição de decisões sem análise do caso concreto. Tratar um processo de forma a se submeter aos princípios constitucionais como um todo, sem selecionar previamente (uma certa compreensão) de apenas um deles, é uma exigência inafastável do “modelo constitucional de processo” próprio da Constituição de 1988. Ademais, a preocupação apenas com uma eficiência quantitativa e não qualitativa é não apenas violadora, por vezes, de exigências constitucionais, como também se mostra, outras tantas vezes, infrutífera em seu próprio desiderato. Hoje se sabe que decisões bem fundamentadas podem ser um bom mecanismo de redução da duração total de tramitação de ações.

O projeto foi enviado do Senado para a Câmara dos Deputados (PL.8.046/2010). Lá dedicou-se todo um capítulo para delimitar a noção de precedente. O capítulo XV, denominado do precedente judicial, começa com o **art. 520** estatuindo que os tribunais devem uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável e, segundo as noções do parágrafo primeiro, os tribunais devem editar enunciados sumulares de sua jurisprudência dominante, não podendo tais enunciados serem editados sem que se atenha às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação (§2º do art. 520). Parece-nos que o projeto do novo CPC quer nos fazer crer que precedente, jurisprudência dominante e súmulas acabam por ser tudo a mesma coisa — ou, ao menos, que funcionam todos da mesma forma. Também que a questão principal é, antes de tudo, proferir uma decisão e manter o mesmo posicionamento, conforme sobressai do art. 520.

Apesar de não conceituar claramente o que seja um precedente, o art. 521 nos fornece um roteiro seguro para extrairmos dali a compreensão de precedente no CPC Projetado. Os juízes e tribunais devem seguir as decisões do STF em ações de controle concentrado de constitucionalidade (inciso I); devem, também, seguir os enunciados de súmula vinculante, acórdãos e precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e de recurso extraordinário e especial repetitivos (inciso II); seguirão, ainda, os enunciados de súmulas em matéria constitucional do STF e em matéria infraconstitucional do STJ e dos tribunais aos quais estiverem vinculados, nessa ordem (inciso III); se não houver enunciado sumular, os precedentes do plenário do STF em matéria constitucional, da Corte Especial e das Seções do STJ em matéria infraconstitucional (inciso IV).

Na sequência do artigo em comento, dos §§1º a 6º cuida-se de estabelecer a hipótese de *overruling* ou modificação do entendimento sedimentado e do *distinguishing*, ou seja, da não incidência do precedente quando houver

no caso novo características particulares. O *overruling* pode ser feito tanto com respeito às súmulas, vinculantes ou não, quanto com respeito às decisões dos tribunais na forma dos incisos do *caput* do art. 520. O *overruling* poderá ser realizado por motivos jurídicos, qual seja, a revogação ou modificação da própria norma que dá sustentação ao precedente, ou por motivos fáticos, sendo a alteração na situação econômica, política ou sociedade (§2º).

Em casos de revisão do entendimento firmado em assunção de competência, incidente de resolução de demandas repetitivas ou de recursos extraordinário e especial repetitivos, o órgão que houver firmado tal entendimento é quem será preferencialmente competente para proceder o *overruling* (§4º). Em casos de *overruling*, poderá haver a modulação dos efeitos temporais da decisão que supera entendimento superior, de tal forma a permitir uma transição tranquila entre entendimento anterior e novo entendimento (§5º). Em qualquer caso, é necessária a fundamentação adequada e específica do decisão que supera entendimento anterior, isto é, a decisão superadora deve expor as razões pelas quais se supera o entendimento anterior e, ainda, expor qual entendimento anterior está superado e qual ainda se mantém, indicando os motivos fáticos ou jurídicos para tal (§6º).

O *distinguishing*, por sua vez, ocorrerá quando o órgão julgador, diante de um caso, entender que este possui particularidades que exigem tratamento diferenciado (frente ao que foi dado no(s) caso(s) paradigma), ou, nos termos da lei, quando “se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa” (§5º do art. 521). Tal decisão de afastar a incidência de precedente deverá trazer a respectiva fundamentação (aliás, é bom lembrar, nos termos no CPC Projetado, mesmo quando o caso é de aplicação do precedente, também há necessidade de fundamentação). A redação do §5º do art. 521 é particularmente interessante, uma vez que traz uma regra geral sobre quando um juiz/ Tribunal poderá não ser seguir (isto é, proceder a um *distinguishing* quanto a) um “precedente ou jurisprudência”, aos quais em tese foi atribuída força “vinculante”. Isso pode ocorrer quando, por decisão fundamentada:

I. a comparação entre os casos passado e presente mostrar que este possui particularidades fáticas que demandam solução diferenciada;

II. a mesma comparação mostrar questão jurídica “nova”, porque não tratada no caso paradigma, o que ampliou a discussão para teses não ventiladas até então e, logo, demandam também solução diferenciada.

No primeiro caso, temos a distinção clássica, como normalmente é pensada, isto é, por mais que os casos sejam semelhantes, podem haver singularidades no atual que não podem ser desconsideradas. Voltamos aí à questão acerca de que o julgamento de um caso não pode ser feito “pinçando” do

mesmo um “tema” que seja similar/ idêntico ao de um caso precedente. Aliás, o mesmo deve ser observado na outra ponta: ao diferenciarmos “ratio decidendi” e “dicta”, mostramos que também quanto ao precedente não se pode “pinçar” uma parte qualquer do mesmo para fundar uma certa resolução do tema. No segundo caso o problema é ainda mais interessante: não é possível conceber que, por ocasião da elaboração de um precedente se tenham imaginado/debatido todas as teses possíveis sobre o tema; não apenas porque é virtualmente impossível que isso seja feito de uma só vez, mas também porque novas teses, novas formas de lidar com os mesmos temas surgem a todo tempo. Assim, há que se ter um sistema aberto à possibilidade de rediscussão da matéria sob outras bases, a partir de outras teses não avençadas à época. Isso é importante não apenas em razão do cumprimento do contraditório e ampla defesa, mas também porque possibilita o aperfeiçoamento do próprio precedente, que será enriquecido com novas perspectivas aumentando o leque de sua incidência no futuro. Vale lembrar, por fim, que a “distinção” tem uma particular importância de estudo haja vista que ocorre com mais frequência que a “superação”, ao menos em sistemas de “common law”,

Os §§7º e 8º do art. 521 são os que definem como compreender os precedentes no CPC Projetado. Diz o §7º que os efeitos (entenda-se como imposição do entendimento) decorrem dos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) adotados pela maioria dos membros do colegiado. De outro lado, são apenas *obiter dicta*: os fundamentos prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo e também aqueles que não forem aprovados pela maioria dos membros do colegiado (§8º).

Tais dispositivos em que se extraem a própria compreensão do precedente no CPC Projetado referendam a ideia de que, para nós, precedente é uma medida com o intuito de resolver o problema quantitativo e isonômico na distribuição da justiça, como mencionado acima. Assim, não podemos pensar os precedentes a partir da necessidade de fecharmos a argumentação jurídica, de fornecer uma solução pronta e acabada para os problemas jurídicos que se defrontam os juízes e tribunais. Também por isso, questionamos a proposta do Novo CPC no sentido de que qualquer julgado, desde que emanado de um órgão jurisdicional superior, será transformado em precedente. Haveria aí, com efeito, uma possível imposição de cima para baixo de um determinado entendimento. Verifica-se que houve um trabalho muito frutífero na Câmara dos Deputados tanto no que se refere à consulta à comunidade especializada (ou não) — na medida em que, nesta Casa, o processo legislativo deu uma desacelerada face à “pressa” com que tramitou no Senado —, o que possibilitou valiosas alterações da versão então aprovada no Senado. A inserção de um Capítulo específico para os “precedentes”, se não resolve questões teóricas importantes — como, afinal, qual a diferença técnica entre precedentes e súmulas ou qual o sentido em ainda se falar em súmulas vinculantes,

considerando o que o Projeto coloca como sendo precedentes de observância *obrigatória* —, ainda precisa de maiores amadurecimentos, que poderão advir da doutrina e praxis judicial do mesmo.

Contudo, a inserção do “distinguishing” e do “overruling” não apenas no art. 521, mas em praticamente todas as passagens nas quais o CPC Projetado faz referência ao uso de precedentes (e outras técnicas de se lidar com a litigância repetitiva, como a repercussão geral etc.), somado ao reforço dado na Câmara ao contraditório substancial [...] como participação (art. 10) e à necessidade de se conceber a fundamentação das decisões como resposta à todas as questões postas pelas partes, incluindo aí que o uso ou desuso de algum precedente terá de ser fundamentado face as características do caso (art. 499), tornam a versão aprovada na Casa revisora dotada de um respeito maior ao que é um sistema de precedentes, mas, mais do que isso, um documento constitucionalmente adequado ao que se espera do processo no Estado Democrático de Direito.

3. A TENTATIVA DE SE DELIMITAR PRECEDENTE A PARTIR DO CPC PROJETADO

Ao retornar ao Senado Federal, a Casa Iniciadora retirou o capítulo destinado aos precedentes no Código de Processo Civil projetado e manteve, em regra geral, a disciplina inicial. Contudo, manteremos a redação do capítulo destinado aos precedentes já que toda a discussão será pautada na ideia que se formou a partir dele com os textos das jornadas

A promulgação do novo Código de Processo Civil pela Lei 13.105 em 16 de Março de 2015 faz com que a dogmática precise enfrentar os precedentes sob a luz do novo diploma processual.

A par da discussão oficial do projeto de novo CPC ocorrido nas instâncias políticas, a academia busca, desde já, compreender as principais inovações processuais e a problemática advinda da aplicação de alguns institutos. A regulamentação dos precedentes levanta alguns questionamentos, seja pelo fato de que não estamos acostumados a aplicar e a pensar com precedentes, seja porque a positivação do que sejam precedentes vai de encontro à ideia de precedentes do *common law*.

Entre os dias 8 e 9 de Novembro de 2013, o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), sob a presidência de Teresa Arruda Alvim Wambier, promoveu o II encontro de jovens processualistas destinado a debater o projeto do novo CPC. Divididos em 13 temas, cada grupo de trabalho buscou debater e apresentar enunciados aprovados em cada grupo por unanimidade e que, submetidos ao plenário, também foram aprovados por unanimidade. A temática dos precedentes ficou por conta do grupo de número 12 sob a presidência de Dierle Nunes. Ao todo 105 (cento e cinco) enunciados

foram aprovados pela plenária ocorrida no dia 09 de Novembro buscando dirimir as dúvidas que surgirão dos dispositivos do CPC Projetado. Dentre os enunciados, dois referem-se à temática dos precedentes.

O enunciado de número 2, procurando conciliar a ideia de precedente com as garantias constitucionais do processo diz que: “Art. 10; Art. 521. Para a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório”. Apesar do princípio do contraditório decorrer logicamente da própria ideia de processo, é salutar a orientação emanada do enunciado de número 2 da Carta de Salvador/BA. A decisão judicial ou o precedente formado não é fruto do decido conforme a consciência do julgador. O princípio do contraditório prega que a decisão deve ser fruto de uma participação dos sujeitos envolvidos.

Nessa esteira, o contraditório — principalmente para a formação do precedente — não pode ser visto em sua perspectiva formal. O contraditório deve ser visto como possibilidade das partes influenciarem a decisão judicial. Como defendem Dierle Nunes e Humberto Theodoro Júnior. Dessa forma, um precedente nada mais é do que o resultado dos debates entre os atores processuais e assim deve ser aplicado na práxis processual. A um só tempo, evitamos decisões judiciais solipsistas que não são legítimas em nosso modelo constitucional de processo e também evitamos precedentes formados como imposição de órgão superior. De igual sorte, tomando-se nesses termos o contraditório na formação do provimento, a utilização do precedente num novo caso também apenas pode se dar como resultado da participação dos sujeitos em discutir a pertinência do mesmo ao caso. Viola os dispositivos acerca do contraditório e da fundamentação das decisões a prática existente entre nós de “fundamentar” decisões citando-se isoladamente uma Súmula.

Ora, se a mera citação de lei não é capaz de cumprir a exigência constitucional de fundamentação, a mera citação de Súmula ou de precedente também não é. Para se considerar justificada uma decisão o julgador terá de mostrar como as circunstâncias fáticas do caso se ajustam à Súmula/precedente e, para isso, não é possível continuar-se a práxis desenvolvida no Brasil de uso de Súmula desvinculada dos casos que lhe deram origem. Uma Súmula é o extrato de um entendimento reiterado em vários casos; contudo, ela é apenas isso: o extrato de um entendimento, a ponta do *iceberg*, por assim dizer. Não é uma norma geral e abstrata, independente e autônoma, mas o resultado de um grupo de casos. Assim como a aplicação de um precedente, em países de *common law*, apenas é possível com a comparação entre as razões de fato e de direito entre os casos passado e presente, de igual modo a aplicação de uma Súmula deve guardar relação com os casos que lhe deram origem.

Não por outra razão o novo Código de Processo Civil no art. 489, §1º, IV bem aduz que não é considerada fundamentada a decisão que se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula sem demonstrar como o precedente ou a súmula se amolda ao caso debatido.

O outro enunciado da Carta de Salvador referente à interpretação das normas relacionadas ao precedente é o de número 54. Tal enunciado diz que “Art. 521, § 6º. Pelos pressupostos do § 6º do art. 521, a modificação do precedente tem, como regra, eficácia temporal prospectiva. No entanto, pode haver modulação temporal, no caso concreto”. A questão dos efeitos temporais do *overruling* é colocada nesse enunciado. Explícita o enunciado que, regra geral, o *overruling* tem eficácia prospectiva, isto é, a modificação de entendimento sedimentado somente poderá produzir efeitos a partir da decisão modificadora para os casos surgidos a partir de então. Entrementes, naquele caso concreto em que foi realizado o *overruling*, a modificação poderá ter efeitos retroativos ou em outro momento que entender pertinente a decisão proferida no processo. Essas foram as impressões iniciais dos precedentes no CPC Projetado.

De uma certa forma, o Código de Processo Civil de 2015 manteve a regra de que a mudança de entendimento em jurisprudência dominante terá efeitos *ex nunc*. Entretanto, em caso de alteração em virtude do interesse social ou de segurança jurídica, poderá haver modulação dos efeitos para *ex tunc*, a teor do art. 927, §3º do novo CPC.

No ano de 2014, ocorreu mais um encontro de jovens processualistas dessa vez no Rio de Janeiro. Dessa feita, no grupo presidido por Alexandre Freire, aprovaram-se o total de 12 (doze) enunciados relativos aos precedentes. O primeiro enunciado refere-se à possibilidade da utilização de reclamação em decisão de afetação de recursos extraordinário e especial repetitivos na oportunidade em que o relator definir a questão de direito com a presença de multiplicidade de processos com questão idêntica e sobrestar todos os processos pendentes, individuais e coletivos, em tramitação no território nacional (1. Enunciado: *cabera reclamação da decisão proferida nos julgamentos dos incisos I e II e do § 13 , do art. 1050*). A utilização da reclamação terá por objetivo a realização da distinção entre a questão de direito a ser submetida a julgamento de recurso repetitivo e o caso concreto sobrestado.

O segundo enunciado tem a seguinte redação: “os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais”. Conforme iremos tratar, tal enunciado é um equívoco que põe em xeque a própria a separação de poderes.

Logo no terceiro enunciado aduz-se que “em conformidade com o *caput* do art. 520, a interpretação do texto das súmulas deve ser realizada em conjunto com os precedentes que a formaram e com os que aplicaram posteriormente”. Como já defendemos, a súmula não pode ser tida como um texto que fecha a argumentação. É que sabemos, desde Gadamer, que vivemos em uma situação de variabilidade hermenêutica. A compreensão, interpretação e aplicação de uma norma ou texto só são possíveis diante do caso concreto. Por mais que a súmula queira pré-condicionar a interpretação da norma, é a partir dos casos, anteriores e posteriores, que a mesma ganhará sentido. Ademais, há aqui e no CPC Projetado, um avanço muito grande ao se estabelecer que o uso de uma Súmula deve estar atrelado aos casos que lhe deram origem, como dito acima. O novo CPC incorpora tal ideia no §2º do art. 926 ao aduzir que “Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

O enunciado de número 4 (quatro) preconiza que a operação de *distinguishing* pode ser realizada por qualquer juiz, independentemente da origem do precedente invocado (4. Enunciado: *a realização da distinção compete a qualquer magistrado, independentemente da origem do precedente invocado (art. 521, §5º)*). Ora, se a própria Constituição Federal admite que qualquer juiz ou tribunal possa afastar a aplicação da lei exercendo o controle difuso de constitucionalidade, o que não dizer de um precedente? Conceber qualquer alternativa diferente disso seria estranha à nossa tradição de “juízes constitucionais”, que poderiam, então, deixar de aplicar uma lei por reputá-la inconstitucional, mas não um precedente, o que não faria sentido. O Enunciado também contribui para que não haja dúvida sobre a possibilidade real, fática e incontornável da variabilidade hermenêutica e, mais importante que isso, de que juízes decidem casos e não “temas”, logo, se os precedentes podem auxiliar é no fornecimento de mais razões de decidir e não na definição do julgamento. Diante de um precedente, temos um “*principium*”, não o “*fim*” da argumentação.

Ora, em que pese o art. 927 definir que os juízes e tribunais observarão a) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; b) os enunciados de súmula vinculante; c) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; d) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e e) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados; é bem verdade que, nos termos do art. 489, §1º, inc. VI, o novo Código de Processo Civil possibilita que qualquer juiz ou tribunal possa fazer a distinção entre o texto de enunciado de súmula ou precedente que se pretende aplicável e o caso discutido.

No enunciado de número 5 (cinco), a propósito de interpretar quais os efeitos dos precedentes, o entendimento é de que “As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 521 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos (art. 521 caput)”. No entanto, não se diz o que significa vincular. Os enunciados deixam a entender que vincular, se interpretada com coerência, seria impor os fundamentos determinantes (enunciado de número 2). Com a devida vênia, não se pode, ao menos em um Estado Democrático, pretender a imposição da fundamentação dos julgados.

Em continuação, o enunciado de número 6 (seis) apenas estabelece que é possível a superação do precedente também por erro na aplicação da norma, hipótese em que o tribunal que formou o precedente se equivocou na aplicação da norma ao caso concreto ou, ainda, a interpretou, diante do caso, equivocadamente. O enunciado de número 7 apenas trata de estabelecer a necessidade de fundamentação da decisão que não admite a participação de pessoas, órgãos ou entidades ou audiências públicas para formação do precedente.

No enunciado 8 diz-se que a fundamentação jurídica que puder resolver, sozinha, a questão sob apreciação do poder judiciário é considerada *ratio decidendi* (8. Enunciado: *todos os fundamentos capazes de individualmente resolver a questão jurídica induzem os efeitos do §3º do art. 521*). Após, o enunciado de número 9 diz respeito às sentenças de improcedência liminar. Quando a sentença de improcedência liminar do pedido for baseada em súmula do STF ou STJ, deve-se considerar que apenas a súmula em matéria constitucional do STF é capaz de permitir o julgador o julgamento de improcedência e a apenas a súmula com respeito à matéria infraconstitucional do STJ é quem permite o julgamento de improcedência.

Por fim, os enunciados de número 10, 11 e 12 tocam na própria conceituação do que seja precedente. O de número 10 diz que precedente só é formado a partir das questões submetidas à apreciação judicial, evitando a possibilidade de formação de precedentes-surpresa, isto é, que o precedente seja formado a partir das discussões a que as partes não puderam debater. Está relacionado com o próprio enunciado de número 2 de Salvador, acima citado. O enunciado de número 11 disciplina que “a decisão que aplica precedentes com a ressalva de entendimento do julgador, não é contraditória” — como forma de possibilitar que o juiz, apesar de aplicar um precedente/súmula, também argumente em contrário a estes em sua decisão, o que pode contribuir para o sucumbente em seu recurso. O último enunciado aprovado no encontro do Rio de Janeiro diz que os próprios tribunais devem seguir seus precedentes.

Os Enunciados aprovados, ainda que com alguns equívocos (*supra* e *infra*), mostram um amadurecimento da doutrina acerca do que são e qual o papel dos precedentes no processo.

4. TRANSCENDENTALIZAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES DOS PRECEDENTES NO NOVO CPC?

Não obstante os ganhos que a regulamentação de jurisprudência e precedente destinado aos precedentes no novo CPC pode produzir na dogmática jurídica nacional, na verdade o que permitirá avaliar a qualidade da obra legislativa no que toca aos precedentes é, de outro modo, a forma como esta os compreende. Por isso é que os debates acadêmicos, tais como os realizados pelo IBDP e acima citados, muito contribuirão para a forma de aplicação dos precedentes quando da vigência do novo CPC.

Desde já, alertamos que qualquer tentativa de configurar nosso sistema processual como se estivesse caminhando rumo ao *common law*, apenas porque adotamos súmulas, vinculantes ou não, filtros recursais e jurisprudência dominante, desconsidera as matizes históricas, metodológicas e filosóficas de nosso sistema processual e também toda a construção do pensamento jurídico nacional.

O novo CPC estabelece, em seu art. 489, §1º, inc. V, *a contrario sensu*, que a observância dos precedentes deve ser feita a partir dos fundamentos determinantes. Sem embargo da diferença entre *obiter dictum* e *ratio decidendi* constituir em um importante papel no estudo analítico de uma teoria dos precedentes judiciais, é deveras relevante lembrarmos que não se pode reduzir toda a discussão jurídica de um caso concreto a apenas uma fundamenta jurídica, sob pena de empobrecermos o discurso jurídico. Ademais, há julgados com várias razões de decidir.

Uma pergunta, então, logo vem à tona: quem é que definirá o fundamento determinante de um precedente? Ao que tudo indica, nossos legisladores desconsideraram o fato de que a *ratio* de um precedente — ao menos assim é no *common law* — é definida no **processo argumentativo dos casos concretos posteriores** em que se discute a possível aplicação ou não do precedente, operando a chamada força gravitacional dos precedentes. Para nós, quem define o que é determinante ou não é o próprio órgão jurisdicional formador do precedente. Tal regramento do novo CPC pode ser explicado pelo fato de que, de maneira um tanto quanto singular e não encontrável em qualquer outro sistema jurídico, acredita-se por aqui que o Poder Judiciário produz teses jurídicas (*supra*) e não julgam os conflitos surgidos.

Sob este pano de fundo, não é de se estranhar que surjam interpretações tais como a do enunciado de número 2 aprovado no grupo de precedentes do encontro no Rio de Janeiro com a seguinte redação: “Os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais”. O enunciado repristina uma teoria que encontra, atualmente,

acirrada oposição no âmbito do próprio STF, qual seja, a de que os demais juízes e tribunais e a Administração Pública são vinculados, em ações de controle concentrado, aos fundamentos jurídicos que determinaram a decisão do Supremo em determinado sentido. Isto é, são os próprios fundamentos jurídicos que determinaram a decisão que deverão ser obedecidos pelos demais juízes e tribunais.

Tal entendimento é tributário de uma equivocada percepção do que seja efeito vinculante, instituto presente entre nós desde a EC. 3/93. A partir de Gilmar Mendes, e do acolhimento de tal tese em alguns julgados no âmbito do STF, passou-se a admitir com naturalidade que efeito vinculante significaria, portanto, que haveria um incremento objetivo nas decisões proferidas em controle concentrado, já que efeitos *erga omnes* significaria a extensão subjetiva do julgado, só restaria à extensão objetiva com o efeito vinculante, a partir do ensinamento de autores tedescos.

Essa ideia, abraçada expressamente no III Encontro do Rio de Janeiro não pode ser sustentada em um Estado Democrático de Direito. É que, conforme nos ensinam Klaus Günther e Jürgen Habermas, a função jurisdicional deve ser realizada pela aplicação das normas válidas *prima facie*. Todas as circunstâncias e dados relevantes do caso concreto devem ser somados na reconstrução do caso, sob apreciação, para que se ache a norma concretamente aplicável à espécie.

Decisões judiciais que carecem da reconstrução jurídica à luz de todas as circunstâncias fáticas que o caso concreto oferece não encontram legitimidade sob o pálio do Estado Democrático de Direito. É que, de certa forma, a separação de poderes, como forma nuclear do constitucionalismo, implica a adoção da institucionalização de argumentação distinta para cada função. Assim, cabe ao Poder Judiciário a utilização de discursos de aplicação em sua função judicativa e não de justificação ou fundamentação.

A ideia de que os motivos ou a fundamentação da decisão judicial transcenderia o caso em que foi pensado para abranger casos futuros, ainda que análogos, acaba por não ser um discurso de aplicação e levanta grave problemática quanto à sua legitimidade no modelo de Estado albergado pela Constituição de 1988. Ora, uma interpretação não pode ser realizada sem se considerar as circunstâncias de cada caso. A imposição do entendimento jurídico de um caso para outro, simplesmente solapa o modelo constitucional de processo (supra), é dizer, o que o novo CPC inova a respeito do contraditório (art. 10) e da fundamentação da decisão (art. 499), ficaria prejudicado se o juiz, ao invés de se formar seu entendimento a partir do caso, o tivesse pelas razões dadas noutro caso.

Tem-se, assim, que a proposta enunciada na Carta do Rio de Janeiro de que os motivos determinantes é o que vincula nas decisões em controle

de constitucionalidade concentrado não encontra guarida em nosso Estado Democrático e deve, por isso, ser desconsiderada. A interpretação que fazemos do novo Código de Processo Civil deve ser consentânea às teorias jurídicas

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme delimitamos ao longo do texto, a proposta de regulamentação dos precedentes no CPC constitui em grande avanço. A comunidade jurídica não pode, todavia, bloquear o avanço conquistado em nível legislativo com ideias oblíquas sobre o próprio conceito de precedente. Nessa medida, reiteramos que precedente jamais pode ser concebido como um ponto final na discussão em juízo. As circunstâncias fáticas do caso analisado que determinam a produção do precedente são imprescindíveis e não se pode jamais esquecer que o precedente é formulado exatamente em função de tais circunstâncias. Logo, pois, para ser utilizado na solução de um caso novo, imprescindível a exaustiva correlação feita entre as circunstâncias e argumentos de um e outro casos para que o antigo possa ter *razões a ajudar* na solução do novo.

Nessa medida, medidas tais como a transcendência dos motivos determinantes não podem ser aceitas em um sistema processual que quer levar a sério seus precedentes, exatamente na medida em que considera a ideia de que com precedente pode-se acabar com a discussão jurídica, além de vulnerar as grandes inovações representadas pela renovação das ideias de contraditório e de fundamentação das decisões, que precisam presidir o uso de Súmulas e precedentes.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE SILVA, Celso. **Do efeito vinculante: sua legitimação e sua aplicação**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

ANDOLINA, Italo, VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: Giappichelli Editore, 1990.

BAHIA, Alexandre. As súmulas vinculantes e a nova Escola da Exegese. **Revista de Processo**, Belo Horizonte, n. 206, ano 37, p. 359-379, 2012.

_____. Avançamos ou Retrocedemos com as reformas? Um estudo sobre a crença no poder transformador da legislação e sua (in)adequação face o Estado Democrático de Direito. In: MACHADO, Felipe; OLIVEIRA, Marcelo A. Cattoni de (orgs.). **Constituição e Processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 15-37.

_____. Os Recursos Extraordinários e a Co-originalidade dos Interesses Público e Privado no interior do processo: reformas, crises e desafios à jurisdição desde uma compreensão procedimental do estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo A. Cattoni de; MACHADO, Felipe D. Amorim (coord.). **Constituição e Processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 366-369.

_____. Peter Häberle e a Lei 9.868/99 Abertura ou Fechamento? Por uma Compreensão Constitucionalmente Adequada do Controle Concentrado de Constitucionalidade. **LEX**, 2007 Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/120407.pdf>>.

_____. **Recursos Extraordinários no STF e no STJ - Conflito entre Interesses Público e Privado**. Curitiba: Jurua, 2009.

_____; NUNES, Dierle. O potencial transformador dos direitos privados no constitucionalismo pós-88. **Revista dos Tribunais**, v. 882, p. 45-60, abril de 2009.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

CARVALHO NETTO, Menelick de. SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a incerteza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Forum, 2011.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. Trad. Jafferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007a.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. trad. Nelson Boeira. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I — traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flavio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2008.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**. Trad. Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso.** Trad. Manuel Jimenez Redondo. 6ª ed. Madri: Trotta, 2010.

_____. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos.** Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1990.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos.** Trad. Wilma Patrícia Maas. Rio de Janeiro: Ed. Puc-Rio, 2006.

_____. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro vol. 5, n. 10, 1992, p. 134-146.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da Súmula do S.T.F. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 25, p. 46-67, jul. 1982.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, Leonardo. **Direito Processual Constitucional Alemão.** São Paulo: Atlas, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei 9.882, de 3-12-1999.** São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 27, jun. 2005.

NUNES, Dierle **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais.** Curitiba: Juruá, 2008.

_____. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JR, Fredie. (org.) **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial.** Salvador: Jus Podium, 2007, v. 1.

_____; BAHIA, Alexandre. Por um paradigma democrático de processo. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial.** Salvador: JusPodivm, 2010, vol. 2.

_____; BAHIA, Alexandre. “Jurisprudência instável” e seus riscos: a aposta nos precedentes vs. uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. In: WAMBIER, Tereza A. A. (org.). **Direito Jurisprudencial.** Vol. II. SP: RT, 2014.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A Súmula Vinculante n. 4 do STF e o “desvio” hermenêutico do TST: notas programáticas sobre a chamada “nova configuração” da jurisdição constitucional brasileira nos vinte anos da Constituição da República. In: Felipe Daniel Amorim Machado; Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. (Org.). **Constituição e Processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

RE, Edward D. Stare Decisis. **Revista Forense**, v. 327.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SILVA, Diogo Bacha e. A valorização dos precedentes e o distanciamento entre os sistemas civil law e common law. In: WAMBIER, Tereza A. A. (org.). **Direito Jurisprudencial**. Vol. II. SP: RT, 2014 (no prelo).

_____. **Ativismo no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a ilegítima apropriação do discurso de justificação pelo STF**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; BAHIA, Alexandre . Como os Juízes Decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. **Revista Sequência**, v. 59, p. 61-88, dezembro 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso - Decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Princípio do contraditório: tendências de mudança de sua aplicação. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Ano XXV, n. 28, jan./jun. 2009, p. 177-206.

* Recebido em 15 jun. 2015.



TOMÁS DE AQUINO E A RAZÃO NATURAL DOS DIREITOS HUMANOS: PESSOA E BEM COMUM

*Elden Borges Souza**
*Victor Sales Pinheiro***

Resumo

A atual defesa dos direitos humanos reavivou a discussão acerca da fundamentação do direito. O pensamento do Positivismo Jurídico que igualou o direito à lei passou a ser contestado em razão da necessidade de garantias da pessoa contra o poder político. Dessa forma, o presente trabalho apresenta a concepção de Tomás de Aquino acerca do direito, da lei e da justiça e analisa como o positivismo contrapôs-se a esse posicionamento, levando a uma contradição com a defesa dos direitos humanos. Como consequência, analisa-se uma proposta de fundamentação dos direitos humanos na Filosofia Tomista. No contexto de discussões sobre Filosofia do Direito, o objetivo do presente trabalho é analisar como os conceitos de Direito e de Justiça em Tomás de Aquino, fundados nas ideias de pessoa, bem comum e lei natural, podem fundamentar a concepção contemporânea dos direitos humanos. A metodologia empregada foi de pesquisa bibliográfica. Após a identificação da insuficiência do Positivismo Jurídico, o presente trabalho identificou na posição de Aquino uma possibilidade que assegura uma base para os direitos humanos que não se subordina ao Poder do Estado e sem os problemas da visão moderna de direito natural.

Palavras-chave

Filosofia do Direito. Tomás de Aquino. Direitos Humanos. Positivismo Jurídico. Lei Natural.

AQUINAS AND NATURAL REASON OF HUMAN RIGHTS: PERSON AND COMMON GOOD

Abstract

The current human rights defense revived the discussion on the basis of law. The thought of Legal Positivism who equaled the law to act began to be challenged because of the need for guarantees of the person against political power. Thus, this paper presents the design of Thomas Aquinas about the law, the right and the justice and analyzes how positivism countered to this

* Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal do Pará (UFPA). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes). Pesquisador no Grupo de Pesquisa (CNPq) "Tradição da Lei Natural".

** Professor Adjunto da Universidade Federal do Pará (UFPA). Coordenador do Grupo de Pesquisa (CNPq) "Tradição da Lei Natural". Doutor em Filosofia pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). Graduado em Direito no Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

position, leading to a contradiction with human rights. As a result, it analyzes a proposal for a foundation of human rights in Aquinas' philosophy. In the context of discussions on Law Philosophy, the objective of this study is to analyze how the concepts of law and justice in Aquinas, founded in the ideas of person, the common good and natural law, can justify the contemporary conception of human rights. The methodology used was literature search. After identifying the failure of Legal Positivism, this study identified the Aquinas' position as a possibility that ensures a basis for human rights that is not subject to the power of the state and without the problems of the modern view of natural law.

Keywords

Law Philosophy. Aquinas. Human Rights. Legal Positivism. Natural Law.

1. INTRODUÇÃO

Durante muito tempo houve uma batalha entre as concepções Positivista e Jusnaturalista de Direito. No entanto, as várias concepções de Positivismo Jurídico acabaram prevalecendo e a defesa da lei natural pareceu tornar-se um elemento mais histórico do que jurídico. O direito, então, passou a ser associado à lei positiva e toda ordem não criada pela vontade humana foi relegada às esferas moral e política, não passíveis de conhecimento pelo jurista.

Entretanto, a avalanche contemporânea dos direitos humanos trouxe novamente ao centro do debate a discussão sobre um fundamento além da lei positiva. A necessidade de afirmar garantias da humanidade independentemente da aquiescência do poder político reavivou o debate sobre a lei natural e os limites do normativismo — que igualou lei positiva e direito. Tendo sido historicamente uma afirmação do Jusnaturalismo, a defesa dos Direitos do Homem ou Direitos Humanos sempre foi um desafio ao Positivismo Jurídico.

Entre os autores que expressaram uma firme defesa da lei natural está Tomás de Aquino. Sua posição ainda é retomada contemporaneamente para contraposição ao positivismo, como por John Finnis (2012, p. 12). Partindo da ideia de que a pessoa humana é anterior ao direito positivo e o seu real fundamento, o pensamento tomista limita o positivo por balizas da justiça, que está assentada naquilo que é devido por natureza.

Nesse sentido, a proposta do presente trabalho é analisar a possibilidade de fundamentação dos direitos humanos na Filosofia do Direito tomista, como uma forma de superar as contradições que podem ser identificadas na defesa desses direitos a partir de uma concepção positivista.

A partir da apresentação da posição de Tomás de Aquino acerca do direito, da lei e da justiça será analisada como o positivismo contrapôs-se a esse posicionamento e como essa mudança de concepção levou a uma contradição com a afirmação dos direitos humanos. Considerando esses dois temas, a questão posta é como o pensamento tomista pode permitir uma compreensão adequada de direitos humanos que não seja utópica nem irrelevante.

2. A CONCEPÇÃO TOMISTA DO DIREITO E DA LEI

A análise da compreensão de Tomás de Aquino acerca do direito e da lei deve basear-se fundamentalmente em uma distinção: a lei e o direito não se confundem, embora estejam relacionados. Portanto, em seu pensamento o conhecimento e a aplicação da lei não esgota o conceito de direito.

Essa distinção básica é clara dentro da Suma Teológica. Partindo na Parte I das questões sobre Deus, a lei está inserida na Seção I da Parte II, que faz referência ao homem. As diversas leis são agrupadas como mecanismos divinos para pedagogia humana (VOEGELIN, 2012, p. 260). Por sua vez, o direito é analisado de forma mais detida na Seção II da Parte II, dentro da análise das virtudes cardeais — inserido na virtude da justiça (que é, inclusive, a virtude com maior número de questões).

A separação parcial entre a lei e o direito, bem como a relação umbilical deste com a Justiça, é uma diferença radical em relação ao modelo jurídico defendido pela dogmática positivista contemporânea. Embora o pensamento de Tomás de Aquino não seja inteiramente novo — pois está baseado na concepção aristotélica de justiça (ISRÄEL, 2009, p. 10) —, apresenta uma sistematicidade ímpar.

Para que o entendimento do pensamento tomista seja completo será necessário realizar uma inversão estrutural na Suma Teológica, apresentando primeiramente a relação entre o direito e a justiça e, posteriormente, a relação destes conceitos com as diversas leis.

A obra que representa o ápice do pensamento jurídico — ou, o que foi denominado posteriormente de Filosofia do Direito — de Tomás de Aquino é a Suma Teológica (RAMPAZZO, NAHUR, 2015, p. 7). Não obstante, não estão formuladas questões referentes propriamente ao direito, e sim à justiça englobando o direito.

Em sua análise, a primeira preocupação de um jurista deve ser observar que o termo direito possui uma pluralidade de aplicações (AQUINO, 2015, II-II, q. 57). No entanto, constitui um erro ignorar o conceito próprio de *Ius* e substituí-lo pelos diversos outros usos. A relação básica e necessária a ser feita é entre Direito (*Ius*) e Justiça (*Iustitiae*), porque diz respeito ao que é *justo* (AQUINO, 2015, II-II, q. 57).

Nesse sentido, entre a pluralidade de aplicações, o conceito de direito caracteriza-se como o objeto da justiça, pois implica ordenar o homem no que diz respeito ao outro. Isso diferencia a virtude da justiça das demais virtudes. Enquanto as outras virtudes dizem respeito ao próprio agente, a justiça é de caráter relacional (BARZOTTO, 2010, p. 71), isto é, se dá na relação com o outro — na atribuição do justo, do *direito* (AQUINO, 2015, II-II, q. 57).

Para proceder tal atribuição do justo é necessária, portanto, uma concepção de igualdade. Então, conclui Tomás de Aquino, o fundamento da igualdade caracteriza o direito. A igualdade pode ser em virtude da natureza da coisa ou pode ser uma igualdade convencional (por uma convenção pública ou particular). Quando o justo funda-se em uma igualdade que não depende da vontade humana (quer de um indivíduo, quer de um povo), trata-se do direito natural. Quando, por outro lado, o justo decorre de uma convenção, tem-se o direito positivo (AQUINO, 2015, II-II, q. 57).

Uma primeira conclusão deste pensamento é clara de que a igualdade convencional tem limite na natureza das coisas. Sendo assim, a vontade humana não pode definir plenamente o justo, uma vez que existe uma igualdade na própria natureza que não está disponível ao legislador ou aos particulares. Existe, portanto, uma baliza dentro da qual o justo convencional (ou direito positivo) pode ser definido, sem afrontar o justo natural (AQUINO, 2015, II-II, q. 57).

Em segundo lugar, essa naturalidade da igualdade não significa que o justo esteja completamente fixo, de forma rígida e imutável, pela eternidade. O justo natural não congela a humanidade, que é naturalmente mutável (AQUINO, 2015, II-II, q. 57). É necessário compreender, portanto, que existe uma margem para atuação do direito positivo e concretização das particularidades de um tempo ou povo.

A justiça, por sua vez, caracteriza-se pela vontade constante e perpétua de dar a cada um o seu direito — ou, o que é seu. Não se trata de uma potência e sim de um ato; e não de um ato isolado, mas de um *hábito* — o que caracteriza a virtude (AQUINO, 2015, II-II, q. 58). Este hábito pressupõe alteridade, pois exige uma relação de igualdade entre os indivíduos na atribuição daquilo que lhes é por direito (AQUINO, 2015, II-II, q. 58).

Nesse aspecto, Tomás deixa claro que a justiça não se confunde com a liberalidade, a benignidade ou a misericórdia. Considerando o reconhecimento do outro, também se reconhece o seu direito, dando-lhe não outra coisa, e sim o que lhe pertence, o que é seu (AQUINO, 2015, II-II, q. 58). Obviamente a sociedade e as relações humanas em geral não precisam estar baseadas unicamente na justiça, a liberalidade é desejável — mas não se confunde com a justiça (HERVADA, 2006, p. 40).

É nesse ponto que há a conexão entre o direito, a justiça e a lei. Sendo a justiça o hábito de realizar o justo, isto é, de aplicar o direito, é necessário um título e uma medida que definam o que é o direito. Retoma-se, assim, a questão da igualdade. Deve existir um padrão que defina a igualdade e, dessa forma, o direito que cabe a cada um. Trata-se de uma espécie de *título* (HERVADA, 2006, p. 54).

A necessidade desse título é de caráter lógico. O direito positivo, como visto, pressupõe um critério de justiça. Portanto, o justo é anterior ao direito positivo. Por sua vez, a justiça dá a cada um o que é seu. Portanto, há um direito de outra ordem anterior à justiça, o direito natural. Contudo, esse direito pressupõe uma atribuição de cada coisa ao seu titular, uma divisão. Esse ato primeiro é realizado pela lei natural. Sendo assim, “a justiça por si só não reparte as coisas, mas pressupõe uma divisão já estabelecida pela natureza, por lei humana ou por pacto” (HERVADA, 2006, p. 39).

No pensamento de Tomás de Aquino, o título — que não se confunde com o fundamento — do direito é a lei. Essa relação de anterioridade é percebida até pela estrutura da *Suma*, como já explicado. O direito supõe, assim sendo, uma divisão de bens entre as pessoas, e a justiça está na atribuição daquilo que pertence a cada um — pelo que a lei é essencial. No entanto, deve ficar claro que a lei tem uma finalidade muito maior que definir o direito, ela é um instrumento divino que move exteriormente o homem ao bem (AQUINO, 2015, I-II, q. 90).

Em primeiro lugar, a lei é essencialmente uma manifestação da razão e não da vontade — mesmo em se tratando da lei humana (AQUINO, 2015, I-II, q. 90). Pertence à razão, pois a razão é “a regra e a medida dos atos humanos” e, por sua vez, “a lei é certa regra e medida dos atos, segundo a qual alguém é levado a agir, ou a apartar-se da ação” (AQUINO, 2015, I-II, q. 90, a. 1). A racionalidade da lei está voltada à ordenação para o bem comum, que não ignora os fins particulares (AQUINO, 2015, I-II, q. 90).

A partir disso, Tomás vai expor como a diversidade de leis contribui para a realização do bem comum, conforme a providência divina. Na divisão, alguns autores reconhecem a existência de seis espécies de lei: eterna, natural, humana, divina antiga, divina nova e do pecado (RAMPAZZO, NAHUR, 2015, p. 121). No entanto, outra corrente agrupa as leis em apenas quatro espécies: eterna, natural, humana e divina — antiga e nova (BASTIT, 2010, p. 72).

O ponto de partida para a construção dessa divisão reside na ordenação presente na criação mundo. A ordem pressupõe uma finalidade, que somente pode ter sido infundida pelo Criador. Portanto, Tomás de Aquino defende a existência de uma ordem natural dada pelo Logos Divino, que atribuiu ao homem uma finalidade. Esta finalidade concretiza a plenitude humana e reside em Deus (VOEGELIN, 2012, p. 242). A lei, nesse sentido, é um instrumento para realização do fim do ser humano.

A ordem, portanto, sendo uma manifestação da razão divina, está asentada em uma primeira lei, a lei eterna. Essa lei é exatamente o governo do Logos Divino sobre o cosmos, que não está condicionada a um tempo específico, sendo eterna (AQUINO, 2015, I-II, q. 91). E é dado às criaturas participar

dessa razão. Por meio de tal participação o ser humano pode, racionalmente, discernir entre o bem e o mal, o que se dá por meio da lei natural (AQUINO, 2015, I-II, q. 91).

Embora o elemento teológico seja central no pensamento de Tomás de Aquino, não é o único fundamento de sua argumentação. Como ser social, a ordem é necessária à sociedade e ao homem, o que evidencia a existência de uma lei natural que limita a criação do direito pela vontade humana. Há uma igualdade objetivamente compreensível e a própria plenitude do homem depende de uma sociedade ordenada na busca do bem comum — que, repise-se, inclui a realização dos fins particulares.

Apesar da importância atribuída à lei natural, a lei positiva é um elemento indispensável no pensamento tomista e não pode ser ignorada. O homem é um ser histórico e sujeito a diversas contingências, um ser no tempo e no espaço. Portanto, a lei natural não pode ser considerada isoladamente, pois é incapaz de dar toda a regulamentação que a sociedade necessita. A lei positiva é não apenas possível, é extremamente necessária (AQUINO, 2015, I-II, q. 91).

As contingências das sociedades não são ignoradas, pois cabe à lei humana incluí-las. A afirmação de defensores da Lei Natural de que o legislador somente pode atuar na esfera do indiferente (HERVADA, 2006, p. 63) não significa — ao menos a partir de uma leitura tomista — que a lei humana é irrelevante ou indiferente para as questões de direito, isto é, de definir o justo.

Ao contrário, o centro da discussão acerca das leis natural e positiva não pode ser reduzida à ideia de que somente a lei natural apresenta um conteúdo significativo, enquanto a lei positiva pode ser completamente dispensada. A compreensão analógica de Tomás de Aquino coloca a lei positiva como instrumento de realização espaço-temporal do justo. A ordem é viabilizada por meio da aplicação da lei positiva. Contudo, sendo instrumento de concretização da lei natural, não pode afrontá-la (AQUINO, 2015, I-II, q. 95).

A liberdade do legislador somente existe naquilo que for indiferente, no sentido de matéria não delimitada pela lei natural, como é o caso do correio exemplo do sentido das vias para os automóveis (HERVADA, 2006, p. 63; RAMPAZZO, NAHUR, 2015, p. 38). Nos demais casos, por existir uma igualdade e uma lei que definem o justo por natureza, a lei positiva encontra balizas que limitam sua atuação, mas que não a tornam inútil.

Pois bem, Deus revela seu plano (lei eterna) à humanidade (em geral) e ao homem (de forma individualizada) por meio da lei natural. Isso funciona como princípios gerais, dependendo de uma concretização na sociedade por meio da lei positiva humana. Não obstante, para a plena realização da razão divina outra espécie de lei é necessária, a lei divina.

Em sua visão, quatro motivos tornam necessária a lei divina. Em primeiro lugar, porque o homem não está ordenado apenas a um fim finito, mas à bem-aventurança eterna. Em segundo lugar, para evitar a incerteza do juízo humano, que produz leis contrárias. Em terceiro lugar, apesar de a lei humana não poder coibir e ordenar atos interiores, a virtude exige sua adequação. Por fim, não é adequado ao bem comum que a lei humana puna ou proíba todos os males, pelo que a proibição e punição dos que lhe escapam são de atribuição da lei divina (AQUINO, 2015, I-II, q. 91).

Esse conceito de lei divina subsiste na História de duas formas: a lei antiga e a lei nova. Não se tratam de leis diversas, e sim de formas distintas de como a lei divina se deu aos homens — mantendo a mesma espécie (AQUINO, 2015, I-II, q. 91). Diferentemente da lei natural, ligada à criação — e, por conseguinte, à estrutura natural das coisas —, a lei divina relaciona-se com o plano de redenção — dividindo-se entre a fase anterior e posterior a Cristo.

A relação entre as leis natural, divina e humana aponta para uma sutil separação entre as esferas da religião e da política. A lei divina não dependerá de uma atuação do poder temporal para ser efetivada — exatamente pelos problemas que visa responder e por tratar de um relacionamento transcendente que diz respeito a Igreja e a Deus. Por outro lado, por sua generalidade, a lei natural relaciona-se intimamente com a positividade, pois necessita da executoriedade do poder temporal no que diz respeito à comunidade e ao bem comum (VOEGELIN, 2012, p. 262).

Por fim, o que alguns autores (RAMPAZZO, NAHUR, 2015, p. 127) trataram como sendo outra espécie de lei em Tomás de Aquino, na realidade deve ser observado como um desvio da lei. Sendo a razão integrante do conceito de lei, a lei do pecado (da concupiscência) em realidade configura-se como uma deturpação, pois não contribui nem ao bem comum, nem conduz à finalidade do homem (AQUINO, 2015, I-II, q. 91). Esta lei não pode ser considerada propriamente lei no pensamento tomista, pois é dever do homem afastar-se dela.

Pelo exposto, a justiça relaciona-se intimamente com o direito e a lei, promovendo uma ligação entre esses conceitos. Sendo que o direito e a lei não ignoram a importância do legislador, no entanto não se resumem às suas decisões. Afinal, se a justiça decorresse apenas do direito positivo, o justo residiria em aplicar tal lei. Nesse caso, o justo seria uma concessão do parlamento, do governo ou da sociedade. Sem o direito natural a justiça torna-se uma formalidade.

3. A INSUFICIÊNCIA DO POSITIVISMO PARA OS DIREITOS HUMANOS

O Positivismo Jurídico não é uma corrente de pensamento completamente uniforme. Ao contrário, em seu seio muitas teorias foram desenvolvidas

e o pensamento desenvolvido principalmente por Kelsen (2009) foi aprimorado por Hart (2009) e, atualmente, Raz (2012).

Apesar disso, há um centro em torno do qual giram todas essas variantes. Essa ideia central parte da rejeição — mais intensa ou mais branda — de um direito natural, a partir da afirmação que o direito é originado pela vontade humana, quer pela lei, quer pelo costume, quer pelo contrato (HERVADA, 2006, p. 59-60). Portanto, aquela divisão que origina o que é devido a alguém somente decorre de uma igualdade convencional.

A preocupação positivista em geral é tornar o Direito uma ciência, utilizando-se dos padrões dados pelas ciências naturais. Kelsen (2009, p. 85) deixa claro seu objetivo ao tentar comparar as ciências sociais às ciências naturais, buscando objetividade e, conseqüentemente, cientificidade. Para Bobbio (1995a, p. 131), o Direito é um fato e não um valor, o que permite que o jurista estude-o como um cientista estuda a realidade natural.

Na sua definição da norma jurídica, o positivismo esforça-se, principalmente, para diferenciar as diversas espécies de normas existentes, para encontrar o conceito da norma *jurídica*. Para Bobbio (2001, p. 147-148), não é suficiente a distinção com base em um critério material, como relação intersubjetiva ou finalidade. A proposta do positivista é definir como jurídica uma norma conforme o sujeito que a estabeleceu (BOBBIO, 2001, p. 149).

O critério do sujeito define a norma jurídica independentemente da forma que assume ou do fim a que se propõe. Considera-se jurídica a norma posta pelo poder soberano — embora os caminhos utilizados pelos diversos autores tenha alguma variação. Tais normas tornam-se essenciais, pois o poder soberano detém o monopólio da força e, por consequência, a capacidade de fazê-las valer (BOBBIO, 2001, p. 150).

Considerando que nem toda manifestação da vontade humana será caracterizada como lei, é necessário um procedimento específico para criar uma norma jurídica¹. Assim, ao lado das normas de conduta, existem normas de estrutura ou de competência, as quais fixam “as condições e os procedimentos através dos quais emanam normas de conduta válidas” (BOBBIO, 1995b, p. 33).

Por consequência, para um positivismo clássico a estrutura do ordenamento jurídico firma-se nas ideias de unidade, sistematicidade e completude. Portanto, são rejeitados problemas hierárquicos, de antinomia e de lacunas. Mesmo as dificuldades decorrentes da diversidade de ordenamentos encontram soluções (formais) — o que asseguraria segurança jurídica (BOBBIO, 1995b, p. 34-35).

¹ Este é um ponto que Tomás de Aquino já havia reconhecido (AQUINO, 2015, q. 90).

No entanto, a solução para todos os problemas identificados, ao final, encontra a mesma resposta: a soberania estatal. Sobre a pedra fundamental do Estado está assentada a unidade, a sistematicidade e a completude do ordenamento jurídico. Todas as normas, mesmo as particulares, retiram sua validade do Estado-Soberano, que se caracteriza como a *fonte das fontes* (BOBBIO, 1995b, p. 41) — ideia diametralmente oposta à de Tomás de Aquino.

Uma vez que o próprio ordenamento regula o modo pelo qual se devem produzir as normas, a sua unidade depende de uma norma fundamental que autoriza todas as demais (KELSEN, 2009, p. 217). Afinal, toda norma pressupõe um (e deriva de um) poder normativo, que também pressupõe uma norma que o autorize a produzir normas jurídicas. Logo, no caso do poder constituinte essa norma pressuposta é a norma fundamental, caracterizando-o como jurídico e servindo como fundamento de validade de todas as normas do sistema (BOBBIO, 1995b, p. 58).

A preocupação positivista de defender uma norma pressuposta é a preocupação de afastar a ideia de que o direito seja fruto unicamente da força. Afinal, sem qualquer baliza material, o que restaria ao positivismo seria reconhecer que o mais forte decide o que é jurídico ou não. A ideia de uma norma fundamental poderia afastar essa conclusão, mas na prática essa norma não garante qualquer materialidade ao direito subsequente. Como consequência, o direito permanece dissociado de qualquer critério de justiça:

A definição do Direito, que aqui adotamos, não coincide com a de Justiça. A norma fundamental está na base do Direito como ele é (o Direito positivo), não do Direito como deveria ser (o Direito justo). Ela autoriza aqueles que detêm o poder a exercer a força, mas não diz que o uso da força seja justo só pelo fato de ser vontade do poder originário. Ela dá uma legitimação jurídica, não moral, do poder. O Direito, como ele é, é expressão dos mais fortes, não dos mais justos (BOBBIO, 1995b, p. 67).

No entanto, essa proposta acaba por contradizer os objetivos dos direitos humanos, de uma luta contra a opressão estatal e uma garantia jurídica para o indivíduo não criada pelo poder do legislador. Esse problema surge principalmente em razão da recusa do caráter jurídico a qualquer fundamento não positivado.

Dentro de uma ótica positivista os documentos internacionais podem suprir uma discussão por fundamentos. No entanto, ao menos quatro razões levam à busca por esse fundamento (ROBLES, 2005, p. 1-2). Em primeiro lugar, é absurdo defender um valor sem saber o motivo. Em segundo lugar, um fundamento delimita um conteúdo concreto ao que se denomina “Direitos Hu-

manos”. Em terceiro lugar, não é possível apresentar uma teoria sobre os direitos humanos sem fundamentá-los. Por fim, para a efetivação de direitos é indispensável a existência de ideias claras.

Da necessidade de fundamentação também se conclui que nem tudo pode ser denominado “Direitos Humanos”. Da exposição de um positivista como Bobbio (2004, p. 15-16) qualquer pretensão amplamente aceita e defendida, uma vez positivada, pode ser considerada como essa espécie de direito. Em essência, não se pode extrair uma distinção positivista entre os direitos em geral e os direitos humanos.

O principal contrassenso em uma posição positivista acerca dos direitos humanos — como a de Norberto Bobbio (2004, p. 4)— é ao mesmo tempo defender esses direitos como fruto da inversão na relação indivíduo-Estado, mas condicioná-los ao reconhecimento pelo Estado ou pela Comunidade Internacional. A definição do que são *direitos* humanos, portanto, permanece sujeita à decisão de um corpo político.

O paradoxo é autoevidente quando percebemos que no Positivismo Jurídico nada resta ao indivíduo sem o Estado ou sem a Comunidade Internacional. De forma involuntária e inevitável retorna-se ao ponto de partida: sem a comunidade o indivíduo não tem mais do que meros desejos e pretensões sem eficácia — pois esta depende do poder político.

Nesse sentido, interessante observar o ceticismo positivista em relação a um direito inerente ao homem ou que possa existir antes e independente de qualquer benevolência do Estado — noção essa que foi o germe histórico do conceito de direitos humanos:

Falar de direitos naturais ou fundamentais, inalienáveis ou invioláveis, é usar fórmulas de uma linguagem persuasiva, que podem ter uma função prática num documento político, a de dar maior força à exigência, mas não têm nenhum valor teórico, sendo portanto completamente irrelevantes numa discussão de teoria do direito (BOBBIO, 2004, p. 6).

Essa conclusão parte de uma premissa positivista de que todos os direitos criados pela vontade humana possuem o mesmo fundamento de validade: o poder soberano. No entanto, se o fundamento da liberdade e dos demais direitos é a norma positiva — quer de um Estado, quer em âmbito internacional —, não há motivo para afirmar um deles como mais fundamental, se não baseado em um critério de hierarquia (formal) das normas — o que reduz a importância dos direitos humanos.

Prosseguindo, em sua concepção positivista, Bobbio (2004, p. 72-73) assume que, se um direito não é afirmado pela legislação e, simultaneamente, dotado de efetiva aplicação, não passa de mera obrigação moral ou, no máximo, política. Em tal situação, sem positivação plena (legislada e efetivada),

os direitos humanos seriam uma carta de intenções, sustentada unicamente pela opinião pública.

Na prática, essa ideia reduz os direitos humanos a um instrumento de retórica internacional ou nacional:

Partilho a preocupação dos que pensam que chamar de “direitos” exigências (na melhor das hipóteses) de direitos futuros significa criar expectativas, que podem não ser jamais satisfeitas, em todos os que usam a palavra “direito” segundo a linguagem corrente, ou seja, no significado de expectativas que podem ser satisfeitas porque são protegidas.

Por prudência, sempre usei, no transcorrer desta minha comunicação, a palavra “exigências” em vez de “direitos”, sempre que me referi a direitos não constitucionalizados, ou seja, a meras aspirações, ainda que justificadas com argumentos plausíveis, no sentido de direitos (positivos) futuros (BOBBIO, 2004, p. 72).

Quando o positivismo reduz os direitos humanos a exigências de positivação de determinadas pretensões em um ordenamento (BOBBIO, 2004, p. 74), está novamente a condicionar esses direitos à vontade do Estado. Não passam de um conjunto de argumentos, que, se não positivados e aceitos pelo Poder Estatal, interessam somente a teóricos.

Tal posição, portanto, desloca os direitos humanos do jurídico para o exclusivamente político. Afinal, sem o reconhecimento pelo Estado a discussão não é *jurídica*, e sim sobre pautas políticas — não vinculantes — para o funcionamento das instituições públicas. Sem essa decisão estatal nada existe:

Uma coisa é ter um direito que é, enquanto reconhecido e protegido; outra é ter um direito que deve ser, mas que, para ser, ou para que passe do dever ser ao ser, precisa transformar-se, de objeto de discussão de uma assembleia de especialistas, em objeto de decisão de um órgão legislativo dotado de poder de coerção (BOBBIO, 2004, p. 77).

Como consequência, os direitos humanos seriam uma semente que apenas cresce no fértil solo do Estado de Direito. Somente em um Estado comprometido com a observância das normas (tanto internas, quanto internacionais) e que possui uma estrutura capaz de efetivá-los (ao menos progressivamente) podem ser reconhecidos direitos humanos. Mal comparando, é como a Teoria da Justiça de Rawls (2008, p. 560), que somente é aplicável em uma sociedade bem-ordenada.

Não obstante, quem mais necessita da proteção dos direitos humanos em face do Poder Público é o povo de um Estado de não direito, no entanto

são exatamente esses que se recusam a aceitar limites ao seu poder. E mais, são esses Estados que rejeitam as normas internacionais.

No entanto, existe uma questão ainda mais profunda não respondida: e se a luta por esses direitos não for vitoriosa circunstancialmente, as *pretensões* de direitos nada significaram? Antes da II Guerra Mundial a proibição da tortura, dos tratamentos cruéis e do genocídio era despida de caráter jurídico? Antes do reconhecimento dos direitos civis dos negros americanos não existiam *direitos*?

O problema dessa visão positivista do Direito é que ao tratar os direitos humanos afastados de uma noção de Lei Natural acaba por negar a possibilidade de rejeição a um sistema normativo que não os reconheça (NINO, 2011, p. 27). Como consequência, eles não servem para impugnar juridicamente um ordenamento positivado — a menos que também sejam positivados, o que é paradoxal.

E ainda que seja admitido que a positivação internacional é suficiente, essa ideia continua reduzindo os direitos humanos a um ato de vontade ou de desejo da reunião de Estados. Considerando o ceticismo positivista, não existe essa coisa chamada “Comunidade Internacional” de uma maneira transcendente e que consolida as melhores ideias de justo, bem e paz. O que existe é a reunião de Estados soberanos em organismos internacionais.

O condicionamento do reconhecimento de direitos humanos à aprovação de documentos internacionais é reconhecer que uma votação — que pode ser marcada por fatores contingentes — tem a capacidade de dizer quais são os direitos mais básicos do ser humano. São os próprios Estados decidindo voto a voto o que irão aceitar como limites ao seu poder e como compreendem a dignidade humana.

A busca por um fundamento é a busca por algo além da lei positiva que justifique a defesa desses direitos. É a busca por uma base sólida que proteja o homem contra mudanças eventuais no consenso. Jacques Maritain (1966, p. 83), que participou da comissão de elaboração da Declaração Universal, é enfático ao rejeitar a defesa dos Direitos Humanos por uma ótica positivista:

O fundamento filosófico dos Direitos do Homem é a Lei Natural. Lamento não podermos encontrar outra palavra! [...]. Eles [os críticos] deveriam, entretanto, lembrar-se de que a história dos direitos do homem está ligada à história da Lei Natural, e que o descrédito em que, por certo tempo, o positivismo lançou a ideia da Lei Natural, provocou inevitavelmente um descrédito semelhante para a ideia dos direitos do homem.

Nesse sentido, Strauss (2014, p. 3) explica que o Positivismo reduz o Direito às decisões dos legisladores e dos tribunais. Logo, seria a manifestação de determinadas preferências, o que acarreta a permissibilidade de qualquer ato

(STRAUSS, 2014, p. 6). Somente o que o Estado ou a ONU disserem — e tudo aquilo que eles disserem — que é direito humano será efetivamente direito.

Por isso, a defesa dos direitos humanos a partir do Positivismo Jurídico conduz a diversos problemas e, ao fim, à inutilidade jurídica desse conceito. É necessária uma proposta assentada em outra concepção de direito e de lei.

4. UMA PROPOSTA DE FUNDAMENTAÇÃO EM TOMÁS DE AQUINO

A partir da delimitação da Filosofia do Direito de Tomás de Aquino e da crise dos direitos humanos em uma lógica positivista é possível formular uma proposta de fundamentação nos conceitos tomistas de Lei Natural e de Direito Natural. Não apenas isso, como também a relação destes conceitos com as ideias de pessoa humana e comunidade política.

De início, deve ser observado que Tomás de Aquino separa as esferas natural e sobrenatural da teologia. Isso permite que a parte natural seja integrada num sistema humano sob a autoridade da razão e que a Revelação e a Igreja ocupem-se da esfera do sobrenatural. Tal divisão permite a apropriação do pensamento filosófico tomista independentemente do critério de fé, pois a razão caracteriza o homem e é capaz de chegar à verdade (VOEGELIN, 2012, p. 244).

Partindo dessa premissa, na concepção de Tomás de Aquino o direito não é pura subjetividade — quer como interpretação, quer como ato de poder de um sujeito (como o legislador). Ao contrário, o direito pode ser conhecido por intermédio da razão, não apenas por ser criado pela vontade humana (direito positivo), mas principalmente porque a razão consegue entender a igualdade decorrente da natureza. Portanto, o justo é objetivo, o que faz com que a positivação possa ser limitada pelo direito natural.

Desse pensamento pode ser extraída a principal exigência dos direitos humanos — como proclamados nas diversas modernas declarações de direitos (francesa, americana e universal) —, segundo a qual a soberania de um Estado não pode criar todo e qualquer direito. Esses direitos partiram exatamente da compreensão de que nem toda vontade do Estado configura-se propriamente como direito, pois o Estado também está limitado pela natureza das coisas — no caso, pela natureza das pessoas.

O pensamento de Tomás de Aquino é essencial para fundamentar e esclarecer essa limitação. Em sua visão era primordial distinguir o natural do convencional. A diferença entre o que é necessário e o que é contingente marca a separação entre a lei humana e a lei natural (RAMPAZZO, NAHUR, 2015, p. 11). Como conclusão, o poder humano não pode tudo, pois há uma verdade

objetiva na realidade, própria das coisas como elas são (de modo natural e necessário).

Sendo que, a considerar que o jurista tem a função de aplicar o direito e não simplesmente a lei, ele deve buscar o resultado justo (o direito) por todos os meios disponíveis — ainda que isso implique a não aplicação da lei positiva.

Aquino é enfático ao afirmar que “toda lei humanamente imposta tem tanto de razão de lei quanto deriva da lei da natureza. Se, contudo, em algo discorda da lei natural, já não será lei, mas corrupção de lei” (AQUINO, 2015, I-II, q. 95). Como critério de validade das leis positivas, seu pensamento fundamenta inclusive quando cortes de direitos humanos reputam determinadas leis como a própria negação do direito (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001).

No entanto, esse posicionamento não implica que o pensamento tomista seja baseado em um universalismo simplório. Realmente, um ponto essencial na discussão atual sobre os direitos humanos é como encontrar uma solução entre o universalismo e o relativismo (KLAUTAU FILHO, 2004, p. 36). No pensamento de Tomás a solução é dada por um meio termo existente na relação entre a lei natural e a lei positiva.

Nesse aspecto, sua posição busca ser harmônica com as forças históricas, considerando que o mundo não é estático — ao contrário, “é, antes, um organismo de forças históricas mutáveis” (VOEGELIN, 2012, p. 249). Para efetivar a justiça é preciso compreender que a realização do direito se dá no mundo historicamente concreto num dado momento. Então, fica claro que as leis devem adequar-se ao justo, à natureza, aos costumes, ao lugar e ao tempo (AQUINO, 2015, I-II, q. 95).

Portanto, a filosofia tomista não cai em um relativismo, ao considerar a igualdade por natureza; mas também não ignora as contingências, ao reconhecer a mutabilidade do mundo. Os direitos humanos poderiam, portanto, considerar as particularidades de cada povo, sem reconhecer que toda manifestação cultural é válida — vencendo o despotismo dos costumes. Ao mesmo tempo, deixariam de servir a um discurso imperialista ocidental para impor determinado modelo de vida ao restante do mundo.

Essa concepção permite que as mais diversas comunidades reconheçam os direitos humanos, aplicando-os da forma possível no seu contexto particular. No contexto internacional, a posição tomista incentiva a positivação dos direitos humanos que, conforme as circunstâncias, podem ser exigidos de todos os países. No contexto local, os direitos humanos fundamentam a rejeição de práticas — ainda que culturais — que se mostram irracionais e lesivas à pessoa.

Ora, a lei natural pressupõe uma ideia de pessoa humana, que se concretiza principalmente a partir das noções de igualdade e alteridade. A visão tomista é de que a “pessoa humana é um ser concreto, individual, racional e social” (RAMPAZZO, NAHUR, 2015, p. 134). O centro dessa ideia é de que os homens são criaturas racionais.

A alma do ser humano caracteriza sua unidade substancial, que é concreta por existir efetivamente. Ele é um ser que busca o bem não por instinto, como as criaturas irracionais, mas por intermédio de sua liberdade. Por ser livre, o homem pode fazer escolhas, decidindo com base em sua razão. A vontade, nesse sentido, não é um impulso, pois é guiada racionalmente (RAMPAZZO, NAHUR, 2015, p. 15).

Como conclusão, a pessoa não é criada pelo direito positivo, por ser anterior a ele — e seu fundamento (HERVADA, 2006, p. 54). O direito existe em razão da *pessoa humana*, o verdadeiro fundamento da titularidade de direitos. Hervada (2006, p. 77) assim descreve esse paradoxo da criação do sujeito de direitos pelo próprio direito:

Dizer que a condição de sujeito de direito é dada pela lei humana é uma afirmação vazia por sua radical impossibilidade: o homem daria a si mesmo a potência (a capacidade para o fato cultural) e o ato (o fato cultural), o que suporia nele um poder criador em sentido estrito (tirar algo do nada), coisa impossível.

Portanto, é necessário que o direito natural assegure essa condição de titular para que possam ser criados e gozados os direitos positivos. Logo, a igualdade entre os homens não reside na lei humana, e sim em razão da natureza das coisas. A humanidade foi dotada pelo criador de uma igualdade, por analogia (RAMPAZZO, NAHUR, 2015, p. 12).

Sendo a justiça uma virtude relacional, tal igualdade exige alteridade. Isto é, o direito exige o reconhecimento da pessoa do outro e de sua condição de sujeito de direitos, que constituem deveres para os demais. Há um vínculo de reciprocidade na comunidade que faz com que cada um espere ser tratado como pessoa humana, do mesmo modo como é capaz de tratar o outro (RAMPAZZO, NAHUR, 2015, p. 133-134).

Portanto, há o reconhecimento de que o *eu* está em débito com o outro — deve aquilo que é justo —, que possui a mesma natureza de sujeito de direitos. A virtude e a racionalidade, assim sendo, exigem o reconhecimento do outro, o reconhecimento do direito do outro e, por fim, a entrega ao outro daquilo que lhe pertence, o que realiza o justo.

Essa igualdade não trata os seres humanos de forma abstrata, ao contrário, considera suas particularidades. Isso, pois a justiça consiste não em criar a identidade entre as pessoas na forma de um igualitarismo, e sim a equivalência

que considera a diferença entre as pessoas (HERVADA, 2006, p. 31). Deve ser dado aquilo que é devido, não a mesma coisa a todos. Dar o devido pressupõe consideração da pessoa com suas individualidades, e não descolada de seu contexto.

Como é possível concluir, esses conceitos de pessoa, alteridade e igualdade vão ao encontro dos direitos humanos. A defesa tomista de ser humano atende o estrito objetivo das declarações de direitos ao dirigir o Estado e o poder político à tutela da pessoa. Mais, a sociedade e as demais pessoas tornam-se codevedoras do respeito e da garantia dos direitos dos demais, pois essa é uma exigência e uma decorrência da humanidade compartilhada entre os homens (BARZOTTO, 2010, p. 64).

Embora no pensamento antropológico de Tomás de Aquino o homem constitua uma unidade, a sua plenitude somente é alcançada em comunidade. As capacidades racionais da pessoa não se desenvolvem de forma plena isoladamente ou apenas em família (VOEGELIN, 2012, p. 253).

Sendo que diferentemente da concepção de Thomas Hobbes (1993, p. 175) — o pai do positivismo político moderno —, essa comunidade é marcada pela liberdade dos homens. Essa liberdade deve ser utilizada na busca do bem comum, pelo que a comunidade é cooperativa (VOEGELIN, 2012, p. 254-255). Sendo assim, cada um deve à sociedade sua cota de participação na obtenção do bem comum, o que constitui o dever de justiça de cada cidadão, que está fixado na lei (HERVADA, 2006, p. 89-90).

Nesse sentido, não pode ser afirmado que os direitos humanos contemporâneos estão afastados do pensamento tomista em razão de terem sido pensados como mecanismos de defesa contra o Estado Moderno. Embora o conceito de soberania estatal existente ao tempo das principais declarações de direitos dos séculos XVIII-XX não tivesse sido desenhado na época de Tomás de Aquino, o conceito de comunidade política não pode ser considerado completamente dissonante.

Aliás, Eric Voegelin (2012, p. 269) já identifica em Tomás de Aquino as bases que vão determinar a história política do Ocidente, como “o povo organizado com constituição, a sociedade comercial burguesa, o espiritualismo da Reforma e o intelectualismo da ciência”.

Efetivamente, no pensamento tomista a comunidade tem um papel relevante de buscar o bem comum. Sendo assim, não busca o bem de um, de alguns ou da maioria, e sim de forma geral (RAMPAZZO, NAHUR, 2015, p. 11). Portanto, é uma sociedade onde o justo é observado e onde as virtudes são incentivadas. O fundamento da autoridade não é a força bruta e o poder não é ilimitado. A lei natural baliza o funcionamento das instituições.

Logo, esse pensamento pode ser ajustado à compreensão atual de Estado. Os direitos humanos tiveram sua explosão exatamente em contextos de violação do justo natural pelo Estado e pelas autoridades, que usaram o poder e a força sem observar critérios de bem comum — observe-se que o bem comum não se confunde com o bem da maioria, como ocorre no utilitarismo — e sem atender o justo fixado pela lei natural.

Pode ser observado que em Tomás de Aquino a relação entre o direito, a justiça e a lei permite o fundamento dos direitos humanos no estrito sentido em que foram defendidos, como instrumentos para o ajustamento nas relações sociais e, dessa forma, a busca da paz na sociedade (HERVADA, 2006, p. 23). E tal como a justiça, estes direitos não estão voltados a grandes massas indistintamente, mas considera cada relação social específica (HERVADA, 2006, p. 35). Sendo que nem a justiça nem dos direitos humanos devem ser pensados como utópicos (HERVADA, 2006, p. 10).

5. CONCLUSÃO

Em tempos de incerteza, os arquipélagos de certeza garantem ao homem mais do que segurança e estabilidade, garantem uma sensação de paz. Essa é uma das razões que torna a positivação tão atraente, por ser mais fácil de manusear do que a exigência de um exercício profundo da razão. Além disso, o homem se sente no completo controle sobre o justo e o injusto.

No entanto, os direitos humanos vêm mostrar exatamente o contrário, que o direito pode ser um instrumento de grande mal se não for adequadamente controlado e se não tiver um fundamento sólido. E isso não é suficientemente respondido afirmando que o direito é fruto unicamente da vontade humana. É necessário, portanto, buscar as razões assentadas no justo natural.

Nesse sentido, é possível perceber que a compreensão do positivismo jurídico segue o oposto do pensamento de Tomás de Aquino. Como visto, quando o positivismo restringe os direitos humanos à positivação dos Estados ou da Comunidade Internacional, acaba por nulificar o conceito que foi historicamente desenhado. O positivismo acaba exatamente na confusão entre o ideal e o direito.

Uma proposta de fundamentação dos direitos humanos precisa abrir mão do positivismo e adotar uma lei positiva como entendida pelo tomismo. Efetivamente, o pensamento de Tomás de Aquino anuncia os direitos humanos na exata medida em que não confunde o que é devido com aquilo que as pessoas reivindicam. Enquanto uma pretensão tem por fundamento argumentos que não a justiça, um direito existe por ser devido, por ser objeto da justiça. A igualdade natural da humanidade tem como consequência mais do

que pretensões simpáticas à opinião pública; tem como consequência direitos mínimos.

Para concluir, é válido um exemplo: a vida é uma pretensão ou um direito? À luz do positivismo é uma pretensão que passa a ser direito se acolhida por uma decisão política. Por sua vez, a resposta de Tomás de Aquino — que é exatamente a luta dos direitos humanos — é de que a vida é devida à pessoa. Sendo devida, é um direito e, portanto, é dever da comunidade, das autoridades e dos demais reconhecê-lo e assegurá-lo — pois estão em débito em relação a ele.

Em sendo assim, os direitos humanos encontram um firme fundamento no pensamento tomista, pois Tomás de Aquino foge do subjetivismo que reduz todo o direito a uma decisão da vontade humana. Também se afasta do ceticismo que nega que a lei natural possa ser objetivamente conhecida. Por fim, seu pensamento não cai no normativismo que equipara o direito à lei. Portanto, sem desconsiderar a relevância da lei positiva, os direitos humanos poderiam enfrentar as principais violações à pessoa, que muitas vezes são perpetradas pela letra da lei.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Vol. 4 e 6. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2015.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Filosofia do Direito**: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BASTIT, Michel. **Nascimento da lei moderna**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995a.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995b.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Barrios Altos vs. Peru. Mérito**. Sentença de 14 de março de 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es>. Acesso em: 30/07/2015.

FINNIS, John. **Fundamentos de ética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HERVADA, Javier. **O que é o direito?** A moderna resposta do realismo jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

HOBBS, Thomas. **De cive**: elementos filosóficos a respeito do cidadão. Petrópolis: Vozes, 1993.

ISRAËL, Nicolas. **Genealogia do Direito Moderno**: o estado de necessidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KLAUTAU FILHO, Paulo de Tarso Dias. **Igualdade e Liberdade**: Ronald Dworkin e a Concepção Contemporânea de Direitos Humanos. Belém: CESUPA, 2004.

MARITAIN, Jacques. **O homem e o estado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1966.

NINO, Carlos Santiago. **Ética e Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2011.

RAMPAZZO, Lino; NAHUR, Március Tadeu Maciel. **Princípios jurídicos e éticos em São Tomás de Aquino**. São Paulo: Paulus, 2015.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

ROBLES, Gregorio. **Os Direitos Fundamentais e a Ética na Sociedade Atual**. Barueri: Manole, 2005.

STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

VOEGELIN, Eric. **História das ideias políticas**: Idade Média até Tomás de Aquino. Vol. 2. São Paulo: É Realizações, 2012.

* Recebido em 07 out. 2015.



A OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS PARA NUBENTE COM MAIS DE 70 ANOS: UMA NOVA ÓTICA CONSTITUCIONAL

*Francisco Luciano Lima Rodrigues**
*José Weidson Oliveira Neto***

Resumo

O artigo pretende analisar a imposição do regime de separação legal de bens, disposto no artigo 1.641, II, do Código Civil de 2002, sob uma perspectiva contemporânea, buscando uma interpretação sistemática, considerando a Constituição Federal de 1988, o Estatuto do Idoso e as alterações no âmbito da capacidade civil introduzidas recentemente pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Para tanto, inicia-se com contextualização da percepção sobre o envelhecimento a partir do século passado até o presente momento. Em seguida, pondera-se acerca da capacidade civil no ordenamento jurídico brasileiro. Finaliza-se com a análise do regime de separação obrigatória de bens imposto ao idoso maior de 70 anos de idade, concluindo-se pela necessidade de sua revogação.

Palavras-chave

Separação obrigatória de bens. Capacidade Civil. Direito de Família. Estatuto do Idoso. Autonomia privada.

Abstract

This article intends to analyze the imposition of the regime of legal good's separation, provided for in article 1.641, II, of the 2002 Brazilian Civil Code, from a contemporary perspective, seeking a systematic interpretation, considering the Federal Constitution of 1988, the Statute of the Elderly and Changes in civil capacity recently introduced by the Disabled Persons Statute. It begins with a contextualization of the perception about aging, from the last century to the present. It is also considers the civil capacity in the Brazilian legal system. The text analyzes the regime of compulsory separation of assets, imposed on the elderly over 70 years of age, concluding for the need for its repeal.

* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional Mestrado/Doutorado da Universidade de Fortaleza. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Juiz de Direito.

** Mestrando em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Especialista em Direito de Família e Sucessões. Bacharel em Direito pela Unifor. Assessor Técnico-Jurídico da Secretaria de Planejamento e Gestão do Governo do Estado do Ceará (Seplag).

Keywords

Compulsory separation of assets. Civil capacity. Family right. Statute of the Elderly. Private autonomy .

1. INTRODUÇÃO

A ordem jurídica civil brasileira vigente a partir do início do século XX, ainda por influência das ideias oitocentistas, foi marcada pela valorização do patrimônio em detrimento da pessoa. O Código Civil de 1916, em normas relacionadas ao direito de família, trazia aspectos patriarcais marcantes e versava majoritariamente acerca do casamento e seus reflexos patrimoniais.

As muitas mudanças sócio-políticas ocorridas no mundo, com reflexos sobre o Brasil, influenciaram as normais civis, em especial, àquelas relativas ao direito de família, decorrentes da dissolubilidade do matrimônio, das mudanças nas relações de gênero, com a emancipação da mulher, as novas formas de família, tudo importando na valorização da pessoa. Tais mudanças influenciaram o texto da Constituição Federal de 1988 — apelidada de “Constituição cidadã” — que inaugurou uma nova ordem político-social-jurídica: o Estado Democrático de Direito, que tem em seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade é inerente a própria condição humana, do qual decorre a titularidade de direitos a serem respeitados pelo Estado e pelos particulares. Enunciado como base do Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da república brasileira, é a base para a interpretação do direito civil.

A Constituição Federal, tradicionalmente restrita às normas relativas a organização do Estado, ao valorizar aspectos existenciais fundamentados na dignidade da pessoa humana, trouxe para a ordem constitucional os parâmetros de interpretação do direito civil, marcando um fenômeno denominado de constitucionalização do direito civil, com a prevalência das questões existenciais sobre as patrimoniais. Nesse sentido, a doutrina jurídica contemporânea criou a novel nomenclatura Direito Civil-Constitucional para referenciar-se a esta aproximação entre pessoa e patrimônio.

O Código Civil de 2002 inicia-se com o Livro “Das Pessoas”, no qual em seus primeiros artigos define a capacidade para os atos da vida civil. Entretanto, recentes alterações decorrentes da Lei nº 13.146 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), de 06 de julho de 2015, revogou incisos I, II e III do art. 3º, e alterou o art. 4º e seus incisos II e III, e parágrafo único. Em suma, essas alterações mantêm como absolutamente incapazes apenas os menores de 16 anos, e como relativamente incapazes, as pessoas com idade entre dezesseis e dezoito anos, os ébrios habituais e viciados em tóxicos, os que por

causa transitória ou permanente não puderem expressar vontade e os pródi-
gos.

Uma das principais alterações na capacidade civil da pessoa com defi-
ciência, no entanto, refere-se à presunção de autonomia para decidir questões
existenciais da vida, ou seja, mantêm-se, em regra, as faculdades para casar,
trabalhar, testemunhar, votar e praticar atos de vontade da vida diária. Isso
para a pessoa com deficiência, que pode ou não ser idosa.

No que se refere à pessoa idosa, não há nos artigos específicos do
Código Civil — art. 3º e art. 4º — qualquer limitação, em razão de idade, à
sua capacidade civil. A Lei nº 10.741 (Estatuto do Idoso), de 1º de outubro de
2003, consagra que o direito ao respeito à pessoa idosa compreende a invio-
labilidade de sua autonomia.

Entretanto, o artigo 1.641 do Código Civil de 2002, em seu parágrafo
segundo, torna obrigatório o regime de separação de bens ao casamento de
pessoa com mais de 70 anos. Este dispositivo limita a autonomia da vontade
do idoso para optar pelo regime de bens que lhe aprouver. Questiona-se:
subsiste razão justificadora da aplicabilidade do artigo 1.641 do Código Civil
de 2002, ante as novas alterações na capacidade trazidas pelo Estatuto da
Pessoa com Deficiência, e principalmente, com os direitos previstos no Esta-
tuto do Idoso, notadamente quanto ao exercício de sua autonomia?

O presente artigo pretende discutir, por meio de pesquisa bibliográfica
e jurisprudencial qualitativa, conceitos de capacidade civil e autonomia pri-
vada da pessoa com mais de 70 anos em contraponto à imposição do regime
de separação obrigatória de bens disposto no artigo 1.641, § 2º, do Código
Civil. Acrescentam-se à discussão, ideias acerca da dignidade da pessoa hu-
mana e direitos da personalidade, que são temáticas inerentes ao exercício da
capacidade e autonomia plenas do indivíduo.

2. DO CONTEXTO JURÍDICO DA PESSOA IDOSA NO BRASIL

O envelhecimento é um processo encarado de forma distinta por múl-
tiplas culturas mundiais. Não obstante a valorização do “velho” como o
grande sábio, presente em algumas culturas, pode-se observar que, na socie-
dade moderna ocidental, a velhice tem, muitas vezes, um aspecto demeritó-
rio.

Na sociedade contemporânea tem surgido, a respeito do idoso, a supe-
ração do pré-conceito de que a velhice seria algo ruim. No âmbito da lingua-
gem, são criados novos títulos à categoria, tais como “terceira idade”, “melhor
idade”, “feliz idade”, “maturidade”, cuja adoção de tais termos produzem

efeitos no combate aos preconceitos quanto à velhice, demonstrando que se trata de uma fase ativa e repleta de realizações.

A valorização social da pessoa idosa coincide com um aumento na taxa de crescimento desta parcela da população. A humanidade tem passado por um crescimento progressivo na quantidade de pessoas idosas que é mais rápido e acentuado do que o da população em geral. A população brasileira segue a mesma progressão. Conforme estimativa disponibilizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), neste ano de 2016, 8,17% da população brasileira é de pessoas com mais de 65 anos de idade, já em 2030, estima-se que o percentual seja de 13,44%.

No âmbito do direito brasileiro desenvolvem-se cada vez mais estudos acerca do Idoso. Desde a década de 1930, as Constituições traziam menções aos idosos, porém, restringindo-se a relações trabalhistas e previdenciárias. A Constituição Federal de 1988, em sua perspectiva de valorização da dignidade da pessoa humana e de igualdade para todos, atribui à família, à sociedade e ao Estado a tutela da pessoa idosa, que se realiza no amparo, na defesa da dignidade e bem estar, assegurando-se a participação na comunidade e garantindo o direito à vida.

A tutela constitucional estendida à pessoa idosa por sua condição humana especial — em razão da idade — carecia de regulamentação específica, que ocorreu, em um primeiro momento, com a Lei nº 8.842, de 04 de janeiro de 1994, que dispõe acerca da Política Nacional do Idoso.

A Política Nacional do Idoso considera-o como a pessoa maior de sessenta anos de idade e tem como objetivo assegurá-lo de seus direitos sociais, em especial a autonomia, integração e participação efetiva na sociedade. Essa política impulsionou a promoção da ideia de envelhecimento saudável como principal meta a se alcançar, destacando a importância da prevenção de doenças, a manutenção, melhoria e recuperação da capacidade funcional dos idosos e principalmente a garantia de permanecer no meio em que vivem. Entretanto, no final da década de 1990, constatava-se que a Política Nacional do Idoso não fora efetivamente implantada.

A década de 1990 reuniu grandes movimentos internacionais de promoção dos direitos dos idosos, que unidos à ineficácia da Política Nacional do Idoso, fortaleceram militâncias em prol da elaboração de legislação voltada para o idoso no Brasil.

Vale ressaltar que a Organização das Nações Unidas (ONU) promoveu fortemente os direitos dos idosos, iniciando com a Assembleia Mundial sobre o envelhecimento, em 1982, que produziu o Plano de Ação Internacional de Viena sobre o Envelhecimento. Em 1991, a Assembleia Geral da ONU adotou o Princípio das Nações Unidas em Favor da Pessoa Idosa, que enumerava

direitos dos idosos, dentre eles: independência, autorrealização e dignidade. Em 1992, a Conferência Internacional sobre o Envelhecimento reuniu-se para dar seguimento ao Plano de Ação, adotando a Proclamação do Envelhecimento. No final da década, em 1999, foi declarado o Ano Internacional do Idoso.

Nesse contexto de influência internacional de políticas que efetivem a tutela à pessoa idosa, que já encontrava amparo no art. 230 da Constituição Federal de 1988, e com o fito de complementar as disposições da Política Nacional do Idoso, editou-se a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso.

1.1. O Estatuto do Idoso

O panorama mundial de tutela da pessoa idosa e o crescimento desta parcela da população no Brasil culminaram com a edição do Estatuto do Idoso, que com 118 artigos, objetiva criar condições para a existência real de uma sociedade para todas as idades, visando otimizar mandamentos constitucionais como dignidade da pessoa humana e vedação à discriminação.

O Estatuto do Idoso, sendo a norma específica vigente, enuncia um conceito jurídico de idoso, em seu artigo 1º, ao afirmar que se destina a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos. Entretanto, esta definição é passível de críticas, pois, do ponto de vista biológico, o critério para a aceção da velhice é caracterizado por sinais de incapacidade física, cognitiva ou mental, não havendo um divisor de águas claro entre as fases da vida. A ideia de envelhecimento vinculada ao declínio físico e mental era corroborada pelas ciências médicas, por exemplo, em teses defendidas na Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro, no início de século XX.

A fixação de uma idade a partir da qual, por definição legal, uma pessoa torna-se idosa, tem relação com a garantia de direitos, independentemente do estado de saúde do indivíduo. A idade avançada não é mais sinônimo de deficiência, seja motora ou psíquica. O direito ao envelhecimento juntamente com a garantia de direito à saúde, enunciados como direitos fundamentais pelo Estatuto do Idoso, exprimem o ideal contemporâneo de incentivo a gerações de idosos cada vez mais saudáveis, de forma a desvincular a idade avançada da exclusão social, garantindo-lhes direitos.

Nessa perspectiva, o Estatuto do Idoso inclui a inviolabilidade da autonomia da pessoa com idade igual ou maior de sessenta anos como direito ao respeito. A garantia da autonomia privada compreende o direito à autodeterminação e o livre desenvolvimento da personalidade em condições de igualdade com os demais indivíduos.

Entretanto, Justo e Rozendo, em pesquisa no campo da linguagem, realizada no texto do Estatuto do Idoso, concluíram que, não obstante a terceira idade ser considerada uma fase autônoma, a maioria dos dispositivos da legislação em estudo referia-se à dependência e passividade do idoso. Saliente-se que a quantidade de menções às situações de vulnerabilidade as quais o idoso pode estar inserido, não afastam, de rigor, a sua autonomia e capacidade.

Há críticas acerca da necessidade da criação de um Estatuto específico, tendo em vista que o artigo 230 da Constituição Federal já garante tutela suficiente aos idosos. Perlingiere sugere que a construção de uma normativa exclusiva para o idoso poderia constituir fonte de nova marginalização ao estabelecer distinção entre homens em razão da idade.

Entretanto, como já se inferiu anteriormente, a regulamentação dos direitos da pessoa idosa, que culminaram com a edição do Estatuto do Idoso, decorreu da fraca eficiência da Política Nacional do idoso, unida a um forte trabalho dos organismos internacionais de proteção à pessoa idosa. E ainda, seguindo a lógica dessa crítica, questionáveis seriam também, por analogia, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, pois em ambos dispositivos legais, o sujeito protegido, também já seria objeto de tutela pela Constituição Federal. Neste sentido, Bomtempo contribui afirmando:

[...] o Direito deve atuar no sentido de promoção dos direitos daqueles que em situações de vulnerabilidade merecem uma atenção especial. A mudança do tempo na sociedade, como o é encarada a velhice, também deve ter sua atenção jurídica, de modo a garantir autonomia e dignidade aos idosos.

É inquestionável que o Estatuto do Idoso trouxe contribuições efetivas, as quais podem ser observadas no dia-a-dia das cidades brasileiras, tais como acesso gratuito aos transportes coletivos públicos urbanos e semiurbanos com reserva de assentos preferenciais para idosos maiores de 65 anos e atendimento preferencial junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviço à população, dentre outras. Os direitos existenciais da pessoa idosa, tais como a dignidade, o exercício de iguais liberdades e a inviolabilidade da autonomia, também são promovidos pelo Estatuto do Idoso.

Portanto, pode-se assegurar que o Estatuto, ao promover proteção especial à pessoa idosa, de rigor, não visa limitar o exercício da autonomia privada do idoso, mas ao contrário, assegurar o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa idosa.

3. O ATUAL PANORAMA DA CAPACIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Entende-se como capacidade a aptidão que a pessoa possui para adquirir e exercer direitos. No âmbito do Direito, a capacidade é a medida jurídica que realiza a personalidade. No Código Civil brasileiro, as disposições acerca da capacidade encontram-se abordadas no Livro I — Das Pessoas, Título I — Das Pessoas Naturais, Capítulo I — Da Personalidade e Da Capacidade. Quer-se dizer que esta matéria está intimamente ligada à personalidade e inicia as disposições do Código Civil.

A capacidade pode ser de direito — em que a pessoa adquire direitos, podendo ou não exercê-los — ou de exercício — para exercer seu próprio direito. A regra geral enunciada no Código Civil de 2002, em seu artigo 1º, é a de que toda pessoa é capaz de direitos e deveres. Entretanto, os artigos 3º e 4º do Código Civil vigente enunciavam limitações à capacidade de pessoas com deficiência, ébrios habituais e viciados em tóxicos, pródigos, entre outros. Ou seja, todas as pessoas possuem capacidade de direito, mas nem todas possuem a capacidade de exercê-los.

A recente Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015 — Estatuto da Pessoa com Deficiência — trouxe significativas alterações à capacidade no Código Civil de 2002. Esta lei alterou o rol de pessoas absolutamente (art. 3º, CC/2002) e relativamente (art. 4º, CC/2002) incapazes, retirando o indivíduo portador de deficiência, ou seja, tornando-o, em regra, capaz de exercer todos os seus direitos.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência objetiva assegurar o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, ou seja, as pessoas com deficiência só serão interdidas para relações negociais e patrimoniais, mantendo-se a capacidade plena para as situações existenciais, tais como casar, votar e trabalhar. Mesmo para interdição com efeitos apenas sobre relações patrimoniais, há a necessidade de avaliação biopsicossocial que comprove o comprometimento do discernimento da pessoa com deficiência para gerir aquela área da sua vida.

Assim como a deficiência não é sinônimo de incapacidade, a “terceira idade” também não o é. A vulnerabilidade e a fragilidade do idoso, por si, justificam o princípio da prioridade da pessoa idosa, porém, não servem de argumento para torná-lo incapaz para os atos da vida civil. Perlingiere corrobora que não há justificativa para limitar-se a capacidade de fato do idoso autossuficiente fundamentado exclusivamente na idade.

Note-se que o Código Civil não indica como absolutamente ou relativamente incapaz a pessoa maior de 60 anos, de forma que se encontram

incluídos na regra geral que é a da capacidade. E ainda, analogicamente, se a pessoa com deficiência psíquica, por exemplo, em regra, é capaz para todos os atos da vida civil, porque não o seria o Idoso?

Dessa forma, quanto ao idoso, assim como com relação às demais pessoas, a capacidade é presumida e a incapacidade deve ser provada nos casos em que a pessoa idosa não goza mais da faculdade de entender e de querer. Nesse caso, o critério para a relativização da capacidade da pessoa idosa não é a idade, mas sim a deficiência, que deverá seguir as formalidades fixadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

4. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS AO CASAMENTO DE PESSOA COM MAIS DE 70 ANOS DE IDADE

O Código Civil de 1916, com seu viés mais patrimonialista, limitava a autonomia e a liberdade da pessoa com idade avançada na opção pelo regime de bens no casamento. O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.641, II, manteve a regra contida no seu antecessor — Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 — impondo o regime de separação de bens ao casamento em que um dos cônjuges possua mais de 70 anos de idade.

Uma alteração legal ocorreu ainda na vigência do Código Civil de 1916. O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 377, em 1964, que incluiu nova regra no regime de separação legal de bens: comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Entretanto, seguiu-se a imposição do regime de bens ao idoso, apenas acrescentando a possibilidade de formação de meação na constância do matrimônio.

O Código Civil de 2002, por sua vez, optou por manter a restrição na escolha do regime de bens à pessoa maior de 70 anos — em seu art. 1.641, II, alterado pela nº 12.344, de 09 de dezembro de 2010 — sem fazer qualquer referência ao disposto na súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal. Quer-se dizer: o legislador civil poderia ter reproduzido no texto legal a alteração trazida pela súmula nº 377 do STF, mas optou por não fazê-lo, indicando a manutenção do formato original do regime de separação legal de bens, onde não há qualquer comunicabilidade.

Importante destacar que há repercussão no direito de herança do cônjuge sobrevivente quando o regime tenha sido o da separação obrigatória de bens: não terá direito a concorrer com os descendentes na ordem de vocação hereditária, conforme art. 1.829, I, do Código Civil.

A razão justificadora do enunciado normativo constante no art. 1.641, II, do Código Civil vigente seria evitar o conhecido “golpe do baú” contra a pessoa idosa, visando, inclusive, proteger direitos de terceiros. Ora, tal noção trata a pessoa idosa com similitude à pessoa incapaz, como se não tivesse

a faculdade de entender, querer e decidir suas escolhas e sentimentos sem comprometer seu patrimônio. Neste sentido, Bontempo afirma que ter mais de 70 anos não é sinônimo de prodigalidade e que ter o direito de fazer o que bem quiser com o próprio patrimônio é um exercício de autonomia.

Vale ressaltar que, com relação à proteção do patrimônio do idoso, por ocasião da doação de bens, diferentemente do momento em que contrai matrimônio com idade igual ou maior do que 70 anos, não há distinção entre ele e outra qualquer pessoa capaz e jovem, uma vez que o limite para a doação será sempre a impossibilidade de ficar sem meios de subsistência, sejam bens ou rendas.

Desta forma, pode-se defender que a justificativa da idade para a limitação na escolha do regime de bens ao idoso, não subsiste no direito brasileiro contemporâneo, por duas razões: a primeira refere-se à capacidade de fato do idoso, que não deve ser vinculada a sua idade, mas sim às limitações intelectual e volitiva, assunto que vincula primariamente o Estatuto da Pessoa com Deficiência, e de forma secundária o Estatuto do Idoso; a segunda razão é que o direito das sucessões, que é matéria mais específica no caso, já oferece tutela ao futuro patrimônio dos herdeiros, por exemplo, com a garantia da “legítima” ou “parte indisponível da herança”.

Ainda no direito sucessório, adendo pertinente é o de que a herança somente se constitui com a efetiva morte do *de cuius*. Em razão disso, pressupõe-se que a autonomia de uma pessoa plenamente capaz para gerir as situações existenciais e patrimoniais de sua vida, não deveria ser tolhida sob argumentos de proteção de direitos de futuros herdeiros, cujo direito à sucessão está a depender de um evento futuro, no caso a morte, como também da confirmação da qualidade de herdeiro, caso não haja sido deserdado ou excluído da sucessão.

Outra situação que se destaca é a do idoso maior de 70 anos que constitui união estável. Neste caso, não há aplicabilidade do art. 1.641, II, do CC/2002, pois tal dispositivo refere-se ao casamento. Companheiros podem fixar em contrato escrito o que lhes aprouver acerca dos seus bens e na falta de pacto prévio aplicar-se-á o regime de comunhão parcial de bens. Assim, é mais viável manter a união estável e dispor livremente sobre seus bens do que convertê-la em casamento, submetendo-se à imposição de um regime de bens obrigatório e limitante. Este panorama no âmbito do Código Civil confronta-se com a Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 226, § 3º, estabelece que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, uma vez que, em circunstâncias limitadoras da autonomia da vontade do idoso, quando a escolha do regime de bens, falha se mostra a intenção do constituinte de favorecer a conversão da união estável em casamento.

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão em Recurso Especial, optou por estender o regime de separação obrigatória de bens à união estável em que um dos consortes era senil, para não incorrer em desestímulo ao mandamento constitucional de facilitar a conversão das uniões estáveis em casamento. Esta decisão abre precedente negativo: ao invés de revogar a imposição da separação legal de bens, estende sua aplicação à união estável.

Por sua vez, objetivando otimizar os mandamentos constitucionais no âmbito do Direito de Família, a I Jornada de Direito Civil elaborou o enunciado nº 125, no qual propõe que o art. 1.641, II, do Código Civil de 2002 seja revogado por manter preconceito acerca da incapacidade da pessoa que ultrapassa certa idade e por não considerar o aumento na expectativa de vida com qualidade do brasileiro.

No âmbito dos Tribunais de Justiça brasileiros, é possível encontrar jurisprudências que já reconhecem a inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, fundamentadas em argumentos como igualdade e dignidade da pessoa humana, constantes na Constituição Federal de 1988.

Iniciativa legislativa de revogação do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, já existe. O Projeto de Lei nº 189, apresentado pelo Deputado Cleber Verde, em 04 de fevereiro de 2015, propõe a revogação do dispositivo que estabelece a obrigatoriedade do regime de separação de bens no casamento de pessoa maior de 70 anos de idade. Este projeto de lei visa, inclusive, possibilitar aos já casados com imposição do regime de separação de bens, a alteração para outro regime de bens.

A justificativa do Projeto de Lei nº 189/2015 funda-se, em suma, nos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Outra fundamentação pertinente constante na justificativa é a constatação de que o mérito verte sobre matéria de Direito de Família, ramo do Direito Privado, onde os princípios da autonomia e da liberdade limitam a intervenção estatal nas relações privadas.

O Código Civil de 2002 ao impor adoção de regime de bens pré-determinado, unicamente em razão da idade avançada, não seguiu a valorização da dignidade, da liberdade e autonomia da pessoa previstas na Constituição Federal de 1988. Ao Estado, não cabe limitar a autonomia do indivíduo, notadamente sobre os aspectos patrimoniais, sob alegação de que por serem idosos são suscetíveis a fraudes. Idosos, de rigor, são plenamente capazes para todos os atos da vida civil.

5. CONCLUSÃO

Na sociedade contemporânea, o envelhecimento ganha uma nova face. A velhice não é tratada como algo negativo por essência. O envelhecimento saudável gera novas nomenclaturas, fala-se em: terceira idade, melhor idade, maturidade, dentre outras. Tudo isso reflete a realidade de que ser idoso não é ser incapaz.

No âmbito da própria capacidade civil, o recente Estatuto da Pessoa com Deficiência representa um marco: a deficiência, por si, também não é algo incapacitante. A regra é a capacidade do indivíduo, a exceção é a incapacidade, que deverá ser tratada na medida em que compromete a faculdade de entender e de querer da pessoa.

A Constituição Federal de 1988, ao introduzir a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, e por consequência, como base do ordenamento jurídico brasileiro, fortalece a proteção da liberdade do indivíduo. Assim como indica a igualdade como direito fundamental, a ser realizado na maior medida possível, garante-se, portanto, a autonomia do indivíduo.

O Estatuto do Idoso, por sua vez, tutela o idoso com o tratamento prioritário em muitos aspectos, mas também garante, como direito ao respeito, a inviolabilidade de sua autonomia. Não subsistem mais argumentos pertinentes que sustentem limitações no exercício da autonomia do idoso, fundamentados exclusivamente na idade avançada. Em casos de idoso portador de deficiência, a regra será a aplicação das disposições do Estatuto da Pessoa com Deficiência — legislação mais específica nesse caso — com seus institutos de Tomada de Decisão Apoiada e Curatela, e de forma subsidiária, o Estatuto do Idoso.

Dessa forma, o artigo 1.641, II, do Código Civil de 2002, que determina a imposição de regime de separação obrigatória de bens ao casamento realizado por pessoa maior de 70 anos encontra-se em desconformidade com a Constituição Federal de 1988, e com a legislação posterior mais específica (Estatuto do Idoso e Estatuto da Pessoa com Deficiência), sendo passível de revogação ou, no caso de contestação de sua constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, sofrer interpretação conforme.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. O Estatuto da Pessoa com Deficiência — EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): algumas novidades. **Revista dos Tribunais**. Ano 104, v. 962, DEZ, p. 65-80, 2015.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. Revisitando o Estatuto do Idoso na perspectiva do Estado Democrático de Direito. **Estudos Interdisciplinares sobre o envelhecimento**, v. 19, n. 03, p. 639-653, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (revogado). **DOU** de 05 de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 09 maio 2016.

_____. Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 4 jan. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8842.htm>. Acesso em 09 maio 2016.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **DOU** de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 09 maio 2016.

_____. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Estatuto do Idoso. **DOU** de 03 de outubro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm Acesso em: 10 maio 2016.

_____. Lei nº 12.344, de 09 de dezembro de 2010. Legislação Federal. **DOU** de 10 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12344.htm>. Acesso em: 18 maio 2016.

_____. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Estatuto da Pessoa com Deficiência. **DOU** de 07 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 17 maio 2016.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 189, de 04 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/proposicoesWeb?codteor=&filename=PL+189/2015>>. Acesso em: 20 maio 2016.

_____. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 125 da I Jornada de Direito Civil, 2002. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>>. Acesso em: 18 maio 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1090722 SP 2008/0207350-2. Relator: Ministro Massami Uyeda, Data de julgamento: 02/03/2010. **Diário de Justiça**, 30 ago. 2016.

CAMARANO, Ana Amélia. Estatuto do Idoso: avanços com contradições. Rio de Janeiro: IPEA, 2013.

FALEIROS, Vicente de Paula. Cidadania e direitos da pessoa idosa. **Ser Social**. Universidade de Brasília. Brasília, n. 20, p. 35-61, 2007.

GIUSTI, Patrícia Haertel; HENNING, Paula Corrêa. Dispositivo da Velhice: o dito e o não dito na sua fabricação. **Revista Argumentum**, Vitória, n. 01, v. 06, p. 208-222, JAN/JUN, 2014.

GROISMAN, Daniel. Envelhecimento, direitos sociais e a busca pelo cidadão produtivo. **Revista Argumentum**, Vitória, n. 01, v. 06, p. 64-79, JAN/JUN, 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Projeção da População do Brasil e das Unidades da Federação. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>> Acesso em: 05 maio 2016.

JUSTO, José Sterza; ROZENDO, Adriano da Silva. A velhice no Estatuto do Idoso. **Revista Estudos e Pesquisas em Psicologia**. Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, n. 02, v. 10, p. 471-489, 2010.

LEITE, Celso Barroso. Estatuto do Idoso: em direção a uma sociedade para todas as idades?. **Revista da Previdência Social**, n. 300, v. 29, NOV, p. 717-726, 2005.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Incidente de Inconstitucionalidade nº 10702096497335002. Órgão Especial. Relator: Desembargador José Antonino Baía Borges, Data de Julgamento: 12/03/2014. **Diário de Justiça**, 21 mar. 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. A ONU e as pessoas idosas. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/>>. Acesso em: 09 maio 2016.

PERLINGIERE, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad.: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70004348769. Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargadora Maria Berenice Dias, Data de julgamento: 27/08/2003. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 18 maio 2016.

ROSTELATO, Telma Aparecida. Os direitos humanos do idoso e as nuances protetivas no ordenamento jurídico brasileiro: uma abordagem acerca da (des)necessidade do estatuto do idoso. **Revista Lex Humana**, v. 03, n. 02, p. 105-116, 2011.

SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 22.

SERGIPE. Tribunal de Justiça. Incidente de Inconstitucionalidade nº 2010107802. Relator: Desembargador Osório de Araujo Ramos Filho, Data de julgamento: 17/11/2010. Disponível em: <<http://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18120797/incidente-de-inconstitucionalidade-iin-2010107802-se-tjse>>. Acesso em: 18 mai. 2016.

TAISSUM, Amim Seba. O regime de separação obrigatória de bens: restrições à sumula 377 do Supremo Tribunal Federal. **Revista Rios Eletrônica**, Ano 6, n. 6, p. 96-104, 2012

TEIXEIRA, Evilazio Borges; THAMAY, Renan Faria Krüguer. A personalidade civil e a capacidade civil. **Revista Jurídica**, v. 61, n. 424, fev p. 9-22, 2013.

* Recebido em 09 nov. 2016.



AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA, CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO

*Gustavo Raposo Pereira Feitosa**
*Aldemar Monteiro da Silva Neto***

Resumo

O estudo pretende analisar a obrigatoriedade da realização da audiência de custódia prevista em tratados internacionais, em face das disposições legais e constitucionais brasileiras e da jurisprudência das cortes nacionais e internacionais. A pesquisa desenvolveu-se por meio de estudo bibliográfico, documental, legislativo e jurisprudencial, com análise de obras de referência, normas internacionais, legislação brasileira e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e de cortes estaduais. Optou-se um por um recorte que investigasse as relações entre a exigência da audiência de custódia, a garantia ao direito fundamental à liberdade de locomoção e a transformação jurisprudencial e doutrinária brasileira quanto ao status das normas internacionais de proteção aos direitos humanos. Concluiu-se pela incompatibilidade entre a ausência de audiência de custódia e os compromissos internacionais firmados pelo Brasil no campo da proteção aos direitos humanos, em especial diante da alteração da posição do STF quanto ao status destes tratados e convenções dentro da ordem jurídica brasileira.

Palavras-chave

Audiência de Custódia. Controle de convencionalidade. Ilegalidade da prisão em flagrante. Liberdade de locomoção.

CUSTODY HEARING, INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CONVENTIONS AND THE FREEDOM OF MOVEMENT

Abstract

The study analyzes the obligation to perform the custody hearing provided in international treaties, in view of the constitutional and legal provisions and jurisprudence of national and international courts. The research developed through bibliographical, legislative, documental and jurisprudential study, with analysis of reference books and articles, international and Brazilian legislation and the Federal Supreme Court (STF) and state courts jurisprudence. We decided focus

* Doutor em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

** Defensor público do Estado do Ceará. Mestrando em Direito pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Professor da Faculdade Farias Brito (FFB).

the investigations in the relationship between the requirement of the custody hearing, to guarantee the fundamental right to freedom of locomotion and the transformation of Brazilian jurisprudence and doctrine about the status of the international laws on human rights protection. It was concluded by the incompatibility between the absence of custody hearing and the international commitments signed by Brazil in the field of human rights protection, in particular because of the modifications on the STF jurisprudence about the status of the treaties and conventions in the Brazilian legal system.

Keywords

Custody hearing. Conventionality control. Prison illegality. Freedom of movement.

1 INTRODUÇÃO

A realidade do sistema penal e penitenciário brasileiro chama atenção pelos números e por sua baixa capacidade de produzir resultados efetivos na redução dos indicadores de criminalidade e violência. Com centenas de milhares de presos e pouca capacidade de elucidar, investigar, processar e punir, convive-se com o fenômeno da elevada presença de presos provisórios mantidos por longos períodos sem julgamento ou condenação. A criação das chamadas audiências de custódias representa assim um elemento novo e polêmico num sistema com graves problemas e poucas mudanças reais no horizonte.

A introdução da audiência de custódia ocorreu cercada de controvérsias em múltiplas dimensões. Por um lado, existe a clara necessidade de repensar os limites das políticas que privilegiam o encarceramento, ampliam o número de presos provisórios e levam a uma expansão constante do número de pessoas em situação de privação de liberdade. Como contraponto, surgem críticas severas à adoção das audiências sem a adequada previsão normativa, por meio de resoluções e normas internas do Judiciário, e ao risco de se libertar rapidamente criminosos perigosos numa cognição limitada feita nestas audiências. Em meio a todas as opiniões divergentes, sobressai um aspecto essencial que diz respeito à importância de encontrar formas de reconciliar a atuação do Estado brasileiro com seus compromissos internacionais no campo dos direitos humanos.

No cenário brasileiro de redemocratização, consagrou-se o entendimento de que os tratados internacionais sobre direitos humanos eram equiparados a lei ordinária, mas após o advento da EC nº 45/2004, ganharam a possibilidade de incorporação no ordenamento jurídico com status de normas constitucionais. Esta mudança pôs em evidência o questionamento sobre como ficariam os acordos ratificados anteriormente à alteração constitucional. Com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, o STF decidiu que os tratados sobre direitos humanos anteriores à EC nº 45/2004 teriam natureza de norma supralegal, prevalecendo sobre as leis ordinárias.

O debate sobre a audiência de custódia no país insere-se, desta forma, na esfera da previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Apesar de não contar com expressa disposição na Constituição Federal e no Código de Processo Penal (CPP), a audiência de custódia reflete de maneira direta as obrigações contidas nos tratados internacionais de direitos humanos.

Diante de tais compromissos o magistrado deveria realizar o controle de convencionalidade no caso concreto para a adequação do ordenamento jurídico brasileiro ao regime internacional de proteção aos direitos humanos? Em não sendo observada a obrigatoriedade da audiência de custódia, a prisão em flagrante se tornaria ilegal, passível de ser relaxada pela autoridade judicial competente?

Esses são questionamentos importantes decorrentes da situação vivenciada no cotidiano do sistema judicial e policial brasileiro. Uma estrita aplicação do atual modelo preconizado pelo STF quanto à eficácia dos direitos humanos e das normas internacionais levaria a um impasse com as práticas que fundamentam e legitimam o encarceramento no Brasil. A omissão em relação ao assunto, além de perpetuar distorções e potenciais ilicitudes pode gerar também repercussões relevante nos fóruns internacionais, especialmente no âmbito do sistema interamericano.

A adoção da audiência de custódia surge, desta feita, como uma via de transição das atuais práticas para uma rotina judicial e policial que melhor se compatibilize com as obrigações internacionais assumidas pelo país e com as próprias orientações jurisprudenciais do STF. Trata-se de um modelo que, em linhas gerais, já é utilizado em outras partes do mundo, como nos EUA, e que encontra na América Latina uma experiência já consolidada no Chile. As experiências estrangeiras auxiliam a compreensão dos processos e ações exigidos, contudo não elimina a grande dificuldade de introduzir uma nova dinâmica tão contraditória com as práticas realizadas no sistema penal brasileiro há muitas décadas.

Em face das grandes polêmicas e desdobramentos, optou-se por recortar o objeto das análises no presente artigo, centrando-se na discussão sobre a liberdade de locomoção dentro do contexto dos direitos fundamentais. Para este fim, foi necessário abordar a evolução da natureza jurídica dos tratados internacionais no direito brasileiro, com a adoção da teoria do controle de convencionalidade. Por fim, realizou-se o estudo da obrigatoriedade da audiência de custódia no Brasil, analisando a jurisprudência da nacional e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2 A LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Podemos conceituar os direitos fundamentais como princípios, jurídica e positivamente, vigentes em uma ordem constitucional que revelam a ideia de dignidade humana de uma sociedade e tornam legítimo um determinado ordenamento jurídico (LOPES, 2001, p.33). Eles são a expressão imediata da dignidade humana, esta insculpida como o fundamento de todos os direitos fundamentais (Art. 1.º, III, CF/88), ou seja, seu “núcleo essencial intangível” (GUERRA FILHO, 2003, p.49).

O termo "direitos fundamentais" teve sua origem em 1770, na França, como resultado do movimento político e cultural que deu início à declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, vindo a alcançar, depois de muito tempo, um lugar de destaque no constitucionalismo alemão, de onde estabelece uma relação entre o indivíduo e o estado (PÉREZ-LUÑO, 1995, p.30). Assim, em um primeiro momento, os direitos fundamentais foram concebidos verticalmente, ou seja, nas relações jurídicas entre os indivíduos e o Estado, limitando a ação deste último.

Por conta da sua dupla dimensão, os direitos fundamentais são considerados ambivalentes, posto que possuem valores de matriz teórica *jusnaturalista*, compreendidos como inerentes à natureza do homem e anteriores a constituição Estado Moderno; de outro modo, em sua raiz teórica *juspositivistas*, como sendo os direitos humanos positivados em um determinado ordenamento jurídico (LOPES, 2001, p.36). Com efeito, os direitos fundamentais integram o que se poderia chamar de “essência humana”, contudo, esta expressão pretensamente universal e unificadora exige, para sua compreensão, um olhar histórico sobre o ordenamento jurídico que os expressamente reconheceu.

O homem passou a ser visto como protagonista de sua própria história, sendo o Direito apenas um instrumento em seu benefício. Para Ana Maria D’Ávila Lopes (2001, p.35-36):

Essa transformação repercutiu, sobretudo, no direito penal e processual, nos quais se impugnou a tortura como meio para obter provas ou como sanção, exigindo-se a criação de garantias processuais na defesa do indivíduo, mudanças que constituem antecedentes diretos das atuais garantias do devido processo.

Portanto, seguindo a filosofia kantiana, a dignidade (enquanto conceito central para construção dos direitos humanos) tem como fundamento a autonomia. As coisas têm um preço e são substituíveis, mas quando a coisa não tiver cotação e não puder ser trocada, possuirá dignidade. O homem como ser racional é fim em si mesmo e nunca o meio para se alcançar outros fins, ainda que estes sejam, por exemplo, a proteção de dezenas, ou, até mesmo, milhares de outras vidas. (BARROSO, 2010, p.17-18).

A classificação dos direitos fundamentais é controvertida, porém, seguindo os ensinamentos de Ana Maria D'Ávila Lopes (2001, p. 37) pode-se traçar as seguintes características: a) normas constitucionais, ainda que não estejam em um único livro, ou seja, podem estar fora do texto constitucional (bloco de constitucionalidade), reconhecidas pelo Estado e não propriamente criado por este (ex. contrato); b) historicidade, na medida em que, por serem normas positivas, foram desenvolvidas no decorrer da história; c) natureza principiológica do seu enunciado segundo a teoria do Alexy, já que são enunciados abstratos que admitem interpretações; d) função dignificadora, na medida em que possuem a função de dignificar o ser humano, protegendo a sua dignidade (antropocentrismo); e) elementos legitimadores da atuação do Estado e dos particulares, sendo denominados de “termômetros da democracia”, pois são utilizados para avaliar se o Estado e os particulares estão respeitando os direitos fundamentais criados.

Jorge Miranda (2000, p.7-12) estabelece uma dicotomia na formação dos direitos fundamentais, dividindo-os em dois sentidos: formal e material. No primeiro sentido, são os direitos pertencentes (leia-se: inseridos ou positivados) no texto constitucional. Por sua vez, materialmente, são os que mesmo não declarados de forma expressa, encontram-se implícitos, por serem valores pré-constitucionais produto da evolução social.

Por serem históricos, como já ressaltado, os direitos fundamentais evoluíram com o tempo, tendo a doutrina os dividido em gerações sucessivas, que traduziram um processo cumulativo e quantitativo (BONAVIDES, 2006, p.563). O termo “geração” foi idealizado por Karel Vasak, na aula inaugural de 1979 dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo. (MARMELESTEIN, 2008, p.42)

Alguns autores, como Ingo Sarlet (2007, p. 55), criticam a classificação em gerações, uma vez que passa a ideia de sucessão de tipos de direitos e ignora a coexistência temporal de direitos de diferentes naturezas e origens históricas. Para o autor, a utilização do termo “dimensão” mostra-se mais adequada, pois:

[...] verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos.

Com efeito, a expressão “geração” fomentou uma visão fragmentada ou atomizada dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, o que não corresponde com a realidade vivenciada que não é de sucessão, mas sim de expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos consagrados (TRINDADE, 1997, p.390).

As liberdades públicas constituem a primeira dimensão (ou geração) dos direitos fundamentais e garantem a atuação livres dos indivíduos contra as ingerências do Estado. São também denominadas de direitos de defesa, como, por exemplo, a liberdade de imprensa, de religião de expressão, dentre outras.

No presente trabalho, abordou-se a liberdade na sua concepção física, consistindo o direito de ir, vir ou ficar, opondo-se à prisão ou enclausuramento. A Constituição Federal brasileira, em seu art. 5º, *caput* e nos incisos XV, XLVI, LIV, dentre outros, elegeu a esta liberdade ambulatorial como direito fundamental, razão pela qual é instrumento para conter as ações estatais em face dos particulares.

3 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

O movimento do direito internacional dos direitos humanos pauta-se pela ideia de que todo Estado tem o dever de respeitar os direitos humanos e, em não o fazendo, qualquer nação e a comunidade internacional podem protestar, para que aqueles sejam cumpridos (BILDER, 1992, 3-5).

A soberania estatal, antes considerada de maneira absoluta, passa a ser relativizada, já que pode, em tese, sofrer alguma forma de controle pela comunidade internacional, no caso de violação aos direitos humanos.

O Brasil, assim como diversos Estados latino-americanos, foi acometido por ditadura, ações repressivas e perseguições políticas no período pós-guerra, momento em que ocorrem inúmeras violações aos direitos humanos. Em decorrência disso, a grande maioria dos tratados internacionais que versavam sobre aqueles direitos não foram ratificados até o fim do Regime Militar de 1964. Apenas com a redemocratização, em meados da década de 80, iniciou-se o processo de ratificação dos principais tratados.

Segundo Flávia Piovesan (2008, p.25):

Além das inovações constitucionais, como importante fator para a ratificação desses tratados internacionais, acrescente-se a necessidade do Estado brasileiro de reorganizar sua agenda internacional, de modo mais condizente com as transformações internas decorrentes do processo de democratização. Este esforço se con-

juga com o objetivo de compor uma imagem mais positiva do Estado brasileiro no contexto internacional, como país respeitador e garantidor dos direitos humanos.

O Constituinte de 1988 estabeleceu no texto constitucional diversas normas para proteção dos direitos humanos, a exemplo do art. 5º, *caput* e seus incisos e, principalmente, o seu parágrafo 2º, que reconhece outros direitos e garantias previstos em princípios e tratados reconhecidos pelo Estado brasileiro.

Para autores como Flávia Piovesan (2008, p.26), o parágrafo 2º, tratou, hierarquicamente igual os direitos enunciados em tratados e as normas de direitos e garantias fundamentais. Isso decorreu do processo de globalização, que proporciona e fomenta a abertura da Constituição à normatização internacional, ampliando o “bloco de constitucionalidade”. Na mesma toada, é o posicionamento de Uadi Lammêgo Bulos (2009, p.415):

[...] os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna brasileira, qualificação constitucional, sendo que as convenções internacionais em matéria de direitos humanos, celebradas pelo Brasil antes do surgimento da EC n. 45/2004, a exemplo do Pacto de São José da Costa Rica, reveste-se de **caráter materialmente constitucional**, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de **bloco de constitucionalidade**. (...) Tratados internacionais de direitos humanos não são meras leis ordinárias, pois sua hierarquia advém do art. 5º, §2º, preceito que promove a integração da ordem jurídica interna com a ordem jurídica internacional. (Grifo no original)

A expressão “bloco de constitucionalidade” foi criada pelos franceses com supedâneo na teoria do “bloco de legalidade”, utilizada por Maurice Hauviou para fazer referência às funções do Conselho de Estado, no controle dos atos administrativos. Referida teoria incorporou-se ao direito constitucional para especificar um conjunto de normas que possuem mesmo nível hierárquico das normas constitucionais (FAVOREU, RUBIO LLORETE, 1990, p. 20 apud LOPES, 2009, p. 45).

Assim, quando se estabeleceu que os tratados ratificados devem ser reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, se eles versarem sobre direitos humanos, parece inegável o seu conteúdo de norma constitucional em sentido material, seguindo a teoria defendida por Jorge Miranda. (2000). Em decorrência do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, os direitos proclamados nos tratados com hierarquia de norma constitucional, possuem aplicabilidade imediata, o que fundamenta ainda mais a sua superioridade em face da lei ordinária.

O Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento do RE 80.004-SE¹ em 1º/06/1977 (BRASIL, 1977), adotava a teoria da paritariedade ou do monismo nacionalista moderado, segundo a qual os tratados e convenções internacionais têm status de lei ordinária, destarte, possível conflito seria resolvido pelos critérios da especialidade ou anterioridade.

O tema dos tratados internacionais, contudo, ganhou uma nova perspectiva com o advento da EC nº 45/2004, quando se acresceu o §3º ao art. 5º. O constituinte reformador, de maneira expressa, reconheceu possibilidade de se atribuir o caráter de norma constitucional aos tratados (leia-se: emendas à Constituição), mas desde que estes fossem internalizados segundo o procedimento mais dificultoso. Trata-se apenas do aspecto formal, não tendo o constituinte ratificado a doutrina da natureza material constitucional dos tratados internacionais de proteção dos direitos.

Outras inovações da EC nº 45/2004 que influenciaram a mudança de entendimento da nossa Corte Suprema foram a constitucionalização do Estatuto de Roma (Decreto nº 4388/2002) e o incidente de deslocamento de competência para justiça federal na ocorrência de grave violação a direitos humanos (Art. 109, § 5º, da CF). Com isso, houve uma valorização constitucional dos direitos humanos (MAUÊS, 2013).

Novamente provocado a enfrentar a natureza jurídica dos tratados, o STF, ao decidir o Recurso Extraordinário nº 466.343/SP², em que se considerou ilegal a prisão civil do depositário infiel, entendeu que os tratados internacionais podem ser de três naturezas: a) emendas à Constituição, quando versarem sobre direitos humanos e forem ratificados posteriormente à EC nº 45/2004, pelo procedimento daquelas; b) normas supraleais, quando abordarem

¹ Posição do STF: "EMENTA: CONVENÇÃO DE GENEBRA, LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CâMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS - AVAL APOSTO A NOTA PROMISSÓRIA NÃO REGISTRADA NO PRAZO LEGAL - IMPOSSIBILIDADE DE SER O AVALISTA ACIONADO, MESMO PELAS VIAS ORDINÁRIAS. VALIDADE DO DECRETO-LEI Nº 427, DE 22.01.1969. EMBORA A CONVENÇÃO DE GENEBRA QUE PREVIU UMA LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CâMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS TENHA APLICABILIDADE NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO, NÃO SE SOBREPÕE ELA ÀS LEIS DO PAÍS, DISSO DECORRENDO A CONSTITUCIONALIDADE E CONSEQUENTE VALIDADE DO DEC-LEI Nº 427/69, QUE INSTITUI O REGISTRO OBRIGATÓRIO DA NOTA PROMISSÓRIA EM REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA, SOB PENA DE NULIDADE DO TÍTULO. SENDO O AVAL UM INSTITUTO DO DIREITO CAMBIÁRIO, INEXISTENTE SERÁ ELE SE RECONHECIDA A NULIDADE DO TÍTULO CAMBIAL A QUE FOI APOSTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO". (BRASIL, 1977)

² Ementa: "PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito." (BRASIL, 2008)

direitos humanos e forem internalizados antes da EC nº 45/2004 e, por conseguinte, sem o procedimento das emendas à Constituição; c) normas infraconstitucionais, se não tiverem conteúdo de direitos humanos, pouco importando se anteriores ou não à EC nº 45/2004 (BRASIL, 2008).

A depender da natureza do tratado, tem-se determinada solução para eventual colisão com a lei ordinária. Se possuir hierarquia de norma constitucional, adota-se a teoria do “bloco de constitucionalidade”, com a solução por intermédio do controle de constitucionalidade, quer seja abstrato, por meio de processo objetivo, quer seja por meio difuso ou de exceção. Se o tratado for equiparado a norma infra legal, eventual conflito será resolvido pelas regras da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*) ou cronológico “tudo ou nada”, com a exclusão total de uma pela outra. Por último, tem-se a hipótese de o tratado possuir status normativo supralegal, continuando em nível hierárquico inferior à Constituição, mas com hierarquia superior às demais normas. Esse entendimento modificou tudo o que havia se construído até então, pois existiam dois posicionamentos adotados: o de norma constitucional e o da lei ordinária.

Para Antônio Moreira Mauês (2013), esse novo posicionamento do Supremo exige o desenvolvimento de um “diálogo” com outros tribunais, notadamente, com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, haja vista o nível hierárquico superior da Constituição Federal sobre as normas jurídicas internacionais e a força paralisante dos tratados internacionais de direitos humanos sobre as normas infraconstitucionais.

Como já ressaltado, com evolução da proteção internacional dos direitos humanos, não se pode defender uma tese hierárquica entre o direito interno e os tratados internacionais. Portanto, mister se faz a adoção de uma hermenêutica (parâmetros de interpretação constitucional) que compatibilize as normas constitucionais (leia-se: direitos fundamentais) com as normas internacionais (leia-se: tratados de direitos humanos) (MAUÊS, 2013). Assim estipulou o Supremo Tribunal Federal quando decidiu pela inviabilidade da prisão civil do depositário infiel, ainda que por meio de emenda à Constituição.

Para Jorge Contesse (2013, p. 3), por meio do controle de convencionalidade:

[...] los jueces y otras autoridades nacionales se encontrarían en la obligación de inaplicar aquellas normas domésticas que no se conforman con las cláusulas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como la interpretación que de estas hace la misma Corte.

Com efeito, os magistrados (ministros, desembargadores e juízes) devem realizar uma interpretação, no caso concreto, das normas internas, quer

sejam de natureza constitucional ou infraconstitucional, de modo a adequá-las o Pacto de São José da Costa Rica.

O controle de convencionalidade não exclui controle de constitucionalidade, pois aquele visa aferir a validade de um ato, tendo como parâmetro uma convenção (tratado) internacional. Já este, verifica a validade da norma em face da constituição. Em decorrência destes controles, pode-se chegar a resultados diversos, como a compatibilidade com a Constituição e incompatibilidade com o tratado internacional (ex.: lei de anistia) (ROTHENBURG, 2013, p.684).

No tópico a seguir, examinar-se-á compatibilidade do Código de Processo Penal quanto aos procedimentos relacionados à prisão em flagrante em face da Convenção Interamericana de Direitos humanos, no que concerne na necessidade da realização da audiência de custódia.

4 DA ILEGALIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE ANTE A AUSÊNCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A prisão consiste na privação da liberdade ambulatorial (de locomoção) em virtude do recolhimento da pessoa humana ao cárcere (LIMA, 2013, p. 862). Na esfera penal divide-se em duas espécies: prisão pena e prisão cautelar. A primeira resulta de sentença penal condenatória com trânsito em julgado que impôs pena privativa de liberdade. Já a segunda, consiste na prisão decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, com o escopo de assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal.

A prisão cautelar, desde o advento da Constituição Federal de 1988 e, notadamente, da Lei nº 12.403/11, consiste numa medida de caráter excepcional. Não obstante, atualmente, a prisão cautelar vem se tornando a regra. Por sua vez, a prisão cautelar divide-se em preventiva (arts. 311 e 312 do CPP) e temporária, esta última, uma prisão eminentemente investigativa, decretada pelo juiz, nos termos da Lei nº 7.960/89.

A prisão em flagrante consiste em uma medida de autodefesa social, caracterizada pela privação de liberdade de locomoção, independentemente, de prévia autorização judicial, uma vez que o Estado "não está em todos os lugares". Trata-se de medida precautelares e precária, visto que, segundo o art. 306, §1º, do CPP, subsiste até o envio do auto de prisão em flagrante delito ao juiz competente, que deverá ocorrer no prazo máximo de vinte e quatro horas.

Antes desse lapso temporal, como forma de se evitar excessos por parte do Estado ou mesmo de particulares, o art. 5º, LXII, da Constituição Federal e o *caput* do art. 306, do CPP, determinam que a prisão de qualquer pessoa deve

ser imediatamente comunicada à autoridade judiciária competente, que realizará a análise da legalidade da prisão, relaxando esta se contrária à lei (art. 5º, LXV, da CF).

Portanto, consoante o ordenamento jurídico brasileiro, a obrigação que a autoridade policial (ou outra autoridade que tenha presidido o auto de prisão em flagrante) é de comunicar, prontamente, a prisão ao magistrado, família ou pessoa indicada e Ministério Público.

Ocorre que o art. 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), internalizada pelo Decreto nº 678/92, determina que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais (...)”. Ademais, na mesma senda, garante o artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, internalizado pelo Decreto nº 592/92, que “qualquer pessoa presa ou encerrada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais [...]”.

Trata-se da denominada audiência de custódia que:

[...] consiste, basicamente, no direito de (todo) cidadão preso ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz para que, nesta ocasião, (i) se faça cessar eventuais atos de maus tratos ou de tortura e, também, (ii) para que se promova um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão (LOPES JÚNIOR; PAIVA, 2014, p.15).

Percebe-se que, malgrado a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal não exigirem que a pessoa presa seja apresentada, sem demora, à autoridade judiciária competente, o Estado brasileiro é signatário de dois tratados internacionais de direitos humanos, que foram ratificados anteriormente à EC nº 45/2004, sendo, por conseguinte, considerados normas supralegais, consoante posicionamento já explanado.

Contudo, como já ressaltado, com a internacionalização dos direitos humanos, a Constituição Federal e a CPP devem ser interpretadas a luz do que estabelecem os tratados internacionais de direitos humanos. Nereu Giacomolli (2014, p.12) assevera que:

Uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário. A partir daí, faz-se mister uma nova metodologia hermenêutica (também analítica e linguística), valorativa, comprometida de forma ético-política, dos sujeitos do processo e voltada ao plano internacional de proteção dos direitos humanos. Por isso, há que se falar em processo

penal constitucional, convencional e humanitário, ou seja, o do devido processo.

Por terem natureza supralegal, a Convenção Americana de Direitos Humanos e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos devem ser observados pelas autoridades no momento prisão em flagrante, obrigando-se a apresentação da pessoa presa sem demora (leia-se: no mesmo prazo para o envio do auto de prisão em flagrante, qual seja, até vinte e quatro horas) à autoridade judiciária competente que, na presença de representante do Ministério Público e de um defensor (público ou particular), ouvirá o preso sobre as causas de sua prisão para, em seguida, decidir sobre a necessidade desta, nos termos do art. 310 do CPP³.

A não observância da audiência de custódia, por desprezitar direitos humanos reconhecidos por tratados internacionais, tornaria a prisão em flagrante ilegal, passível de ser relaxada imediatamente. Assim, o simples envio do auto de prisão em flagrante delito ao juiz competente não passa pelo controle de convencionalidade, já tendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos atacado este tipo de prática em diversos precedentes:

[...] o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e render sua declaração ante ao juiz ou autoridade competente (CORTE IDH, 2005)

[...] o juiz deve ouvir pessoalmente o detido e valorar todas as explicações que este lhe proporcione, para decidir se procede a liberação ou a manutenção da privação da liberdade”, concluindo que “o contrário equivaleria a despojar de toda efetividade o controle judicial disposto no artigo 7.5 da Convenção (CORTE IDH, 2008)

Em 23 de abril de 2015, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 1.358.323-2⁴, impetrado pela Defensoria Pública do Paraná, a 5ª Câmara Criminal do Tribu-

³ Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

⁴ Ementa: HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – DENÚNCIA PELO ARTIGO 33, CAPUT DA LEI Nº 11.343/06 – PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA – AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – PREVISÃO EM PACTOS E TRATADOS INTERNACIONAIS RATIFICADOS PELO BRASIL – CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE – EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PREVISTOS NA ORDEM INTERNACIONAL – REQUISITOS DA PRISÃO – FUNDAMENTAÇÃO COM BASE NA QUANTIA CONSIDERÁVEL DE DROGAS - AUSÊNCIA DE MELHOR TÉCNICA – FALTA DE CONEXÃO LÓGICA – QUANTIDADE CONCRETAMENTE APREENDIDA QUE NÃO SE REVELA EXPRESSIVA – AUSÊNCIA DE PERIGO CONCRETO - MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS – CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO QUE INDICAM A NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO DE SUA APLICAÇÃO – ARTIGO 282 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA POR

nal de Justiça do referido Estado Membro concedeu a ordem para cessar a ilegalidade da prisão das pacientes, haja vista que não fora realizada a audiência de custódia, bem como reconheceu que a prisão preventiva era desnecessária no presente caso.

No caso, duas mulheres foram presas em flagrante, acusadas de estarem traficando drogas ilícitas (art. 33 da Lei nº 11.343/06). Após a lavratura do auto, a prisão fora comunicada ao juiz competente, que homologou auto de prisão e converteu em prisão preventiva, com fundamento na garantia da ordem pública (art. 312 do CPP).

Quando do julgamento, os desembargadores, por unanimidade, seguindo o voto do relator, reconheceram o controle de convencionalidade como forma de se adequar o ordenamento jurídico brasileiro ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos:

Deste modo, além do conhecimento crítico da realidade brasileira e do impacto da axiologia dos direitos humanos tem sobre nosso

UNANIMIDADE. 1. Dispõe o artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos que “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais (...)”. No mesmo sentido assegura o artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que “Qualquer pessoa presa ou encarcerada virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...)”. 2. “Isto porque os direitos humanos são extraídos dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, e, por isso, não se exige da jurisdição apenas um controle de constitucionalidade, com vistas a efetivar os direitos previstos na Constituição, mas também um controle de convencionalidade, com o objetivo de efetivar os direitos humanos previstos na ordem internacional”. 3. “Nesse contexto, o controle de convencionalidade das leis pela jurisdição contribui para que os direitos humanos previstos nos tratados internacionais sejam incorporados às decisões judiciais, permitindo a interiorização deste consenso por meio das decisões judiciais. Deste modo, a jurisdição constitucional funciona como instrumento potencializador da efetividade dos direitos humanos, na medida em que, a partir da compreensão crítica da realidade, sob o prisma direitos humanos, aplica este consenso no âmbito interno, operando, assim, como ferramenta de transformação social”. 4. “A despeito da autoridade coatora fundamentar a necessidade da prisão preventiva, como base no requisito da garantia da ordem pública, diante da “quantia considerável” de drogas, é gritante a falta de conexão lógica entre a quantidade concretamente apreendida em posse das Pacientes Talgia e Daiany, respectivamente, 0,2 gramas de cocaína e 9 gramas de crack (fl. 33) e 0,1 grama de cocaína e 2 gramas de crack (fls. 36/37). Portanto, a quantidade de entorpecentes apreendidos não representa perigo concreto à ordem pública”. 5. “Analisando as circunstâncias do caso concreto, em cognição sumária até agora, depreende-se que não há indicativo de caráter associativo, nem habitualidade por parte das pacientes na traficância, fatos que, aliados à quantidade das drogas apreendidas, revelam que as medidas alternativas mostram-se suficientes e adequadas”. 6. “Aliás, sem entrar propriamente no mérito da causa, considerando a relação meio/fim, bem ainda as circunstâncias acima apontadas, verifica-se que, em caso de condenação, seria possível a aplicação do §4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, não se tratando tal questão de exercício de “futurológica”, mas sim de conceder tratamento jurídico à dinâmica dos fatos estabelecidos pelo Estado”. (TJPR, HC nº 1.358.323-2, Relator José Laurindo de Souza Neto, 5º Câmara Criminal, Julgado em 23/04/2015, publicado em 08/05/2015).

ordenamento jurídico, pressuposto epistemológico da concretização dos direitos humanos, é também necessário o domínio, pelo intérprete, das técnicas do controle de convencionalidade. Isto porque os direitos humanos são extraídos dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, e, por isso, não se exige da jurisdição apenas um controle de constitucionalidade, com vistas a efetivar os direitos previstos na Constituição, mas também um controle de convencionalidade, com o objetivo de efetivar os direitos humanos previstos na ordem internacional. [...] Deste modo, em que pese a efetividade desta proteção internacional esteja calcada igualmente nos mecanismos de proteção internacional, os quais permitem a responsabilização internacional do Estado por violações de direitos humanos, é de se ponderar que a efetividade da proteção internacional recai sobremaneira no controle de convencionalidade das leis brasileiras. (TJPR, HC nº 1.358.323-2, p.8-10).

Por fim, decidiram os magistrados que a ausência de audiência de custódia, por si só, não deveria anular a decisão do juízo de primeiro grau, pois seria possível a aplicação de medida cautelar diversa da prisão, nos termos do art. 319 do CPP.

O assunto mereceu abordagem também no Supremo Tribunal Federal. No julgamento da liminar da ADPF nº 347⁵, ajuizada pelo Partido Socialismo

⁵ O Tribunal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu a cautelar em relação à alínea “b”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia; em relação à alínea “h”, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos, vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até 60 (sessenta) dias, a contar da publicação desta decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que determinado; indeferiu as cautelares em relação às alíneas “a”, “c” e “d”, vencidos os Ministros Relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente, que a deferiam; indeferiu em relação à alínea “e”, vencido, em menor extensão, o Ministro Gilmar Mendes; e, por unanimidade, indeferiu a cautelar em relação à alínea “f”; em relação à alínea “g”, por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal julgou prejudicada a cautelar, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que a deferiam nos termos de seus votos. O Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso, ora reajustada, de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), que reajustou seu voto, e os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Presidente. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. (STF, ADPF nº 347, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, 09.09.2015).

e Liberdade (PSOL), o STF deferiu, em parte, os pedidos e, no tocante a audiência de custódia, determinou a sua implantação no prazo de 90 dias, com a realização da mesma em até 24 horas após a prisão.

Na oportunidade, reconheceu-se a tese da Corte Constitucional da Colômbia do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), que consiste na possibilidade de o Poder Judiciário interferir sobre funções tipicamente executivas e legislativas, podendo determinar dotações orçamentárias (ativismo judicial estrutural). Tais medidas são vistas por muitos como violação à separação dos poderes e, por conseguinte, ao regime democrático. Contudo, diante da grave e sistêmica violação de direitos fundamentais, essas oposições deveriam ser refutadas, já que a decretação do ECI produz uma interlocução entre os Poderes e a população, bem como supera bloqueios da política (CAMPOS, 2015).

Com essa decisão, ainda que provisória, a Suprema Corte Brasileira indiretamente reconheceu a imprescindibilidade de obediência à Convenção Americana de Direitos Humanos, realizando um controle de convencionalidade para, até mesmo, agir de maneira proativa.

Verifica-se que os juízes devem realizar o controle de convencionalidade, no caso concreto, para a efetivação dos direitos humanos, adequando as normas internas aos tratados internacionais de direitos humanos. A ausência da realização da audiência de custódia, que mesmo não tendo previsão legal e constitucional, afronta o disposto em tratados internacionais, dos quais o Brasil é signatário.

5 CONCLUSÃO

A audiência de custódia, por ter previsão expressa em tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário (Convenção Americana de Direitos Humanos e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos) mostra-se obrigatória. As normas internacionais consagram o direito de toda pessoa presa de ser levada à autoridade judicial competente sem demora, para que esta avalie as circunstâncias da prisão, bem como a sua necessidade.

Com efeito, independentemente da teoria adotada para a natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos (normas de natureza materialmente constitucional ou normas supralegais), deve o magistrado realizar a análise convencional da Constituição Federal e da Lei ordinária no caso concreto, dando uma interpretação consoante com a ordem internacional, para declarar ilegal a prisão em flagrante na qual o preso não se submeteu à audiência com o juiz, relaxando-se, por consequência, a prisão.

Não há pontos negativos na realização da audiência de custódia, nem mesmo gastos extras por parte de Estado, já que, como exposto, o art. 306, §1º,

do CPP, determina que o auto de prisão em flagrante seja enviado, ao magistrado, no prazo de vinte e quatro horas. Pelo contrário, o magistrado, juntamente com o Ministério Público e a defesa, terá a possibilidade de analisar a prisão, "olhando nos olhos do preso" em vez de apenas ter na sua frente papel. Isso contribuirá para a redução do número de pessoas encarceradas ilegalmente nos estabelecimentos prisionais brasileiros, além de efetivar os direitos humanos consagrados internacionalmente, impedindo uma responsabilização perante a comunidade internacional do Estado brasileiro.

Eventuais custos e riscos precisam se equalizados tendo em mente a impossibilidade jurídica de qualquer outra opção que transite fora da exigência internacional de realização desse tipo de audiência. Trata-se de um dever das instituições estatais, o que coloca em segundo plano boa parte das eventuais críticas à sua implantação. Vantagens ou desvantagens operacionais ou efeitos imediatos sobre a criminalidade dizem respeito a uma dimensão não abrangida no campo desta análise.

Todavia, cabe salientar que a maior parte deste debate apenas tentar extrapolar indutivamente situações específicas em que a liberdade do preso levou ao cometimento de novos crimes ou disserta de modo muito livre sobre os efeitos desta inovação no sistema brasileiro. Ainda haverá muito a descobrir sobre os reais impactos do cumprimento desta medida na realidade jurídica e social brasileira.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.** Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BILDER, Richard B. **An overview of international human rights law.** In: HANNUM, Hurst (Editor). **Guide to international human rights practice.** 2. ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992. p. 3-5. Apud Piovesan, Flávia. **A constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos.** Revista Jurídica da Faculdade de Direito / Faculdade Dom Bosco. Núcleo de Pesquisa do Curso de Direito. — v. 2, n. 1 (jan./jun. 2008). Curitiba: Dom Bosco, 2008, ISSN 1980—7430.

BRASIL. Presidência da República. **Dec. Lei n. 3689/41.** Código de processo penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 2 de junho de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Acórdão no RE 80.004-SE, Relator(a): Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, julgamento: 01/06/1977.

_____. _____. _____. Acórdão no RE 466343/SP, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgamento: 03/12/2008.

_____. _____. _____. Liminar na ADPF nº347, Rel. Min. Marco Aurélio, 09.09.2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CONTESSÉ, Jorge. **La última palabra?** Control de convencionalidade y posibilidades de diálogo con la corte Interamericana de derechos humanos. Disponível em: http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/paper_contesse.pdf. Acesso em 5 jun. 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em 28 de outubro de 2015.

Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Equador. Sentença de 24/06/2005.

_____. Caso Bayarri Vs. Argentina. Sentença de 30/10/2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal — abordagem conforme a constituição federal e o pacto de são José da costa rica**. São Paulo: Atlas, 2014.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 3.ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal**. Niterói: Impetus, 2013.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais**. Revista Sequência, nº 59, 43-60, dez. 2009, ISSN 2177-7055.

_____. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal**. Revista Liberdades, nº 17, 2014, ISSN 2175-5280. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/22/artigo01.pdf. Acesso em: 08 jun. 2015.

MAUÊS, Antônio Moreira. **Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional**. Revista Internacional de Direitos Humanos, nº 18, 2013, ISSN 1806-6445. disponível em: <http://>

www.surjournal.org/conteudos/getArtigo18.php?artigo=18,artigo_11.htm.
Acesso em: 6 maio 2015.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. tomo. IV. Coimbra: Coimbra, 2000.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Altas, 2008.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Acórdão no HC nº 1.358.323-2, Relator José Laurindo de Souza Neto, 5º Câmara Criminal, Julgado em 23/04/2015, publicado em 08/05/2015.

PÉREZ-LUÑO, Antônio. **Derechos humanos, estado de derechos y constitución**. 5. ed. Madri: Tecnos, 1995.

PIOVESAN, Flávia. **A constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção a direitos humanos**. Revista Jurídica da Faculdade de Direito, V. 2, nº1, Ano, II, 2008, ISSN 1980 — 7430. Disponível em: http://www.dombosco.sebsa.com.br/faculdade/revista_direito/3edicao/3%C2%AA%20edi%C3%A7%C3%A3o%20completa.pdf. Acesso em: 6 maio 2015.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Constitucionalidade e convencionalidade da lei de anistia brasileira**. São Paulo: Revista de Direito GV, nº 18, 2013. Disponível em: http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/15-rev18_681-706_-_walter_claudius_rothenburg.pdf. Acesso em: 6 maio 2015.

RUIZ, Thiago. **O direito à liberdade: uma visão sobre a perspectiva dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11572/10268>. Acesso em: 8 jun. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. Vol. 1.

* Recebido em 23 jun. 2015.



QUANDO AS REGRAS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO LEVAM À APLICAÇÃO DA LEI DE UM ESTADO CONTRATANTE DA CISG — ARTIGO 1(1)(B): APRECIÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Gustavo Ribeiro*

Resumo

A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), relevante instrumento uniformizador de determinados contratos internacionais, foi recentemente internalizada no Brasil. A jurisprudência sobre a Convenção ainda é escassa. Porém, ao final de 2015, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul se deparou com caso (*Vogel v. Imetal*) versando sobre o âmbito de aplicação da CISG; especificamente, seu artigo 1(1)(b). Por ele, a CISG é aplicada quando as regras de direito internacional privado do foro levam à aplicação da lei de um Estado Contratante. Ao analisarmos a decisão, busca-se esclarecer o significado do referido artigo que, à primeira vista, parece pouco intuitivo: as partes do contrato podem estar localizadas em jurisdições não-Contratantes da CISG e ainda assim a CISG ser aplicável. Além disso, ao compararmos o referido caso com outro julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (*Atecs v. Rodrimar*), em 2009, pode-se aprofundar ainda mais a compreensão do dispositivo destacado. Conclui-se que, embora as regras de direito internacional privado possam conduzir à aplicação da Convenção, a autonomia da vontade pode agregar complexidade a essa aplicação.

Palavras-chave

Direito Internacional Privado. CISG. Escopo de Aplicação. Artigo 1(1)(b). Jurisprudência brasileira.

WHEN PRIVATE INTERNATIONAL LAW RULES LEAD TO THE APPLICATION OF THE LAW OF A CISG CONTRACTING STATE— ARTICLE 1(1)(B): APPRECIATION ON BRAZILIAN CASE LAW

Abstract

The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), a relevant tool for uniform rules governing specific international contracts, has been recently internalized by Brazil. Yet the case law of the Convention is erratic. However, by the end of 2015, the Appeal Court of Rio Grande do Sul, in *Vogel v. Imetal*, dealt with CISG sphere of application;

* Professor do Programa de Pós-Graduação do Centro Universitário de Brasília (Uniceub). Doutor em Direito Internacional pela Maurer School of Law, Indiana University Bloomington (EUA), como bolsista do programa Capes/Fulbright. Advogado com atuação na área privada internacional.

specifically, article 1(1)(b). This rule provides that CISG applies whenever the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State. While evaluating the decision, this paper aims at clarifying the meaning of the concerned provision, which appears counter-intuitive at first-hand: parties to the contract may have their place of business in non-Contracting states and still CISG applies. Besides that, when we compare the case with one ruled by the Superior Tribunal of Justice, *Atecs v. Rodrimar*, in 2009, one can deepen the comprehension of the provision. The paper concludes that though rules of private international law can lead to the application of the Convention, autonomy of parties adds complexity to this application.

Keywords

Private International Law. CISG. Scope of Application. Article 1(1)(b). Brazilian Case Law.

1. INTRODUÇÃO

A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG ou Convenção, neste artigo), elaborada no âmbito da UNCITRAL¹, está em vigor desde 1988. No Brasil, foi internalizada apenas em outubro de 2014². O feito, ainda que tardio, é visto como um dos mais importantes marcos para a inserção brasileira rumo a regras modernas de direito do comércio internacional envolvendo contratos privados.

São inúmeras as razões alçadas nesse sentido. A maior parte da pauta comercial brasileira é realizada com partes estabelecidas em países que já internalizaram a CISG. Para que se ilustre, em 2015, os cinco principais parceiros comerciais brasileiros já eram signatários da CISG há pelo menos duas décadas³. Nessas transações, a CISG permite reduzir importante custo (informacional) entre partes privadas ao oferecer um direito uniformizado sobre formação do contrato e obrigação das partes. Isso quer dizer que, em situação típica de contratos privados de compra e venda de mercadorias, as partes não necessitam conhecer o “Código Civil” de cada Estado. As regras da convenção supririam o direito interno dos Estados no qual as partes estão estabelecidas - caso se atendam as demais condições para sua aplicação.

E mesmo quando uma ou ambas as partes do contrato se localizam em um Estado não-Contratante da Convenção, existe a possibilidade da CISG ser aplicada. Para que melhor se compreenda a hipótese, é necessário aprofundarmos sobre os aspectos relativos ao âmbito, esfera ou campo de aplicação da

¹ Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional (CNUDMI) ou, no acrônimo mais recorrente, UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law).

² BRASIL. *Decreto n. 8.327, 16 de outubro de 2014*. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm>. Acesso em: 01 mai. 2016.

³ Os anos de internalização da CISG estão indicados em parênteses: China (1988), Estados Unidos da América (1988), Argentina (1988), Alemanha (1991) e Holanda (1992). Até maio de 2016, a Convenção estava vigente para um total de 85 Estados-Partes. Veja-se: Status of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980). Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html> Acesso em: 01 mai. 2016.

Convenção. Trata-se justamente do artigo 1(1)(b) da Convenção que determina sua aplicação:

aos contratos de compra e venda de mercadorias entre partes que tenham seus estabelecimentos em Estados distintos: [...] quando as regras de direito internacional privado levarem à aplicação da lei de um Estado Contratante.

A jurisprudência das cortes brasileiras ainda é tímida sobre a interpretação da referida hipótese. Aliás, introvertida para a Convenção como um todo, embora não pareça ser exclusividade da jurisdição pátria a escassez de casos⁴. Além de ser recente a internalização da CISG — aspecto mais óbvio para justificar o pouco número de casos, observa-se crescente deslocamento dos foros estatais para a instância arbitral na resolução de controvérsias em contratos internacionais. Estimativas confirmam essa percepção⁵.

Contudo, em *Voges v. Imetal*, julgado em setembro de 2015, pela Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do

⁴ Ziegel nota que, curiosamente, o número de casos envolvendo a CISG nos países de tradição de *common-law*, comparados com a tradição europeia, era muito menor. Nos dez primeiros anos de vigência da Convenção, havia localizado apenas 21 casos nas cortes norte-americanas, australianas, canadenses e neozelandesas, juntas. Entre 2000-2005, o número havia subido para 47. Na Alemanha, para que se compare, no período de 2000-2005 foram registrados 91 casos. Incurstando nas razões sociológicas para explicar a diferença, pondera o autor acerca de três fatores: (i) o fator cultural, pelo qual na Alemanha a CISG é mais conhecida em função do protagonismo de Rabel na matéria, assim como de outros doutrinadores germânicos na evolução das convenções de compra e venda internacional. Todo estudante de direito na Alemanha seria exposto a um debate da CISG durante o curso de direito, ao contrário dos Estados Unidos; (ii) o fator cultural, pelo qual advogados, comportando racionalmente, e poucos familiarizados com a Convenção, não dedicariam esforços e pesquisa acerca da CISG, a não ser que tivessem razões suficientes para acreditar que isso reforçaria suas chances de êxito; (iii) por fim, fatores legais, pelos quais a CISG seria mesmo excluída intencionalmente por não regular certos aspectos do contrato como validade e juros moratórios. ZIEGEL, Jacob. The Scope of the Convention: Reaching Out to Article One and Beyond. *Journal of Law and Commerce*, v. 25, 2005-2006, p. 67-72.

⁵ Em nível global, vejam-se dados ano a ano da Câmara de Comércio Internacional (CCI). Das informações públicas disponíveis, é possível destacar, que no âmbito da CCI, em 1999: foram feitos 529 pedidos de arbitragem, envolvendo 1.354 partes de 107 países. Já em 2015, 815 pedidos, 2.283 partes, 133 países e territórios independentes. Não se indicam precisamente os valores envolvidos, mas, em 1999, 49% dos casos eram superiores a US\$ 1 milhão; em 2015, aproximadamente 67%. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Introduction-to-ICC-Arbitration/Statistics/>>. Acesso em 01 jun. 2016. No caso brasileiro, envolvendo dados de seis câmaras arbitrais estabelecidas no Brasil, reporta-se tendência similar. Com base em estudo de Selma Lemes, 128 procedimentos, somando R\$ 2,8 bilhões, entre 2010-2013, a maioria envolvendo contratos e direito societário, foram levados à arbitragem. Em 2014, foram registrados 218 novos casos, com R\$ 11,7 bilhões. Em 2015, 222 casos, mas com valores ligeiramente menor, R\$ 10,7 bilhões. BACELO, J. Arbitragens envolveram R\$ 38 bilhões em seis anos. *Valor Econômico*. São Paulo. 01-jul-2016. Disponível em: <http://www.valor.com.br/legislacao/4583827/arbitragens-envolveram-r-38-bilhoes-em-seis-anos> Acesso em: 01 jun. 2016.

Sul⁶, revela-se relevante questão acerca de seu escopo, adentrando-se a análise do artigo 1(1)(b) da CISG. Lido em conjunto ao artigo 1(1)(a) da Convenção, aplicável quando as partes tem seu estabelecimento em Estados distintos que são Contratantes da CISG, percebe-se que o art. 1(1)(b) diz respeito a outra situação. Ou seja, uma (ou nenhuma) das partes do contrato está estabelecida em um Estado Contratante da CISG, mas regras de colisão do direito internacional privado levam à sua aplicação.

O dispositivo chega a ser contra intuitivo em uma primeira leitura. Como poderia uma convenção ser aplicada quando uma das partes, por exemplo, está estabelecida em Estado *Não-Contratante* da Convenção?

O caso oferece, portanto, oportunidade para esclarecimento da referida hipótese. Nele, uma das partes do contrato possuía estabelecimento na Venezuela (*não-parte*); a outra no Brasil (*parte*). Igualmente, ao compararmos-lo com caso anterior, julgado em 2009, pelo Superior Tribunal de Justiça — STJ (*Atecs v. Rodrimar*)⁷, quando o Brasil não era parte da CISG, permite-se melhor compreender algumas nuances e questões envolvendo seu escopo de aplicação.

Neste sentido, após essa introdução, o artigo considera o campo de aplicação da CISG. Na sequência traz o estudo dos dois referidos casos. A partir deles, segue-se uma análise crítica na qual se apontam similaridades e diferenças sutis entre os casos, mormente quanto se agrega a discussão da autonomia da vontade das partes. Por fim, conclui-se que, embora as regras de direito internacional privado podem, de fato e indiretamente, conduzir à aplicação da Convenção, a autonomia da vontade das partes, e a forma como ela é expressada, agrega complexidade a essa aplicação.

2. ARTIGOS 1(1)(a) E 1(1)(b) COMO PARTE DO ESCOPO DE APLICAÇÃO DA CISG

Os elementos que compõe o escopo da aplicação da CISG podem se desdobrar em vários itens. Por exemplo, é possível incursionar sobre o significado específico de cada um dos termos do artigo 1 da CISG, como “contratos”, “compra e venda”, “mercadorias” e “estabelecimentos” ou agrupá-los para análise.⁸ Além disto, questões envolvendo reservas específicas ao artigo 1(1)(b),

⁶ BRASIL. 12ª Câmara Cível Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento 70065345423. Agravante: Voges Metalurgia Ltda. Agravado: Inversiones Metalmeccánicas I, C.A. (IMETAL, C. A). Relator: Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack. Julgamento em: 10 set. 2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/pesquisa_jurisprudencia/>. Acesso em: 01 mai. 2016.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira Constestada. Requerente: Atecs Mannesmann GmbH. Requerido: Rodrimar S/A Transportes Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento em: 19 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

⁸ Honnold elabora sobre estes elementos em dois grandes conjuntos: (i) o primeiro, que agrega os conceitos de “venda”, “internacionalidade” e “estabelecimentos em Estados distintos”; (ii) o segundo que se refere a relação entre a venda e um ou mais Estados que aderiram à Convenção.

conforme artigo 95 da Convenção, autonomia da vontade (art. 6 da CISG), além de aspectos temporais da Convenção (art. 100) podem ser levados em conta.

Para essa discussão, concentrar-nos-emos, inicialmente, nas variações encerradas pelas alíneas (a) e (b), destacadas abaixo:

(1) Esta Convenção aplica-se aos contratos de compra e venda de mercadorias entre partes que tenham seus estabelecimentos em Estados distintos:

(a) *quando tais Estados forem Estados Contratantes; ou*

(b) *quando as regras de direito internacional privado levarem à aplicação da lei de um Estado Contratante.*

Erik Jayme, em comentário anterior a própria vigência da CISG, indica a origem das alíneas em uma combinação e reformulação das convenções que a precederam⁹. Avalia o resultado final do texto como uma tentativa de se usarem critérios menos complexos para se definir o âmbito de aplicação. No primeiro caso — 1(1)(a) —, a aplicação ocorreria quando o estabelecimento das partes se localiza em Estados Contratantes. No segundo — 1(1)(b), quando, independentemente de uma ou ambas as partes tiverem seu estabelecimento em Estados Contratantes, as regras de direito internacional privado conduzam à aplicação da lei de um Estado Contratante. Sugere ademais que “direito internacional privado” deveria ser interpretado amplamente. Incluir-se-ia, mesmo, as regras de processo de um foro — que não sejam necessariamente pertencentes ao “direito internacional privado” - mas que remetam à aplicação da lei uniforme¹⁰.

HONNOLD, John O. **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention**. 3 ed. Hague: KLI, 1999, p. 29. Ziegel, por sua vez, enumera cinco elementos: (i) um contrato; (ii) de venda; (iii) de mercadorias; (iv) entre partes: (a) que sejam em distintos Estados Contratantes; ou (b) cujas regras de direito internacional privado levarem à aplicação da lei de um Estado Contratante. ZIEGEL, op. cit., p. 59. Nos comentários de autores brasileiros, vejamos os aspectos essenciais de “espaço” e “matéria” em PIGNATTA, Francisco Augusto. **Comentários à Convenção de Viena de 1980: Artigo 1**, out. 2011. p. 3-4; ou como sugerem Weberbauer e Barza, a divisão do sistema de aplicação estabelecido na Convenção nos seguintes vetores: (1) natureza do contrato; (2) tipo de objeto; e (3) localização espacial das partes e tempo do contrato. WEBERBAUER, Paul Hugo; BARZA, Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro. Introdução às regras de aplicação da Convenção da ONU sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias e o direito internacional privado brasileiro. **Revista de Direito Internacional, Brasília**, v. 12, n. 1, 2015. p. 385.

⁹ Em específico, a ULIS e ULF (denominadas Uniform Law on the Formation on Contracts for the International Sale of Goods e a Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods 1974, nenhuma delas ratificada pelo Brasil. JAYME, Erik. Article 1. In BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (Orgs). **Commentary on the International Sales Law**. Giuffrè: Milan (1987), p. 28.

¹⁰ Idem, p. 28-33.

Comentários doutrinários, após a vigência da CISG, reforçam a dupla possibilidade de aplicação da Convenção: direta pela alínea (a) e indireta pela alínea (b). Esclarece-se ainda como a redação do artigo 1(1) visava atender a determinados propósitos. O artigo 1(1)(a) reduziria incertezas relativas ao direito aplicável quando a aplicação é deixada para cada sistema de colisão de leis. Igualmente, diminuiria as incertezas decorrentes da probabilidade de que, uma vez aplicável um determinado direito, àquele direito fosse desconhecido, ou inescrutável, para pelo menos uma das partes. O artigo relaciona-se, assim, a função uniformizadora da CISG, conforme enfatizado por Honnold¹¹. As partes negociadoras da CISG teriam, inclusive, chegado rapidamente a um consenso sobre o teor do artigo 1(1)(a), situação distinta do artigo 1(1)(b).

Neste último, o retorno às regras de direito internacional privado foi visto como paradoxal ao propósito da alínea (a), ao retornar às incertezas inerentes às regras de direito internacional privado. Essa seria, inclusive a razão para a criação da possibilidade de reserva específica ao artigo 1(1)(b), prevista do artigo 95 da CISG¹². Ziegel, por sua vez, minimiza o teor de contradição entre os dispositivos das alíneas (a) e (b). Cita, em realidade, o papel central da alínea (b) em expandir o escopo da CISG. Uma situação particularmente útil seria a sua utilização em *contratos multipartes*, envolvendo mais de duas partes em Estados com distintos status de contratação da Convenção.¹³

Confrontemos, a seguir, alguma das ideias apresentadas com a jurisprudência brasileira. A partir da discussão do caso *Voges v. Imetal*, poderemos compreender e expandir o entendimento sobre a esfera de aplicação da CISG.

3. ESTUDO DE CASOS

3.1. *Voges v. Imetal*

No caso *Voges v. Imetal*, narra-se ação de cobrança de empresário venezuelano (autor) contra empresário brasileiro (réu). A dívida seria oriunda de alegado contrato internacional de compra e venda de mercadorias envolvendo as referidas partes, pertencentes à área de metalurgia.

Em sede de agravo de instrumento impetrado pelo réu, o Relator salientou as matérias suscitadas naquele recurso. Uma questão de jurisdição e outra sobre a obrigatoriedade de tradução de documentação em língua estrangeira. Contudo, por razões processuais e de mérito — neste artigo não discutidas — solicitou providências ao réu. Este devia esclarecer o local de celebração

¹¹ HONNOLD, op. cit., p. 35.

¹² Embora a faculdade dessa reserva não tenha sido efetuada pelo Brasil, sete Estados o fizeram: Armênia, China, Cingapura, Eslováquia, Estados Unidos, República Tcheca, São Vicente e Granadinas Status até 2015, veja-se: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html>

¹³ ZIEGEL, op. cit., p. 63-64

do contrato. Ademais, a maneira pela qual havia se firmado o contrato, se entre presentes ou ausentes¹⁴.

Na discussão que segue, perfila o Relator do Acórdão as maneiras de se determinar o direito aplicável àquele contrato internacional, uma vez que o local e a forma de contratação tenham sido definidos. Haveria três hipóteses¹⁵. A primeira, com base no *caput* do art. 9 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)¹⁶, dar-se-ia por meio da conhecida *lex loci celebrationis*. Em decorrência dela, tendo sido celebrado o contrato na Venezuela, o direito material venezuelano seria aplicável; se no Brasil, direito material brasileiro. A segunda foi depreendida do §2º do art. 9º da LINDB¹⁷. Trata-se da hipótese de contratos firmados entre ausentes. Se fosse este o caso, o local da constituição da celebração é considerado como o da residência do proponente. Restaria determinar quem foi o proponente e qual a sua residência. A terceira, por fim, com base em ensinamentos doutrinários¹⁸, aludiu à possibilidade de se aplicar o direito material brasileiro, ainda que tenha sido o contrato celebrado na Venezuela. Conjectura-se a aplicação dessa solução caso a celebração em solo estrangeiro tenha se dado de forma fortuita. Ou seja, sem vinculação efetiva do negócio com o Estado em que foi firmado¹⁹.

A partir deste ponto, desenrola-se breve, mas relevante diálogo com o âmbito de aplicação da CISG. Explica-se. Atento à contradição entre os status de internalização entre Brasil (parte) e Venezuela (não-parte), nota o Relator que:

[o] eventual recurso às normas da Convenção de Viena de 1980, no caso presente, pode ter lugar ainda que a Venezuela não a tenha ratificado. Como dito, dar-se-á na qualidade de norma componente do Direito brasileiro, com fundamento no art. 1º, alínea “b”, da Convenção, segundo o qual as suas regras aplicam-se aos contratos de compra e venda de mercadorias entre partes que te-

¹⁴ *Voges v. Imetal*, p. 4-5.

¹⁵ *Voges v. Imetal*, p. 19-20.

¹⁶ LINDB, art. 9: “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.”

¹⁷ LINDB, art. 9, §2: A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.”

¹⁸ São feitas menções a obras de Luiz Olavo Baptista, Guilherme Pederneiras Jaeger e Maristela Basso, nesse âmbito. Veja-se *Voges v. Imetal*, p. 20, notas de rodapé 18-19.

¹⁹ Embora não explicitado no Acórdão, a teoria é de inspiração Savignyana, que propõe como base para a solução de conflitos a regência da obrigação pela localização de sua verdadeira sede (*true seat*). SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *A Treatise on the Conflict of Laws and the Limits of their Operation in Respect of Place and Time*. London: Stevens & Sons, 1869. p. 148-150.

nham seus estabelecimentos em Estados distintos 'quando as regras de direito internacional privado levarem à aplicação da lei de um Estado contratante'²⁰.

Ou seja, por operação das regras de direito internacional privado de um determinado foro, ou regras colisionais, existe a possibilidade de que a CISG seja aplicada como resultado da referida remissão. No caso, caso o resultado das regras do foro brasileiro conduzisse à aplicação das leis brasileiras²¹.

Discussão semelhante, referenciada por remissão em nota de rodapé do Acórdão²², merece ser trazida à baila. Trata-se do caso *Atecs v. Rodrimar*, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2009. Curiosamente, a situação é inversa em relação ao status de internalização da CISG. O Brasil, onde se localizava o réu, não era parte da Convenção, à época; a Alemanha, local do estabelecimento de um dos autores, sim.

3.2. Atecs v. Rodrimar

O caso envolvia um pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira. A decisão havia sido prolatada por um tribunal de arbitragem na Suíça, em 2003. Na sentença arbitral, condenava-se a requerida ao pagamento de determinado montante, a título de indenização por inadimplemento em contrato de compra e venda internacional (guindaste móvel). O contrato continha cláusula na qual as partes teriam elegido as "leis materiais suíças" (*Swiss material law*) como aplicáveis²³.

Na contestação da homologação, entre outros pontos, sustentava-se ofensa à ordem pública. Não teria sido aplicado o direito substantivo expressamente determinado no contrato, mas a CISG. Alegava-se, assim, que a sentença arbitral estava fora dos limites da convenção de arbitragem, podendo conduzir, como se alegou, à violação à ordem pública.

Para efeito deste artigo, sem adentrarmos nos pormenores da Lei de Arbitragem brasileira e da sistemática do juízo de delibação²⁴, é suficiente notar o debatido sobre o escopo de aplicação da Convenção de Viena.

²⁰ *Voges v. Imetal*, p. 21.

²¹ Não se considerou, entretanto, qualquer discussão temporal potencialmente aplicável ao caso, com base, por exemplo, no art. 100 da CISG - nesta crônica não desenvolvido.

²² *Voges v. Imetal*, p. 21, nota de rodapé 21.

²³ *Atecs v. Rodrimar*, p. 14-15.

²⁴ A ressalva, basicamente, se refere a dois pontos. O primeiro, relativo à arbitragem, envolve a situação na qual a sentença arbitral é prolatada *fora dos limites da convenção de arbitragem*, levando a sua nulidade (art. 32, IV da Lei 9.307/96) ou indeferimento de sua homologação (art. 38, IV e V da Lei 9.307/96). O segundo, concernente ao *juízo de delibação*, ocorre pela contenciosidade limitada, a impossibilidade de discutir o mérito ou os estreitos limites do procedimento homologatório. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira Contestada (SEC 8.847). Requerente: Paladin. Requerido: Molnar. Relator: Ministro Felix Fischer. Julgamento em: 20 nov. 2013

Primeiramente, analisa-se a alegação do réu de que as “leis materiais suíças” ou o “direito material suíço” abarcaria apenas a legislação interna daquele país e não a CISG. Relembra-se, no voto-vista da Ministra Nancy Andrighi, que a própria sentença arbitral se pronunciou que a decisão seguia o contrato e a *legislação material suíça*. Reconhecia-se igualmente que a Suíça já havia ratificado a CISG. Assim, reproduziu-se o trecho da sentença arbitral de que

[u]ma referência à legislação material suíça em uma arbitragem ou um artigo de lei aplicável, contida em um contrato de compra e venda internacional de mercadorias, resulta no fato de que a CISG se torna aplicável como parte da legislação material suíça, a menos que seja excluída pelas partes²⁵.

Ou, no arrazoado e nas palavras contidas no referido voto-vista, o entendimento de que

[o] mero juízo de delibação que é possível fazer, em sede de homologação de sentença estrangeira, não permite que o julgador brasileiro decida, em lugar do árbitro estrangeiro, como deve ser interpretado [o] termo direito material suíço. A inclusão de uma convenção recepcionada pelo direito suíço nesse conceito não implica ofensa aos *limites da convenção de arbitragem* ou mesmo à *ordem pública brasileira*, para fins de homologação. Ao menos em princípio, analisando a questão à luz do direito brasileiro, é cediço que um tratado ou uma convenção, ao serem recepcionados por um país contratante, passam a ter o mesmo *status* de lei interna desse país (grifos originais).²⁶

(esclarecendo que aspectos que se desviam do caráter formal da sentença homologanda não podem ser objeto de exame pelo STJ em juízo de delibação). De fato, é recorrente na jurisprudência do STJ, o trecho “(...) não cabendo ao Superior Tribunal de Justiça o exame de matéria pertinente ao mérito, salvo para, dentro de estreitos limites, verificar eventual ofensa à ordem pública e à soberania nacional (...). Para jurisprudência recente, vejam-se, com distintos relatores: Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira Contestada (SEC 9.877). Requerente: N M R DE C R. Requerido: G E R. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Julgamento em: 16 dez. 2015 (na qual questões relativas à revisão dos valores fixados em razão da atual condição econômica do requerido desbordavam do mero juízo de delibação); Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira Contestada (SEC 4.278). Requerente: M B DA S U. Requerido: MCS. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgamento em: 06 mai. 2015 (na qual questões relativas à manutenção do uso do nome de casada, bem como da guarda da filha ainda menor de idade, desbordavam do mero juízo de delibação). Na doutrina, com indicação dos autores concorrentes: BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 330. ARAUJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira**. 1 ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016, item 14.4.1.g. Sobre o procedimento, como um todo: DOLLINGER, J; TIBURCIO, C. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2016. P. 613-616.

²⁵ *Atecs v. Rodrimar*, p. 15.

²⁶ *Atecs v. Rodrimar*, p. 15.

Por fim, reforçou-se o entendimento da irrelevância da Convenção de Viena não ter sido recepcionada por um dos Estados, cuja uma das partes do contrato tinha seu estabelecimento. No caso o Brasil, à época do contrato. Entendeu-se que eleito o direito material suíço, operava-se a renúncia à aplicação da lei interna de seu respectivo país, em prol da regulação da matéria por um sistema normativo *estrangeiro (sic)*, não havendo restrição na Lei de Arbitragem a isso.

4. ANÁLISE CRÍTICA

Ao compararmos os casos, é nítido que, em ambos, o debate sobre o escopo de aplicação da CISG vem à tona. Além disso, em comum, pelo menos uma das partes do contrato, à época da celebração do instrumento, tinha estabelecimento em um Estado não-signatário da CISG. No caso *Voges v. Imetal*, tratava-se de autor com estabelecimento na Venezuela (não-signatária, em 2015). No caso *Atecs v. Rodrimar*, de réu no Brasil (não-signatário, em 2009). Seriam então os casos, do ponto de vista de um padrão de problema sobre o escopo de aplicação do artigo 1(1)(b) da CISG, não apenas semelhantes, mas idênticos?

Sugerimos algumas distinções. Não apenas por serem casos julgados em diferentes categorias de ações (cobrança e homologação de sentença estrangeira). As diferenças são mais sutis.

O ponto de partida é que a reflexão acerca do âmbito de aplicação da CISG leva em conta um conjunto de dispositivos e possibilidades. Entre eles, há que se considerar a conjugação do artigo 1(1)(b) da CISG com o princípio de autonomia da vontade dos contratantes, insculpido no artigo 6 da CISG, ao dispor que “[a]s partes podem excluir a aplicação desta Convenção, derrogar qualquer de suas disposições ou modificar-lhes os efeitos, observando-se o disposto no Artigo 12”.

Vastamente debatido na doutrina, o entendimento predominante é a de que a CISG adota uma abordagem de exclusão ou *opt-out*, de acordo com o referido dispositivo. Assim, regra geral, é a CISG aplicável, a não ser que seja excluída. Como sugerem Schlechtriem e Schwenzler, a exclusão “não é apenas possível, mas necessária se as partes não desejarem que suas disposições sejam aplicadas caso as exigências para sua aplicação sejam cumpridas (arts. 1-5, 100)”²⁷.

²⁷ SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZLER, Ingeborg. **Comentários à Convenção da Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias: Artigo 6**. São Paulo: Editora da Revista dos Tribunais, 2014. p. 232. LOOKOFISKY, Joseph. **Article 6, Freedom of Contract: Convention as Supplementary Regime**. 2000. No Brasil, veja-se PIGNATTA, Francisco Augusto. **Comentários à Convenção de Viena de 1980: Artigo 6**, 26 mar. 2012, p. 3-4.

Retornando-se aos casos estudados, em *Voges v. Imetal*, as especulações em torno da potencial aplicação da CISG, por força do artigo 1(1)(b), foram feitas com o uso das regras de colisão do foro brasileiro (direito internacional privado brasileiro). Isso poderia ter ocorrido pela ausência de uma cláusula de escolha de leis aplicável ao contrato. Ainda, como parece ter sido o caso, pelo entendimento da corte que a presença ou ausência de uma cláusula desse tipo é descartável. O direito aplicável decorre das regras da LINDB e não expressamente da autonomia da vontade.

Já em *Atecs v. Rodrimar*, existia uma “eleição positiva de regência” *ex ante* no contrato. Isto é, as partes haviam escolhido o direito material suíço para sua regência. Entra em operação justamente a conjugação da interpretação entre o artigo 1(1)(b) e o artigo 6 da CISG.

Neste caso, entendemos que as complexidades para a análise podem se elevar. A primeira problematização cabível seria mesmo a extensão com que cada foro permite plena autonomia da vontade em relação ao direito aplicável ao contrato internacional. Em segundo lugar, é necessário se atentar *ao maior ou menor grau de especificidade* da lei eleita. Em *Atecs v. Rodrimar* foi sobre este segundo ponto que, tanto a corte arbitral de origem quanto o STJ, por ocasião da homologação da sentença estrangeira, se ativeram e convergiram. Isto é, o entendimento de que a CISG, sendo a Suíça Estado Contratante da Convenção, estaria compreendida como parte do direito material suíço. Embora não expressado nessas palavras, esse entendimento se coaduna com a escolha da lei de regência por uma cláusula mais aberta, genérica, *sem maiores especificidades*.

Por si só, uma escolha dessa natureza não seria indicação suficiente para as partes terem excluído a CISG, ou um *opt-out*, como prevê o artigo 6 da Convenção. Doutrina e jurisprudência indicam, entretanto, que a interpretação poderia ser outra, caso variações mais específicas na escolha do direito aplicável tivessem sido feitas. Por exemplo, o “código civil suíço” ou mesmo “a lei da suíça”, no singular. Narra-se o desfecho pela exclusão da CISG, justamente em casos com essas características. Em um deles, levado à Câmara de Comércio Internacional (CCI), em 2002, registra-se a “lei russa” como eleita, quando se interpretou que a CISG estava *excluída*, pois era parte do sistema legal russo, mas não da lei russa. Em outro, visto como um “meio-termo” e ainda no âmbito da CCI, em 1995, elegeu-se a “lei francesa”. Entendeu o tribunal que a lei interna francesa deveria ser aplicada, casos suas disposições divergissem da CISG. Por fim, em caso em sede, igualmente, de arbitragem na CCI, “as leis da Suíça” foram eleitas. A CCI aplicou a CISG, ao considerar que a Convenção era parte das “leis da Suíça” — situação semelhante à interpretação do STJ - visto

que as partes não tinham elegido “a lei Suíça” - o que corrobora as distinções de especificidades da eleição de lei proposta²⁸.

Seja em um ou outro caso, sugere-se que o artigo 1(1)(b) da CISG foi elemento fundamental para a análise. Em *Voges v. Imetal*, a partir das regras de colisão do direito internacional privado brasileiro. Em *Atecs v. Rodrimar*, na justaposição entre a regras e a autonomia da vontade.

5. CONCLUSÃO

Recentemente internalizada no Brasil, a jurisprudência sobre a CISG é escassa. Além disso, litígios envolvendo contratos internacionais são, muitas vezes, resolvidos em instâncias arbitrais, nas quais o acesso às decisões pode ser limitado. Sendo um ou outro o foro litigado, o diálogo entre as decisões estatais e arbitrais continuarão a cumprir relevante papel na construção de uma jurisprudência em torno da CISG.

Quando disponibilizadas decisões envolvendo a convenção, abre-se, assim, oportunidade para que, a partir da análise, construa-se um entendimento sobre suas diversas particularidades. Não são poucas, como se viu em torno de seu escopo de aplicação.

Interessantemente, em ambos os casos analisados, o artigo 1(1)(b) da Convenção surge como possível ponto de partida para a reflexão. Afinal, pelo menos uma das partes do contrato estava estabelecida em Estado não-Contratante ao tempo da análise dos casos pelos respectivos tribunais. O status brasileiro, inclusive, havia se alterado entre o primeiro (2009) e o segundo caso (2015)²⁹.

Ao analisarmos *Voges v. Imetal*, e recuperarmos a discussão em *Atecs v. Rodrimar*, procedeu-se ao argumento de que, apesar do ponto comum, o escrutínio do artigo 1(1)(b) da Convenção merece ser desdobrado à luz da autonomia da vontade. Se em *Voges v. Imetal* este não foi um ponto de maior destaque, a *eleição de regência positiva* contida em *Atecs v. Rodrimar* suscita a referida discussão.

O escrutínio foi apenas parcial. Pelo menos cinco outros dispositivos da CISG, além dos elementos não avaliados no próprio artigo 1, dizem respeito ao escopo de aplicação da CISG: artigos 2-5, 95 e 100. Devem merecer igualmente acompanhamento pela doutrina e o olhar atento das cortes.

²⁸ SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, op. cit., p. 236-239 e nota de rodapé 54.

²⁹ Veja-se, ademais, a ressalva feita sobre o artigo 100 da CISG, na nota de rodapé 12.

REFERÊNCIAS

Legislação:

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 01 mai. 2016.

_____. **Decreto n. 8.327, 16 de outubro de 2014.** Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm>. Acesso em: 01 mai. 2016

_____. **Lei n. 9.307, 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm> Acesso em: 01 mai. 2016.

Jurisprudência:

Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira Contestada (SEC 3.035). Requerente: Atecs Mannesmann GmbH. Requerido: Rodrimar S/A Transportes Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento em: 19 ago. 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 01 mai. 2016.

_____. Sentença Estrangeira Contestada (SEC 4.278). Requerente: M B DA S U. Requerido: MCS. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgamento em: 06 mai. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 01 mai. 2016.

_____. Sentença Estrangeira Contestada (SEC 8.847). Requerente: Paladin. Requerido: Molnar. Relator: Ministro Felix Fischer. Julgamento em: 20 nov. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 01 mai. 2016.

_____. Sentença Estrangeira Contestada (SEC 9.877). Requerente: N M R DE C R. Requerido: G E R. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Julgamento em: 16 dez. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 01 mai. 2016.

_____. Sentença Estrangeira Contestada (SEC 8.847). Requerente: Paladin. Requerido: Molnar. Relator: Ministro Felix Fischer. Julgamento em: 20 nov. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 01 mai. 2016.

_____. Sentença Estrangeira Contestada (SEC 9.877). Requerente: N M R DE C R. Requerido: G E R. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Julgamento em:

16 dez. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> . Acesso em: 01 mai. 2016.

_____. Sentença Estrangeira Contestada (SEC 4.278). Requerente: M B DA S U. Requerido: MCS. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgamento em: 06 mai. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> . Acesso em: 01 mai. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 12º Câmara Cível. Agravo de Instrumento70065345423. Agravante: Voges Metalurgia Ltda. Agravado: Inversiones Metalmeccánicas I, C.A. (IMETAL, C. A). Relator: Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack. Julgamento em: 10 set. 2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/pesquisa_jurisprudencia/> . Acesso em: 01 mai. 2016.

Doutrina:

ARAUJO, Nadia de. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira. 1 ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016.

BACELO, J. Arbitragens envolveram R\$ 38 bilhões em seis anos. **Valor Econômico**. São Paulo. 01-jul-2016. Disponível em: <http://www.valor.com.br/legislacao/4583827/arbitragens-envolveram-r-38-bilhoes-em-seis-anos> Acesso em: 01 jun. 2016

BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DOLINGER, J.; TIBURCIO, C.. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2016.

HONNOLD, John O. **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention**. 3 ed. Hague: KLI, 1999. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ho1.html>> . Acesso em: 01. jun. 2016.

JAYME, Erik. Article 1. In BIANCA, C. M; BONELL, M. J. (Orgs). **Commentary on the International Sales Law**. Giuffrè: Milan (1987)

LOOKOFSKY, Joseph. Article 6, Freedom of Contract: Convention as Supplementary Regime. 2000. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/loo6.html> . Acesso em: 01 maio 2016.

PIGNATTA, Francisco Augusto. **Comentários à Convenção de Viena de 1980: Artigo 1**, Out. 2011. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/doc/fpignatta-art1.pdf>> Acesso em: 01. Mai. 2016.

_____. **Comentários à Convenção de Viena de 1980: Artigo 6**, 26 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/doc/fpignatta-art6.pdf>> Acesso em: 01. Mai. 2016.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **A Treatise on the Conflict of Laws and the Limits of their Operation in Respect of Place and Time**. London: Stevens & Sons, 1869.

SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. **Comentários à Convenção da Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias: Artigo 6**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WEBERBAUER, Paul Hugo; BARZA, Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro. Introdução às regras de aplicação da Convenção da ONU sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias e o direito internacional privado brasileiro. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 1, 2015. p. 379-394.

ZIEGEL, Jacob. The Scope of the Convention: Reaching Out to Article One and Beyond. **Journal of Law and Commerce**, v. 25, 2005-2006. p. 59-73.

* Recebido em 07 jul. 2016.



A ÉTICA DA ALTERIDADE E DA RESPONSABILIDADE E O DIREITO À MORADIA DIGNA: UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE SOCIAL DO ESTADO E DA SOCIEDADE NA BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS METAINDIVIDUAIS

*Heleno Florindo da Silva**
*Carlos Henrique Bezerra Leite***

Resumo

O presente trabalho buscará discutir o Direito à Moradia a partir de um prisma dialético materialista por onde, de um lado, analisaremos como se deu a constitucionalização desse direito, bem como qual a responsabilidade do Estado em sua efetivação, e mais, como a noção de moradia

* Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (CAPES 4). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (CAPES 4). Membro do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais, do Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* da Faculdade de Direito de Vitória. Pós-Graduado em Direito Público e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Membro Diretor da Academia Brasileira de Direitos Humanos (ABDH). Coordenador do Núcleo de Pesquisa do Curso de Direito da Faculdade São Geraldo (FSG - Cariacica/ES). Membro do Corpo Editorial da Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade São Geraldo. Professor do Curso de Direito da Faculdade São Geraldo. Professor da Pós-graduação - Lato Sensu - em Direito da Faculdade São Geraldo em parceria com o Centro de Evolução Profissional (CEP). Professor do Centro de Evolução Profissional (CEP). Revisor Ad Hoc da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Goiás (UFG), da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva e da Revista *Juris Plenum* Ouro. Advogado. E-mail: hfsilva16@hotmail.com.

** Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003). Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado e Doutorado) em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória-FDV, onde leciona Direitos Humanos Sociais e Metaindividuais. Ex-Professor Associado I do Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, onde lecionava Direitos Humanos e Direito Processual do Trabalho. Professor convidado do Programa de Pós-Graduação Lato Sensu da PUC/SP (Cogeae). Desembargador do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região/ES. Diretor da Escola Judicial do TRT da 17ª Região (biênio 2009/2011). Ex-Procurador Regional do Trabalho do Ministério Público do Trabalho. Vice-Presidente do TRT da 17ª Região/ES (biênio 2011/2013).

digna se amolda melhor ao contexto brasileiro do que o conceito trazido nos documentos internacionais — moradia adequada. De outro lado, exporemos como a sociedade, a partir de uma ética da alteridade e da responsabilidade, também deve ser responsável por efetivar o Direito à Moradia Digna àqueles que, em decorrência do modelo econômico-financeiro e sócio cultural adotado como regra, estão alijados de alcançá-los por suas próprias forças. Ao fim, concluiremos que a Moradia Digna, um direito fundamental social metaindividual, é caminho necessário para que outros direitos sociais metaindividuais sejam realizados, ou seja, a efetivação dos Direitos Fundamentais, conforme se verá no decorrer do presente trabalho, necessariamente passará pela questão da moradia digna.

Palavras-chave

Moradia Digna; Ética da Alteridade e da Responsabilidade; Direitos Fundamentais.

THE ETHICS OF ALTERITY AND RESPONSIBILITY AND THE RIGHT TO DECENT HOUSING: AN ANALYSIS OF THE SOCIAL RESPONSIBILITY OF THE STATE AND SOCIETY IN SEARCH OF THE EFFECTIVENESS OF METAINDIVIDUAL SOCIAL FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS

Abstract

The present work seeks to discuss the Right to Housing from a dialectical materialist prism, where, on the one hand, we will analyze how the constitutionality of this right occurred, as well as the State's responsibility in its implementation, and more, as the Notion of decent housing is better suited to the Brazilian context than the concept brought in international documents — adequate housing. On the other hand, we will expose how society, based on an ethic of alterity and responsibility, must also be responsible for implementing the Right to Decent Housing to those who, as a result of the economic-financial and socio-cultural model adopted as a rule, They are out of reach of them by their own strength. In the end, we will conclude that the Decent Housing, a fundamental social and metaindividual right, is the necessary way for other metaindividual social rights to be realized, that is, the realization of Fundamental Rights, as will be seen in the present work, passes through decent housing issue.

Keywords

Decent housing; Ethics of Alterity and Responsibility; Fundamental rights.

1. INTRODUÇÃO

A vida no cotidiano brasileiro está cada dia mais sofrida! Alcançamos lugares, enquanto sociedade econômica, nunca antes imaginados. Em vinte anos, saímos de um cenário de superinflação, para um contexto de economia equilibrada; de um momento em que sonhávamos com Direitos Fundamentais, para um momento em que podemos, efetivamente, realizá-los, ou ao menos discuti-los.

A economia, contudo, que nos faz ganhar espaço no mercado mundial, não é a mesma que garante os Direitos Fundamentais para as parcelas menos abastadas de nossa sociedade. Somos, enquanto país, um paradoxo entre o “primo rico” e o “primo pobre”. Temos a economia de um “tigre asiático”, mas a realização dos Direitos Fundamentais de um país africano.

Será a partir dessas premissas que analisaremos o Direito à Moradia em nosso contexto constitucional, buscando, no decorrer das discussões, resposta

ao seguinte problema: o Direito à Moradia Digna, garantido constitucionalmente enquanto direito social de natureza metaindividual, responsabilidade do Estado — nos termos do art. 6º, da Constituição Federal de 1988 — também pode ser uma responsabilidade da sociedade enquanto parcela da alteridade — solidariedade?

Num primeiro momento, trataremos dos documentos internacionais que tutelam o direito à moradia, bem como o modo que, de forma geral, tais documentos conceituam moradia — enquanto moradia adequada — que deve ser resguardada às pessoas.

Vencido esse momento, o presente trabalho buscará analisar como o conceito de moradia adequada, trazido no contexto dos documentos internacionais que o Brasil faz parte, deve ser amoldado à nossa realidade constitucional, ou seja, como devemos tratar, conceitualmente, o Direito à Moradia em nosso contexto constitucional, chegando à conclusão que, em consonância à dignidade humana, princípio base em nossa Constituição de 1988, a melhor designação deve ser: Direito à Moradia Digna.

Demonstraremos ainda, como se deu a constitucionalização do Direito à Moradia Digna, se foi a partir da Emenda Constitucional n. 26 (EC 26/2000) ou se antes desse acréscimo constitucional já era possível a busca pela realização desse direito, seja por interpretação extensiva do próprio texto constitucional, seja em relação a aplicação de documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Num segundo momento, em relação a responsabilidade da sociedade na efetivação do Direito à Moradia Digna, buscaremos analisá-la a partir da ética da alteridade e da responsabilidade, por onde todos nós somos responsáveis, uns pelos outros, na construção de uma sociedade mais fraterna, uma sociedade que busca efetivar, quando o Estado não o faz, os direitos que são garantidos a todos.

Ao final, perceberemos que diante da sociedade do capital em que estamos inseridos, ou seja, da sociedade de consumo que nos mergulha em um contexto onde quem não consome não é reconhecido como igual, a busca pela efetivação dos Direitos Fundamentais necessariamente passa pela garantia de uma moradia digna.

Portanto, o presente artigo contribui para a análise do direito social metaindividual a moradia digna, verificando qual é o seu tratamento atual, bem como a possibilidade da sociedade, também, ser responsabilizada frente a efetivação de tal direito fundamental, de modo que moradia digna não seja mais um direito de poucos, e sim, uma realidade de muitos.

2. O DIREITO À MORADIA DIGNA: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA E A RESPONSABILIDADE SOCIAL DO ESTADO EM SUA CONCRETIZAÇÃO

Vivemos em épocas em que os “programas” constitucionais de 1988 são colocados em xeque, ou seja, “o Direito Constitucional, a Constituição, o Sistema de Poderes e o sistema jurídico dos direitos fundamentais já não são o que eram” (SARLET, 2003, p. 5).

O Direito à Moradia, trazido, formalmente, como direito social pela EC 26/2000, nos coloca questões ainda mais tormentosas acerca da efetivação dos direitos de cunho social, ou seja, se os “programas” sociais de 1988 serão efetivamente realizados, ou se não passaram de devaneios do constituinte originário ou derivado.

Antes, contudo, de analisarmos as implicações trazidas por esse direito social fundamental, nos cabe apontar nosso entendimento acerca do que configuraria o Direito à Moradia. Adotamos, para tanto, como conceito de moradia a ser trabalhado neste artigo, àquele descrito na Agenda Habitat II, realizada em Istambul, em 1996, de onde podemos retirar que moradia consiste em:

“[...] adequada privacidade, adequado espaço, acessibilidade física, adequada segurança, incluindo segurança de posse, durabilidade e estabilidade estrutural, adequada iluminação, aquecimento e ventilação, adequada infra-estrutura básica, bem como o suprimento de água, saneamento e tratamento de resíduos, apropriada qualidade ambiental e de saúde, e adequada localização com relação ao trabalho e serviços básicos devendo todos esses componentes ter um custo disponível e acessível”.(AGENDA HABITAT II, Istambul, 1996, art. 43)

Ressalta-se que, para fins do presente trabalho não adotaremos o conceito de “moradia adequada” estampado no supracitado documento internacional, pois tendo nossa Constituição de 1988 trazido em seu art. 1º, III, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana como um dos fundamentos nos quais se funda nossa República, achamos conveniente “adequar” o citado conceito de moradia ao nosso ordenamento constitucional, ou seja, utilizaremos no presente trabalho — para fins de análise do direito à moradia em nosso país — como sinônimo de moradia adequada a expressão 'moradia digna'.

Podemos perceber, a partir de então, que estamos vivenciando um período de exclusão social daqueles indivíduos que estão fora da sociedade de consumo de hoje. O consenso neoliberal que predomina na era da globalização e que impõe às sociedades de modernidade tardia como a brasileira a necessidade de consumir como se fosse um país colonizador, deflagra o esquecimento, pelo Estado e pela Sociedade, daquelas pessoas que não possuem mecanismos de se inserir nesse modelo sócio, político, econômico e cultural.

Sarlet (2003, p. 7) destaca, neste ponto, que *o aumento da opressão sócio econômica, vinculado a menor ou maior intensidade do “facismo societal” em um determinado Estado, tem gerado reflexos imediatos no âmbito dos direitos fundamentais, o que ocorre, segundo ele, inclusive em países tidos como desenvolvidos.*

Nesse início de novo século, a crise da efetividade dos direitos sociais, dentre os quais se destaca a crise da moradia, está diretamente ligada a exclusão social, sendo que, a falta de capacidade prestacional do Estado ainda é um dos principais elementos que acabam por contribuir para o agravamento da crise dos demais direitos fundamentais.

Em relação ao fenômeno da exclusão social, temos de trazer á discussão as palavras de Dupas (1999, p. 13) que, ao fazer um estudo sobre o contraponto entre a economia global e o fenômeno da exclusão social, e mais, ao analisar nessa empreitada as circunstâncias econômicas e sociais que envolvem a pobreza, o emprego, o Estado e as políticas públicas efetivadas, ou que deveriam ser, bem como o futuro do capitalismo, nos possibilita perceber que vivenciamos a sensação de um aumento da exclusão social em decorrência do modelo econômico adotado como regra após a queda do maior representante do regime comunista — URSS —, ou seja, segundo ele:

[...] a sociedade contemporânea criou um sério problema ao centrar no consumo diferenciado boa parte da realização pessoal e social. Tal possibilidade de consumo transformou-se no principal sinal exterior de sucesso individual, o que faz com que o sentimento de exclusão possa ter um teor puramente relativo, ou seja, o de estar excluído não de necessidades consideradas básicas, mas daquilo que outras pessoas têm. (1999, p. 17).

A pobreza, ou seja, o “ser pobre”, aparece, segundo o citado autor (DUPAS, 1999, p. 24), como sendo um dos principais fatores para a exclusão social — que por sua vez, se mostra como o centro do problema de escassez de moradias em nosso país — de modo essa pobreza deve ser vista como a incapacidade de realizar as necessidades mais básicas dos seres humanos, dentre as quais, de possuir uma moradia, que como veremos abaixo, não se limita ao “teto” e as “quatro paredes”, mas que envolve uma gama de outros direitos fundamentais.

Podemos nos questionar, diante dessas premissas, como os direitos fundamentais poderão ser assegurados de forma eficiente pelo poder público quando este mesmo poder vem sendo relativizado pelo fenômeno da globalização, e mais, quando a política (ao menos tendencialmente, poderíamos acrescentar) perde para o mercado seu papel de instância privilegiada de deliberação e decisão?

A formalização Constitucional do Direito à Moradia fez com que, partindo do panorama econômico, social e cultural em que vivemos neste início de século, esse direito, tão importante, já “nascesse” em crise, seja pela falta de recursos financeiros pelo Estado, seja pela sociedade, ainda, de cunho patrimonial-individualista em que vivemos.

A citada EC n. 26/2000, que inseriu a expressão “moradia” ao rol dos direitos sociais fundamentais¹, não inaugurou o referido direito, pois já havia na Constituição de 1988, menção ao Direito de Moradia, seja de forma literal por meio da expressão moradia, seja por elementos inerentes à moradia, conforme destaca Sarlet (2003, p. 12), dizendo que:

[...] na Constituição de 1988 já havia menção expressa à moradia em outros dispositivos, seja quando dispôs sobre a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para promover programas de construção de moradia e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (art. 24, IX), seja quando o art. 7º, IV, definiu o salário mínimo como aquele capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, dentre outros elementos, como moradia. Da mesma forma, a vinculação social da propriedade (art. 5º, XXIII, e art. 170, III, e art. 182, §2º, bem como a previsão constitucional do usucapião especial urbano (art. 183) e rural (art. 191), ambos condicionando, dentre outros requisitos, a declaração de domínio à utilização do imóvel para moradia [...].

Na esteira do que fora discutido acima, Saule Júnior (1997, p. 69) destaca que em conjunto com o art. 4º, II, da Constituição que estabelece a prevalência dos direitos humanos como um dos princípios regeadores das relações internacionais do Estado brasileiro [...], poderemos considerar que à luz dos tratados internacionais sobre os direitos humanos que o Brasil ratificou — conforme se verá abaixo — a integração e positivação do direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro, antes mesmo da EC 26/2000, se deu com base no § 2º, art. 5º; II, art. 4º e III, do art. 1º, todos dispositivos da Constituição Federal de 1988.

Assim, mesmo antes da EC 26/2000 era possível percebermos, seja pelos próprios dispositivos da Carta Constitucional em vigor, ou em decorrência dos Tratados e Convenções internacionais acerca do Direito à moradia que o Brasil faz parte, o Direito à Moradia digna, como elemento integrante do rol dos direitos sociais fundamentais de nosso ordenamento pátrio, haja vista sê-lo materialmente constitucional, em que pese sua constitucionalização formal ter ocorrido somente com a citada emenda.

¹ Em que pesem as discussões acerca da fundamentabilidade, ou não, dos direitos Sociais, para fins deste trabalho, entendemos que os Direitos Sociais trazidos pela Constituição Federal de 1988, ainda que fora do rol do art. 5º, da mesma Carta Constitucional, pertencem àquilo que conhecemos como direitos fundamentais, sendo, portanto, cláusulas pétreas, nos termos do art. 60, §4º, IV, da Constituição Federal. Esse entendimento é o mesmo exposto por Sarlet (2003).

Em relação aos documentos internacionais que, de forma geral, tratam do Direito à Moradia, vemos que além de ser regulamentado pela Agenda Habitat II, sobre assentamentos humanos realizada em Istambul, na Turquia, no ano de 1996, o Direito à Moradia digna aparece em outros documentos internacionais, a começar pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que em seu artigo 25, dispõe que todo ser humano tem direito, dentre outras coisas, a habitação.

Nessa mesma linha, podemos ainda citar, dentre outros: a) o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966 (art. 11); b) a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial de 1965 (art. 5º); c) a Declaração sobre Raça e Preconceito Racial de 1978 (art. 9º); d) a Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979 (art. 14, 2, h); e) Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989 (art. 27); f) a Convenção dos Trabalhadores Imigrantes de 1990 (art. 43); g) a Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho sobre os Povos Indígenas e Tribais de 1989 (arts. 13 a 19); h) a Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver (1976) e i) a Declaração sobre Desenvolvimento (1986); j) a Agenda Habitat II, sobre Assentamentos Humanos, de 1996, (art. 43); l) a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (art. 9º, 1 a — Ratificada pelo Decreto 6.949/2009)².

Extrai-se de uma análise geral dos citados documentos internacionais, que o Direito à Moradia digna — de forma similar em todos — foi reconhecido como básico na busca para a efetivação de outros direitos fundamentais, de modo que os Estados signatários de tais documentos, assumem a responsabilidade de sua promoção, senão vejamos:

Nos reafirmamos nosso compromisso para a plena e progressiva realização do direito à moradia, provido por instrumentos internacionais. Neste contexto, nós reconhecemos a obrigação dos governos de capacitar as pessoas para obter habitação e proteger e melhorar as moradias e vizinhanças. Os governos devem tomar apropriadas ações em ordem para promover, proteger e assegurar a plena e progressiva realização do direito à moradia. Entre essas ações foi estabelecida a proteção para todas as pessoas dos despejos forçados que violem os direitos humanos, bem como de prover segurança legal de posse e igual acesso a terra. (Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) Capítulo III, item A, § 24).

² Todos os mencionados documentos internacionais foram devidamente ratificados pelo Brasil, de modo que, além do art. 6º, da Constituição de 1988, com redação pela EC 26/2000, o Direito à Moradia já era materialmente constitucional, conforme vimos acima.

Destaca-se, também, da análise dos instrumentos internacionais acima, em especial, o PIDESC, que o Direito à Moradia digna deve ser tomado de forma progressiva. Os países que se comprometerem a efetivá-lo deverão tomar mecanismos para sua implementação, seja em forma de subvenção mediante financiamentos mais acessíveis às classes mais pobres, ou de programas habitacionais de distribuição de domicílios³.

Com a regulamentação constitucional formal do Direito à Moradia pela EC 26/2000, houve a necessidade de regulamentação infraconstitucional desse direito fundamental, o que, a princípio, se deu pelo surgimento do chamado Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001).

Essa regulamentação pelo Estatuto da Cidade nos possibilitou ver os mecanismos que foram criados na tentativa de efetivação do Direito à Moradia, esses que aparecem disciplinados pelo art. 4º, da referida legislação, que dispõe como mecanismos de promoção do Direito à Moradia digna a criação de Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS); a concessão de direito especial de uso para fins de moradia; usucapião especial urbana; usucapião coletivo; regularização fundiária; gestão democrática participativa.

O Estado, portanto, à luz da Constituição Federal de 1988, bem como do Estatuto da Cidade, inaugurou um arcabouço normativo visando a efetivação do Direito à Moradia digna. Dentre os aspectos trazidos a esse respeito, merece destaque a funcionalização social da propriedade privada, ou seja, a propriedade não é mais individualmente absoluta, pois há necessidade de se adequar à sociedade a sua volta, sendo instrumento para seu desenvolvimento.

A possibilidade de utilização dos mecanismos de usucapião, individual ou coletivo, bem como os outros mecanismos processuais, e mais, a socialização do direito à propriedade corroborada pela ordem constitucional de 1988, demonstram que, após a ratificação pelo Brasil dos citados instrumentos internacionais acerca do direito à moradia, se efetivou, juntamente com outros mecanismos, a tentativa de instrumentalização desse direito social fundamental.

O Direito à Moradia digna reconhecido como um direito fundamental, deve ser efetivado e garantido pelo Estado, haja vista seu cunho prestacional, de modo que órgãos como o Ministério Público devem buscar a efetivação

³ Em decorrência das determinações do PIDESC podemos analisar que o Brasil vem promovendo seguidas tentativas de facilitar a efetivação do direito à moradia digna, é o que podemos perceber pela Lei 11.888/2008 – que estabelece a assistência técnica pública e gratuita para o projeto e a construção de habitação de interesse social – e pela Lei 10.762/2003, instrumentalizada pelo Dec. 4.873/2003 – que estabelece o programa de financiamento habitacional que ficou conhecido como “Minha Casa Minha Vida”. Ademais, a Secretaria Nacional de Habitação do Ministério das Cidades coordenou a elaboração do Plano Nacional de Habitação – PlanHab – para a implementação da nova Política Nacional de Habitação – PNH – previsto na Lei 11.124/05, que estruturou o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS.

desse direito frente ao Estado, o que pode ser feito com o uso das Ações Cíveis Públicas.

Neste ponto, podemos perceber que a Ação Cível Pública, prevista inicialmente, na Lei Complementar n. 40/81 (art. 3º, III), atualmente delimitada pela lei 7.347/85, é um eficiente instrumento constitucional-processual para a proteção dos interesses metaindividuais, dentre os quais se destaca o Direito à Moradia.

Este é o entendimento de Leite (2008, p. 99), para quem, o citado instituto configura-se no meio que é:

[...] constitucionalmente assegurado (art. 129, III, CF/88) ao Ministério Público, ao Estado ou a outros entes coletivos autorizados por lei (§ 1º, art. 129, da CR/88 e art. 5º, da Lei 7347/85 (LACP) e art. 82, do Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (CDC), para promover a defesa judicial dos interesses ou direitos metaindividuais.

A Lei Complementar n. 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União - LOMPU) em seu art. 83, III, destaca que competirá ao Ministério Público do Trabalho o exercício da Ação Cível Pública quando os direitos sociais assegurados constitucionalmente não forem respeitados.

No Título I, Capítulo II, da LOMPU, estão todos os instrumentos de atuação do Ministério Público da União, que abrangerão, por força do art. 128, I, da CF/88, o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal.

Nestes termos, o art. 6º, VII, da LOMPU, destaca que:

Art. 6º - Compete ao Ministério Público da União: [...]

VII – promover o inquérito cível e a ação cível pública para:

- a) a proteção dos direitos constitucionais;
- b) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor;
- d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos.

Portanto, a ação cível pública, assim como os demais instrumentos cíveis (de direito material) se configura como um dos principais instrumentos de ga-

rantia e efetivação dos direitos sociais fundamentais expostos por nossa Constituição de 1988, de modo que sua instrumentalização em prol da coletividade é mecanismo necessário para a salvaguarda de direitos “programas” como o Direito à Moradia em face do Estado.

3. A ÉTICA DA ALTERIDADE E DA RESPONSABILIDADE EM EMMANUEL LÉVINAS: UMA ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE O EU E O OUTRO À LUZ DO DIREITO À MORADIA DIGNA

Percebido o Direito à Moradia digna à luz da responsabilidade do Estado enquanto principal ator na efetivação dos direitos de cunho social trazidos pela Constituição Federal de 1988, passamos agora a responsabilidade da sociedade na proteção e concretização da Moradia Digna. Para tanto, será utilizado, entre outros aportes teóricos, aquilo que Emmanuel Lévinas diz sobre ética da alteridade e da responsabilidade.

Emmanuel Lévinas⁴ é autor de diversos livros acerca da problemática das teorias que descrevem conceitos e bases de discussão sobre alteridade e, principalmente, sobre a ética, de modo que sua contribuição na busca pelo reconhecimento do outro é valiosíssima, a um, pela clareza de suas ideias, a dois, pela atualidade de seu discurso.

Segundo Batista de Souza (2009), sua obra pode ser dividida em três períodos distintos, quais sejam: o primeiro, entre 1929 e 1951, quando se interessou pelo estudo da fenomenologia em Edmund Husserl e Martin Heidegger, se doutorando em filosofia com tese voltada para a teoria da intuição na fenomenologia de Husserl; o segundo, entre 1952 a 1964, quando deu início, de forma expressiva em sua produção filosófica e, ao fim, o terceiro, de 1966 a 1979, onde se destacou a publicação do livro *Humanismo do outro homem*.

Antes de adentrarmos na contribuição de Lévinas para o presente trabalho, ressalta-se que a proposta que será trabalhada aqui, longe de configurar uma utopia no sentido que lhe deu Thomas Morus, trata-se de uma descrição, por meio de um diálogo, da realidade multicultural atual, bem como na necessidade de proteção dessa realidade a fim de salvaguardar os Homens e seus Direitos Humanos, em especial, o Direito à Moradia digna.

A fim de marcar um primeiro ponto para a discussão acerca da ética da alteridade tratada por Lévinas, ou seja, acerca da relação entre o Eu — entendido aqui como aquelas pessoas que participam da sociedade de consumo em

⁴ Emmanuel Lévinas nasceu em Kaunas, na Lituânia, em 1906. Faleceu em Paris em 1995. Conforme acentua Carrara (2011), sua filosofia situa-se dentro do contexto da guerra fria, ou seja, a figura do outro, trazida por ele em suas discussões é, a priori, ignorado pelos filósofos, haja vista estarem preocupados com a questão da totalidade, na qual o indivíduo, o eu e o outro, encontravam-se em um lugar secundário.

que estamos inseridos — e o Outro — àqueles que não gozam de tal possibilidade — cabe-nos determinar o que seja ética em nossa visão.

Assim, a ética, no contexto trabalhado aqui, deve ser entendida como a filosofia da moral, ou seja, a origem, o primado em que se embasa a moral — produto das regras e normas culturais de um povo (KROHLING, 2011, p. 19 e 37).

A consciência advinda desta ética, atua como um verdadeiro caminho de interligação entre todas as esferas humanas, se constituindo, assim, como ética da responsabilidade. O Eu, consumista, assume a responsabilidade pelo Outro, não consumista. A ética, nesse ponto, é a reflexão crítica entre as possibilidades do fazer ou não fazer (KROHLING, 2011, p. 29).

Dessa noção de ética da responsabilidade se vê uma responsabilidade pelo outro, ou seja, uma responsabilidade do Eu, por aquilo que o Outro fez, ou por aquilo que o Outro não fez — ou não consumiu — que a princípio não me diz respeito, mas que possui um laço subjetivo comigo, na medida em que participo, com aquele agente, de um corpo social maior que nós.

O Direito à Moradia digna, nesse contexto, pode ser visto como, além de uma responsabilidade do Estado — conforme descrito no ponto acima — também é uma responsabilidade da sociedade que entendida como Eu, daqueles que podem consumir, que participam enquanto agentes de nossa sociedade do capital.

Nestes termos, Lévinas aponta que a relação intersubjetiva entre o Eu e o Outro é uma relação não simétrica, ou seja, serei responsável pelo outro sem esperar que a recíproca, ainda que isso venha me custar a própria vida (LÉVINAS, 2007, p. 82).

Vista sob estas premissas, a construção teórica abordada acerca da ética, sob a ótica dada neste trabalho, não passaria de elucubrações ou divagações, tendo em vista o fato de que o pensamento dominante nas diferentes culturas se coloca no sentido de que, antes de proteger o outro, estranho a mim, eu devo proteger o eu, ou os meus. É a partir desse ponto, que visualizamos a alteridade.

A alteridade, ou seja, essa interação com o outro, o reconhecimento de si, no diferente, e a ética, caminham lado a lado, tendo em vista que o eu só poderá se configurar na medida em que estabeleça um diálogo com os outros, pois sem eles não poderá definir-se como eu.

Essa necessidade do outro é explicada por Lévinas a partir da construção da ideia de Rosto ou Olhar, vindas de uma reflexão judaico cristã e das leis do Talmude, de onde se extrai “o corpo é o fato de que o pensamento mergulha no mundo que pensa e que, por consequência, exprime este mundo ao

mesmo tempo que o pensa. [...] ele une a subjetividade do perceber, e a objetividade do exprimir” (Lévinas, 2009, p. 30), ou seja, nós somos sujeitos e partes, ao mesmo tempo, do mundo em que vivemos.

A figura do rosto para Lévinas é importante no sentido de que, em suas palavras:

Não sei se podemos falar de fenomenologia do rosto, já que fenomenologia descreve o que aparece. Assim, pergunto-me se podemos falar de um olhar voltado para o rosto, porque o olhar é conhecimento, percepção. Penso antes que o acesso ao rosto é, num primeiro momento, ético. Quando se vê um nariz, os olhos, uma testa, um queixo e se o pode descrever, é que nos voltamos para outrem como para um objeto. A melhor maneira de encontrar outrem é nem sequer atentar na cor dos olhos! Quando se observa a cor dos olhos, não se está em relação social com outrem. A relação com o rosto pode, sem dúvida, ser dominada pela percepção, mas o que é especificamente rosto é o que não se reduz a ele (Lévinas, 2007, p. 69).

Necessitamos da figura do rosto, ou seja, do outro, para nos libertarmos da solidão do individualismo em que nos encontramos e que nos impede de efetivarmos os direitos criados para nossa própria proteção. É com o diálogo entre os rostos do eu e do outro que surgirá a ética da alteridade e da responsabilidade, contribuindo para a efetivação do primado da justiça e, em especial, do Direito à Moradia Digna.

Esse rosto proposto por Lévinas não induz a formação anatômica do Homem, e sim, algo intransponível, ligado à ideia, construída por ele, de infinito, algo transcendente e difícil de se nominar.

Portanto, a relação com o outro servirá para nos questionar, nos esvaziar de nós mesmos, nos possibilitando descobrir novas possibilidades e visões. Ser eu, nestes termos, significa, para Lévinas (2009, p. 49 e 53), não poder me furtar da responsabilidade pelos outros, pois essa responsabilidade é que me tirará o individualismo, o egoísmo e o imperialismo em que o meu eu está inserido.

Lévinas (2007, p. 87), em seu projeto ético alteral prioriza a ética, fundamentando-a metafisicamente, sendo que, para tanto, adota a ideia do infinito, da intersubjetividade e da exterioridade do ser. Para ele a ideia do outro como rosto significa o infinito, a constatação de uma exigência ética insaciável, haja vista que quanto mais justo se for, mais responsável se é, de modo que nunca seremos livres dos outros.

Diante disso, podemos tirar uma primeira conclusão no sentido de que Lévinas cria e aprofunda as categorias da ética como a filosofia do outro, desenvolvendo, para tanto, o princípio matriz da ética da alteridade e da responsabilidade, que estão relacionados com os Direitos Humanos Fundamentais,

(KROHLING, 2011, p. 91 e 92), dentre os quais, destacamos aqui, o Direito à Moradia.

Passando para a análise mais precisa acerca da ética da alteridade e da responsabilidade em Lévinas, e a sua relação com os Direitos Fundamentais, percebemos que para ele os Direitos Fundamentais podem ser traduzidos na concretização e realização da ética, ou seja, como a ética em sua construção teórica encarna a fonte de todos os demais princípios, a realização dos Direitos Fundamentais, da justiça, ou do Direito a uma Moradia Digna, via de consequência, traduzem a realização da ética. Nesse sentido, Direitos Fundamentais e ética estão, intimamente, imbricadas entre si.

Com relação à construção do Eu fundada no Uno, Lévinas critica tal apontamento, haja vista o Uno se tornar uma espécie de monólogo filosófico, preferindo, assim, a ideia do Múltiplo, tendo em vista corresponder a verificação da existência de vários Eu's ou outros, enfim, ninguém é sozinho. Somos pessoas com dignidade humana e vivemos rizomaticamente interligados. Vivemos hoje num mundo cosmopolita e multicultural.

A alteridade para Lévinas, segundo Krohling (2011, p. 106) está relacionada com a cultura e a linguagem, sendo sua vivência uma construção histórica. Desses termos podemos retirar a noção levantada por Lévinas do Homem como Ser de Desejo, ou seja, a figura do outro é algo que serve para completar o que falta no eu desejante. Por ser incompleto, o eu deseja o outro. É esse desejo que impulsiona o eu, incompleto, buscar do outro. O Eu e o Tu vivem em constante busca da reciprocidade intertemporal.

O encontro com o outro, o seu reconhecimento, possibilita o eu, ego-cêntrico, se completar, se reconhecer como eu. Elsa Brander, em texto acerca da ética levinasiana como fonte de responsabilidade com o outro⁵, aponta que:

“Segundo Lévinas, a porta não se abre para o Outro como quando se abre a porta a um convidado. O Outro não é nenhum convidado. É o Eu que o é. O Eu é o convidado do Outro, porque o Outro está na própria origem da identidade do Mesmo. O Eu é convidado pelo Outro para um possível encontro. Um encontro onde o outro não chega primeiro, mas já está lá há muito tempo.”

Em Lévinas, essa relação que ocorre, entre o eu e o outro, é uma relação de responsabilidade, haja vista que, no momento que estou frente a frente com o outro, eu sou responsável por ele. Essa relação é totalmente desinteressada, pois não me relaciono com o outro almejando algo em troca, mas sim pelo

⁵ Texto disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/7207601/Levinas-Etica-Como-Responsabilidade-Na-Filosofia-de-Emmanuel-Levinas>>.

simples fim de estar com ele. É esse desinteresse que permite a presença do outro ser na vida do eu, ou seja, o eu passa a ser um Ser para o outro.

Essa responsabilidade pelo outro que Lévinas aponta como um atributo ético “não é a privação do saber da compreensão e da captação, mas a excelência da proximidade ética na sua socialidade, no seu amor sem concupiscência” (Lévinas, 2004, p. 196).

Percebemos, portanto, que a construção da ética como princípio fonte de todos os demais princípios criada por Lévinas nos possibilita ver que a relação intersubjetiva entre o Eu e o Outro é essencial para a construção de uma sociedade plural, que respeita seus iguais, na medida de suas igualdades, e os desiguais, naquilo em que se desiguam (CRUZ, 2005, p. 210).

A Ética da Alteridade e da Responsabilidade de Lévinas é um caminho para o eu reconhecer o outro que habita em cada um de nós, ou seja, é a possibilidade de uma sociedade, heterogênea, construir suas bases culturais no reconhecimento da diferença. O outro passa de inimigo, àquilo que me completa como ser. O Outro passa de sem teto, à titular do Direito a uma Moradia Digna.

Lévinas trouxe um novo modo de vermos o pensamento filosófico, ou seja, um novo modelo de pensamento, evidenciando a ética em detrimento à filosofia. A partir de então, a responsabilidade pelo outro deve sempre permear o pensamento filosófico (PEREIRA, 2010, p. 89).

A ética para o reconhecimento do outro, nos termos propostos por Lévinas, não somente é capaz de preservar a individualidade do eu, mas, também, ela mantém a alteridade de outro, ajudando, assim, a preservar os diferentes modos de vida presentes dentro de uma mesma sociedade, ou entre diferentes nichos sociais, ou seja, àquele que não consome um lar digno para si ou seus familiares, reconhecido como Outro, agora passa a ter direito a uma moradia, que lhe possibilite um mínimo de dignidade.

O caminho de reconhecimento do outro proposto por Lévinas é um passo na construção de uma sociedade multicultural global, por onde teremos a possibilidade de sermos diferentes, sempre que a igualdade nos descaracterizar, mas, em contrapartida, também teremos a possibilidade de sermos iguais, sempre que a desigualdade nos minimizar.

Visto a construção dessa ética do outro em Lévinas, podemos perceber que o Direito à Moradia Digna nesse sentido, trata-se de uma responsabilidade também da sociedade frente aquelas pessoas que não possuem meios de prover tal consumo, por si próprias, ou seja, o outro — alteridade — é responsabilidade do eu.

Mecanismos como a reforma agrária, programas de financiamento habitacional, programas de transferência de residência, são mecanismos de reconhecimento do outro pelo Estado, conforme destacamos acima, sendo que a sociedade também possui responsabilidade com esse outro, o que será percebido por meio de, por exemplo, usucapiões especial urbana e rural, regulamentadas em nosso ordenamento constitucional-civil, por onde o proprietário perderá a propriedade do imóvel, caso o usucapiente proporcione, para sua moradia, ou de sua família, função social à propriedade que se encontrava inerte.

Não há mais a possibilidade de fecharmos os olhos para as situações que estão ao nosso redor, que vivenciamos todos os dias, tais como: a falta de moradia, a fome, a má distribuição de renda. Temos de reverter esse quadro, mesmo que isso signifique privar àqueles que possuem muito, em detrimento daqueles que nada possuem, tal como visto na ética da responsabilidade e da alteridade de Lévinas.

Em que pesem as discussões acerca da possibilidade, ou não, de imputar a responsabilidade pela efetivação do Direito à Moradia Digna à sociedade, vemos que o mundo atual necessita de uma união de esforços, não entre iguais, mas sim, entre diferentes, entre o Eu e o Outro, entre aqueles que consomem e aqueles que estão à margem dessa possibilidade.

A busca pela efetivação do Direito à Moradia Digna, assim, é um caminho possível para essa união, afinal não é possível poucos viverem em “mega” mansões, e muitos ainda dividirem marquises.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após fixarmos o entendimento de que em nosso contexto a melhor designação para o Direito à Moradia é aquele construído a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, qual seja: Direito à Moradia Digna, bem como de termos analisado a constitucionalização desse direito enquanto responsabilidade social do Estado, vimos que a construção de uma ética da alteridade e da responsabilidade, embasada em Lévinas, pode alargar a responsabilidade pela efetivação do Direito à Moradia Digna à sociedade enquanto célula de convivência humana.

Daí, buscamos perceber que a relação entre o eu e o outro, à luz do direito à moradia, deve ser permeada por uma responsabilidade ético-social, pois àqueles que são alijados do gozo do citado direito, em decorrência de vivermos em um modelo econômico-social excludente, imputados como Outro, deverá ser resguardada a possibilidade de buscar, seja do Estado ou da sociedade, pelos mecanismos percebidos acima, a efetivação do Direito a uma Moradia Digna.

Portanto, em que pesem as discussões acerca da possibilidade ou não da sociedade responder pela efetivação do Direito à Moradia Digna, concluiu-se no presente trabalho, que a garantia de uma moradia digna para àqueles que não a desfrutam, é o primeiro passo para a efetivação de outros Direitos Fundamentais metaindividuais, tais como: a saúde e a educação.

Possibilitar ao indivíduo ou a família o desfrutar de uma moradia mediante programas habitacionais ou de financiamentos regulados e assegurados pelo Estado, ou ainda, pela imputação desse ônus à própria sociedade, não pode ser visto como um mecanismo de “cabresto eleitoral”, mas como pagamento de uma dívida socioeconômica, pois o Outro, excluído do convívio do consumo, merece um lugar onde possa viver com dignidade.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANDER, Elsa Cristina de Lima Agra Amorim. **Ética como Responsabilidade na Filosofia de Emmanuel Lévinas**. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/7207601/Levinas-Etica-Como-Responsabilidade-Na-Filosofia-de-Emmanuel-Levinas>>. Acessado em: 13 de janeiro de 2013.

BRASIL. Ministério das Cidades. **Déficit habitacional 2008**. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/ministerio-das-cidades/arquivos-e-imagens-oculto/NOTA_DEFICIT2008_FJP_jul2010.pdf>. Acessado em 13 de outubro de 2012.

CARRARA, Ozanan Vicente. Ética e Política em Emmanuel Lévinas. **Revista Ethica**. Vol. 18. N. 1. p. 71 a 81. 2011. Disponível em: <<http://www.revistaethica.com.br/V18N1art4.pdf>>. Acessado em 15 de dezembro de 2012.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O Direito à Diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e de pessoas portadoras de deficiência**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DUPAS, Gilberto. **Economia Global e Exclusão Social**. 3ªed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1999.

KROHLING, Aloísio. **A Ética da Alteridade e da Responsabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais: diálogo intercultural e democracia**. São Paulo: Paulus, 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação Civil Pública: na perspectiva dos Direitos Humanos**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2008.

LÉVINAS, Emmanuel. **Ética e Infinito**. trad. por GAMA, João. revisão por MOURÃO, Arthur. Lisboa: Edições 70, 2007.

_____. **Entre Nós: ensaios sobre alteridade**. trad. por PIVATTO, Pergentino S. (coord.); KUIAVA, Evaldo Antônio; NEDEL, José; WAGNER, Luiz Pedro e PELIZOLLI, Marcelo Luiz. 3ªed. Petrópolis: Vozes, 2004.

_____. **Humanismo do Outro Homem**. trad. por PIVATTO, Pergentino S. (coord.); MEINERZ, Anisio; DA SILVA, Jussemar; WAGNER, Luiz Pedro; MENEZES, Magali Mendes de e PELIZZOLI, Marcelo Luiz. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

MELO JÚNIOR, José Carlos Vieira de. Os Direitos Humanos Diante do Multiculturalismo: hermenêutica diatópica e núcleo mundial. In KROHLING, Aloísio (org.). **Ética e a Descoberta do Outro**. Curitiba, CRV Editora, 2010.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito Fundamental Social à Moradia: aplicação, limites e a Responsabilidade do Estado Brasileiro**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/100807.pdf>>. Acessado em 17 de outubro de 2012.

PEREIRA, Cíntia Aparecida Nunes. *Eu Estava Preso e Você me Visitou: uma análise do modelo APAC à luz da ética e da alteridade de Lévinas*. In KROHLING, Aloísio (org.). **Ética e a Descoberta do Outro**. Curitiba: CRV Editora, 2010.

PINHEIRO, Luís Bulcão. CREA-RJ: 80% das mortes na Serra poderiam ter sido evitadas. **Portal Terra Online**, Rio de Janeiro, 26/jan/2011. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI4911847-EI177544,00CreaRJ+das+mortes+na+Serra+poderiam+ter+sido+evitadas.html>>. Acessado em 14 de outubro de 2012.

RANGEL, Helano Márcio Vieira e SILVA, Jacilene Vieira da. O Direito Fundamental à Moradia como Mínimo Existencial e a sua Efetivação à Luz do Estatuto da Cidade. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 6, n. 12, p. 57-78. Julho/ dezembro de 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 1, n. 02, p. 65-119, jul./set. 2003.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ªed. rev. atual. e ampl. 3ªtir. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2011.

SAULE JÚNIOR, Nelson. **O Direito à Moradia como Responsabilidade do Estado Brasileiro**. Disponível em: <http://www.cebrap.org.br/v1/upload/biblioteca_virtual/o_direito_a_moradia.pdf>. Acessado em 25 de outubro de 2012.

SOUZA, José Tadeu Batista de. **Emmanuel Lévinas: o homem e a obra**. Disponível em: <www.unicap.br/Arte/ler.php?art_cod=1445>. Acessado em 15 de novembro de 2012.

* Recebido em 08 dez. 2015.



DA SOCIEDADE ANTIGA À SOCIEDADE POLITICA E A FUNCIONALIDADE DO DIREITO

*Ilton Garcia da Costa**
*Aline de Menezes Gonçalves***

Resumo

Desde a antiguidade, já se tratava de política e direito. Essa busca por justiça, por uma sociedade justa, vem desde os primórdios, Platão já escrevia sobre tal tema. O Estado, porém, nessa época não entendia que deveria intervir nas causas que eram relacionadas a direitos da personalidade. Com o passar dos tempos, a criação de códigos e constituições, o judiciário, por intermédio do Estado, passou influenciar e a construir o direito das pessoas, não acreditando que se tratava apenas de um direito natural e que por esse fato não precisava intervir. A questão da liberdade foi e é um dos pontos mais importantes da construção dos direitos da personalidade. Verificamos até onde realmente somos livres ou pensamos que somos, e que é apenas uma imitação de liberdade, porque no fundo somos apenas uma imitação de liberdade, porque sempre estamos presos a conceitos, regras. E mesmo com tanta liberdade nos dias atuais, existe muito ainda o que e pensar em liberdade racional, no desafio do *homo faber*, no desafio da criação, da mudança.

Palavras-chave

Sociedade política. Direitos da personalidade. Liberdade racional. *Homo faber*.

ANCIENT SOCIETY POLITICS SOCIETY AND THE FUNCTIONALITY OF LAW

Abstract

Since ancient times, it was already in politics and law. This search for justice, for a fair society, has since the beginning, Plato was writing about such a topic. The state, however, that time did not understand that it should intervene in cases that were related to personality rights. With the passage of time, the development of codes and constitutions, the judiciary, through the state, and influenced spent to build the right people, not believing that it was only a natural right and that by this fact did not need to intervene. The issue of freedom was and is one of the most important points of the construction of personal rights. We note how far we really free or think we are, and that is just an imitation of freedom, because deep down we are just an imitation of freedom, because we are always stuck with concepts, rules. E even with so much freedom these

* Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Mestre em Administração pelo Centro Universitário Ibero Americano Unibero. Advogado. Matemático. Professor no Mestrado e Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Líder do grupo de pesquisa em Constituição Educação Relações de Trabalho e Organizações Sociais GPCERTOS, registrado no CNPq. E-mail: iltongarcia@uenp.edu.br e iltongarcia@gmail.com

** Mestranda em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (Unicesumar); Bacharel em Direito pela Faculdades Maringá; advogada. E-mail: alinemenezes.adv@gmail.com.

days, there is very and yet what to think of rational freedom, the challenge of *homo faber*, the challenge of creating, changing.

Keywords

Political society. Personality rights. Rational liberty. *Homo faber*.

1. INTRODUÇÃO

Uma das obras mais antigas que tratou de direito é de Platão, chamada de Politéia. Para Platão, o direito era a busca da justiça, o que indica o justo, dar a cada um o que merece, isso deveria ser garantido pelo Estado. Já para Aristóteles o Estado define o que é direito, para ele o direito se confunde com a justiça.

A Escola Estóica, considerava que o direito não estava ligado ao Estado, mas que decorria da natureza. Para Ulpiniano o direito é o mesmo para todos, onde a natureza ensina a todos. Celso também deixou sua contribuição na obra Digesto de Justiniano, onde afirmava que o direito constitui a arte do bem e do justo.

O teólogo italiano Tomás de Aquino afirmava que o direito advém da lei eterna encontrada nos ensinamentos da Igreja Católica e inclui o direito natural. Para Hobbes, já o direito é imposto pelo Estado, para ele o direito positivado é superior ao direito natural.

Rousseau, autor de projetos de Constituição, entende que o pacto social deve permitir que o povo crie suas próprias leis e não se submeta à vontade dos poderosos. Para Kant, o direito é um produto da sociedade e expressão de obrigações morais de indivíduos.

O jurista Hans Kelsen, define o direito como organização da força ou da ordem de coação, e deve ser estudado separadamente.

Para Dimitri Dimoulis, o direito muda para toda humanidade de tempos em tempos, não há como comparar o direito e a política à época de Platão ou Aristóteles, com a época cristã, que é completamente diferente do direito capitalista da atualidade.¹

Com a Carta Magna de 1.215 feita principalmente na intenção de que cessassem as hostilidades do rei João Sem Terra, em sua primeira cláusula trata sobre a liberdade eclesiástica, em um direito de liberdade da igreja. Porém, o rei recorreu ao Papa alegando nulidade do documento, pois afirmava que havia sido coagido a assinar, mas mesmo assim ele foi reafirmado por seus sucessores várias vezes.

¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 59.

Fabio Konder Comparato, diz em sua obra, que a Carta Magna foi um malogro completo, seu objetivo era de assegurar a paz, e ela provocou a guerra.²

As mudanças realmente só começaram a surgir mesmo, após um grande período de guerra, que fez com que os Estados, repensassem sobre a dignidade do ser humano, e que esta deveria ser protegida por um documento oficial e internacional.

Confirma-se com as ideias de São Tomás de Aquino e Aristóteles, que o homem na sociedade antiga é um animal eminentemente social e político, que a sociedade representa para o homem um elemento vital para sua sobrevivência.

A sociedade política surgiu quando um tipo especial de poder, que não se confundia com aquele existente dentro das diversas sociedades (familiar, religiosa), ao qual passou a corresponder uma forma societária específica.

Esta porém, é uma sociedade mais ampla, que encerrava seus fins dentro de si mesmo. Ela mira a realização dos fins daquelas organizações mais amplas, que o homem teve necessidade de criar, para enfrentar os desafios da natureza e das sociedades rivais.

Atualmente há organizações de Estados que corroboram com a convivência pacífica, mas não há uma sociedade política internacional.

Existem tratados internacionais, principalmente na área do direito, para proteger as sociedades, para proteger o homem de si mesmo, e exigir que, o que é de direito seja cumprido. Uma sociedade única, já não é um sonho, haja vista a Europa, que já está há alguns anos, tentando fazer isso, com o uma única moeda, com leis entre outras coisas, mas sem perder a sua identidade.

2. A SOCIEDADE ANTIGA E A FUNÇÃO DO DIREITO

O ser humano está sempre vinculado a uma sociedade. Aristóteles estudou o Estado, classificou todas as formas de governo na antiguidade, suas políticas e formas de governo. Já para Platão, em seus estudos a política era a primeira das ciências, e ambos concordavam que a criação da sociedade só traria melhorias para o povo.

A doutrina entende que o Estado, é um conjunto de atividades políticas, Celso Ribeiro Bastos afirma em sua obra:

² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.76.

A própria noção de Estado é uma noção jurídica. Nem o sociólogo pode dizer o que é a sociedade política. Quem define é o direito. Portanto, a Teoria do Estado tem esta conformação bastante ampla. Ela reúne todas as posições destas diversas áreas para então constituir seu objeto.³

A própria sociedade se confunde com a evolução humana, ela é toda forma de coordenação das atividades do homem, com um objetivo e regulada por normas. O autor Celso Ribeiro Bastos conceitua sociedade:

No que diz respeito à origem da sociedade a doutrina não é pacífica. Alguns pensadores defendem a posição de que a sociedade é fruto da própria natureza humana, e outros sustentam que a sociedade nada mais é do que um ato da vontade humana. No entanto cumpre dizer que a corrente prevalecente é a da sociedade natural, sem eliminar no entanto a participação da vontade humana.⁴

Para discorrer sobre a sociedade antiga, é necessário passarmos por uma evolução histórica da proteção humana da sociedade, sobre tal tema Leonardo Estevam de Assis Zanini assevera:

As origens da proteção à pessoa humana já podem ser encontradas nas civilizações da Antiguidade, entre as quais vale mencionar a Índia, a Mesopotâmia, o Egito, a Grécia, e obviamente Roma. De fato, não se pode conceber, mesmo na antiguidade, uma civilização que nenhum valor outorgasse à figura humana, pois isso significaria seu próprio extermínio.⁵

Na sociedade antiga, verificou-se com a pesquisa desses historiadores, que a sociedade não se preocupava muito com as questões do homem como um ser de direitos, tendo que sua vida, liberdade entre outros direitos, deveriam ser resguardados, porém só se fossem homens de classes sociais altas, a liberdade principalmente não era um direito para todos, o direito em si não era para todos.

A igualdade e a liberdade, foram e ainda são, as principais preocupações do direito e da política. A desigualdade era tanta, que pessoas que não fossem do sexo masculino, nascidos em determinados lugares, ou filho de determinadas pessoas (livres), não teriam direito a ter direito e nem poderiam participar da sociedade política da época.

As sociedades, eram rígidas, voltadas para uma sociedade rural e fundada na solidariedade clânica. A essa época é que se devem as penas fulcradas

³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 6 ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004. p.13.

⁴ Ibid. p. 25.

⁵ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade: aspectos essenciais**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 21.

no Talião. Posteriormente passaram a se basear na Lei das Doze Tábuas, mas os escravos só vieram sentir essa transição de mudança de leis muitos séculos depois.

Para alguns escritores a sociedade pode ser dividida em sociedade natural, que é a sociedade que Aristóteles defende, afirmando que o homem é um ser social, que precisa se relacionar para se desenvolver.

Temos também a sociedade contratual, esta defende que somente a vontade do homem justifica a existência da sociedade. Para Tomas Hobbes, a sociedade nasce com o estado, verificando que ela surge da necessidade do homem se proteger e proteger seus bens.

Na época Clássica o direito ficou caracterizado como um direito individualista, separando o direito público do direito privado, o pretor que administrava a justiça. É a partir desse direito pretoriano que vão ser ultrapassadas as carências em matéria de proteção a pessoa humana.

O direito, vem desde a sociedade antiga, tentando proteger direitos inerentes ao homem, mesmo que antes só fossem protegidos direitos ligados aos bens materiais, mas agora veem proteger os direitos inerentes a pessoa, e fazer com que seja cumprido, pois afinal essa é a sua função, proteger o homem.

Após um grande período de revoltas, o direito romano passou a ficar bastante semelhante com o nosso direito atual, não há dúvida de que sofreu forte influência do cristianismo, criando então uma aliança entre Império e Igreja, para alguns escritores, a era cristã conhece a proteção da personalidade e da liberdade de cada um, com limites estritos.

A Idade Média, foi uma época de profundas transformações, com desintegração de impérios, economias alteradas, invasões e o surgimento de reinos politicamente independentes.

As principais fontes de direito, eram os costumes e o direito canônico, continuavam orientando as sociedades, mesmo com as grandes mudanças.

Com o surgimento da burguesia e do capitalismo, o estado nacional passou a ser soberano e organizado politicamente, com um monarca absoluto. Com todas essas mudanças na política, o direito também mudou, ficando conhecido como um direito comum a vários países.

Constatou-se que o cristianismo, foi um dos acontecimentos que mais influenciaram no pensamento sobre a dignidade da pessoa humana, porém essa dignidade que era concebida antigamente, não corresponde com a dignidade atualmente protegida pelo direito. Sobre o assunto Fábio Konder Comparato assevera:

A justificativa religiosa da preeminência do ser humano no mundo surgiu com a afirmação da fé monoteísta. A grande contribuição do povo da Bíblia à humanidade, uma das maiores, aliás, de toda História, foi a idéia da criação do mundo por um Deus único e transcendente.⁶

Celso Ribeiro Bastos também comenta sobre a influência do cristianismo no governo:

Na Idade Média, o Estado se encontrava extremamente ligado à Igreja, chegando as vezes a se confundir com ela. Vale lembrar que nesse período que o cristianismo se firmou como religião. Portanto teremos como expoentes da Teoria do Estado nessa época, São Tomás de Aquino e sua obra " Suma Teológica" e Santo Agostinho e sua obra " A cidade de Deus" que trataram da delicada relação entre o poder espiritual(Igreja) e o poder social(Estado).⁷

A sociedade mais antiga é a família, é a sociedade natural, dela advém os primeiros direitos e deveres, as primeiras normas do que se pode ou não fazer, as famílias definiam até quem era responsável pelos bens e quem teria o direito a sucessão.

A sociedade política surgiu devido a união de várias famílias, sua principal característica é o fato de ser maior, com a amplitude de seus fins⁸.

O intuito dessa união de várias famílias, era de se proteger dos bárbaros que quando as encontravam com maior numero de pessoas tinham mais dificuldade de rouba-las.

A sociedade, conclui-se então, que surgiu principalmente para um ajudar o outro a se proteger. Porém quando decidiram conviver juntos, essas famílias tiveram que legislar sobre o essa união, pois antes cada patriarca que determinava as leis de cada família.

Com esses fatos, verificamos que o direito e à sociedade vem andando juntos desde os primórdios, porém a sociedade anda muito mais rápida que o direito, mas o direito vem sempre tentando fazer sua função de proteger o homem.

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit. p.1.

⁷ op.cit. p.6.

⁸ Forçoso reconhecer, como asseveram Costa, Ilkiu e Silva, que "Desde a concepção do Estado Moderno por Rosseau, a Administração Pública se depara com sérios problemas. O que era, a princípio, justificativa para o fortalecimento do poder do réu e, ao mesmo tempo, da busca do reconhecimento social da burguesia que dominava as cidades do Reino, acaba por se tornar uma pedra no sapato quando essa superestrutura assume a responsabilidade de prover o chamado **welfare state**" (COSTA, I.G.; ILKIU, I.M.; SILVA, R. Terceiro Setor: Solução para um estado engessado? In: COSTA, Ilton Garcia; FREITAS, Paulo. H. Souza (Org.). **Terceiro setor, ongs: questões críticas**. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2012, p.11)

3. PAPEL DO JUDICIÁRIO NA CONSTRUÇÃO DA PERSONALIDADE

No decorrer da evolução humana os direitos humanos sofreram alterações, sendo que essas modificações não decorreram somente da variação da natureza humana, mas também de mudanças na política, economia entre outros valores que regem o homem na sociedade.

E sobre esse aspecto Leonardo Estevam de Assis Zanini afirma:

Assim, o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas, o que ao nosso ver, por si só já afastaria a ideia jusnaturalista da existência de direitos naturais do homem.⁹

Os direitos da personalidade não eram grande relevância na sociedade antiga, às pessoas em si, não tinham muita importância para os governantes.

No Período Clássico, os direitos eram assegurados de forma absoluta, como a propriedade privada, por exemplo, que não encontrava limites, a não ser quando se confrontasse com direito de mesma natureza. Mas muito pouco era tratado sobre os direitos da personalidade, dos direitos humanos, dos direitos de cada um como pessoa de uma sociedade politicamente organizada.

A elaboração da teoria jurídica da personalidade é atribuída aos romanos, e para eles, só teriam esse direito quem possuísse liberdade, independente de serem seres humanos, os escravos eram considerados coisas à essa época, portanto não possuíam direitos.

No Direito Romano do período clássico a designação *persona*, servia apenas para designar se a pessoa era livre ou escravo. A personalidade não decorria da lei, nem lhe servia de substrato, eles não cuidavam da proteção aos direitos da personalidade, a principal questão era a liberdade, que já era um direito da personalidade, mas que não era um direito de todos.

A tutela aos direitos da personalidade no mundo antigo, se dava mais por intermédio de manifestações isoladas, assegurada pela *actio iniuriarum*.

Foi no direito alemão que o direito geral da personalidade ressurgiu e se firmou, a partir da Lei Fundamental de Bonn. No Brasil, ao contrário da Alemanha e França, que desenvolveram seu direito à personalidade mediante uma vigorosa construção jurisprudencial, os Tribunais estão edificando uma sólida jurisprudência á revelia da existência de normas positivadas, confirmando o espírito criador desses juristas.

⁹ op.cit. p. 54.

Para Leonardo Zanini esse fato só confirma que o direito está em constante construção e reconstrução.¹⁰

Com a separação do direito privado, ocorreram alterações nas normas até então constitucionalização dominadas pelo direito civil. Esse fato acabou por fragmentar o direito privado, para Leonardo Zanini isso tudo não significou o fim dos tradicionais códigos,¹¹ mas resultou na substituição de um monossistema.

Por conseguinte, afastou a divisão entre sociedade civil e sociedade política, possibilitando um diálogo entre a Constituição e o direito privado.

Hoje em dia, nas atuais constituições, o direito a propriedade, que era absoluto, foi colocado em segundo plano, pois hoje a propriedade deve ter sua função social.

Verifica-se que o direito a propriedade só existe hoje em dia se ele desempenhar uma função, função essa relativizada dos direitos, deixando que os direitos das pessoas sejam mais importantes que o da propriedade.

Os países estão divididos em realidades sócio econômicas e ideológicas muito diferentes, conseqüentemente a proteção aos direitos da personalidade estão ficando muito difíceis de serem tutelados, apesar de já termos muitos documentos internacionais que dispõem sobre o tema.

A personalidade jurídica é concebida como atributo jurídico, é um requisito para que a pessoa possa construir relações jurídicas. Esses direitos passaram a ter mais relevância, após o fim da Segunda Guerra Mundial e a partir da Declaração Universal dos Direitos dos Humanos.

Os Direitos da Personalidade foram gerados por juristas, em sua maioria, pelos europeus do século XIX. Os crimes cometidos nas guerras mundiais, foram os maiores incentivadores para legislarem sobre a dignidade humana, que antes não era legislada internacionalmente

Deve ficar claro que, antes de se falar de qualquer coisa sobre os direitos da personalidade, deve se verificar o princípio da dignidade da pessoa humana¹², que é muito mais amplo, pois por ele, mesmo que o direito não esteja positivado, este está assegurado, e deve ser tutelado e protegido pelo judiciário.

O judiciário vem decidindo nas suas jurisprudências, sobre tais direitos, que a personalidade é um valor do nosso ordenamento, um valor jurídico, pois

¹⁰ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Op. cit. p.62.

¹¹ Ibidem. p. 77.

¹² A propósito do assunto, vale citar que, em brilhante artigo, Giacoia problematiza como ninguém a questão da justiça e da dignidade humana. (GIACCOIA, Gilberto. Justiça e Dignidade. **Argumenta**, Jacarezinho, v. 2, n.1, p. 11-31, 2002.)

são considerados essenciais a pessoa humana. Para Roxana Cardoso Brasileiro Borges “cada vez mais o conceito de personalidade se aproxima do valor de dignidade.”¹³

O Código Civil de 2002 trata do assunto nos artigos 11 à 21, e também encontramos o mesmo tema no Código Português artigo 70 e seguintes, e em outros códigos também.

A partir de 1945 que esses direitos foram mais difundidos e mais positivados. Hoje em nosso país, o Código Civil, a Constituição Federal e leis esparsas tratam do assunto, só demonstrando o quanto é de suma importância da proteção dos direitos inerentes à pessoa humana.

Com isso verifica-se que para dirimir qualquer situação em relação a esses direitos, eles são bens de maior valor. O judiciário desde os tempos mais antigos, vem ajudando a construir esse rol de direitos da personalidade, que não eram tutelados nas sociedades mais antigas, principalmente com julgados que protegem os direitos inerentes a personalidade humana.

Para alguns doutrinadores jusnaturalistas os direitos inerentes a personalidade vem de Deus, ou de uma ordem natural. Já para os positivistas alguns concordam que são direitos outorgados a sociedade pelo Estado, mas para a grande maioria não há a necessidade da positivação estatal, até porque nosso rol de direitos é meramente exemplificativo, o Poder Judiciário deve agir mesmo quando não houver sua inserção em lei *strictu sensu*.

Sem duvida, a positivação desses direitos gera muito mais segurança às relações sociais, exercendo também uma função pedagógica na sociedade. O que não pode ocorrer é o judiciário se negar a tutelar um direito da personalidade porque ele não está positivado.

O que não ocorre, pois temos vários casos que o judiciário vem surpreendendo com julgados, que acabam por virar lei, ou diretriz para outros casos iguais ou semelhantes que não estão amparados ainda por lei, é chamado ativismo judicial.

Esse papel do judiciário em defesa da construção da personalidade, vem sendo um dos principais, senão o principal, sustento para proteção desses direitos. Direitos esses que em outras épocas, não eram protegidos, quem dirá positivado.

Conclui-se que o papel do judiciário nas questões relacionadas a personalidade, ele vem criando, inovando e o mais importante protegendo esses direitos, mesmo que não tutelados.

¹³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da Personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 44.

Para Elimar Szawski, a maior contribuição do judiciário brasileiro foi em relação ao direito à própria imagem e à intimidade, já tendo jurisprudência firmada. Para ele cabe aos tribunais e aos autores dirimir dúvidas, traçar contornos e solucionar os desacertos ainda existentes.¹⁴

Leonardo Estevam de Assis Zanini diz que a nossa legislação poderia ter avançado mais, prevendo expressamente ao lado dos direitos especiais da personalidade, uma tutela geral da personalidade.¹⁵

Em nossos tribunais superiores não há um reconhecimento de um direito geral da personalidade, há muito o que se fazer sobre o tema, mas percebe-se com as atuais decisões que houve um grande avanço.

Há muito ainda que ser discutido, tanto nas leis, como nas decisões, mas o homem de hoje tem uma proteção muito mais ampla do que antigamente tinha, quando tinha.

4. ANTIGUIDADE E A QUESTÃO DA LIBERDADE E O FENOMENO DA IMITAÇÃO

Em algumas obras encontramos a informação de que não somos seres livres, pois ao nascermos entramos em crédito com o mundo, o primeiro exemplo, é o da fala, que somos obrigados a aprender, pois senão seremos considerados seres idiotas, por não falarmos a língua que nossa sociedade fala.

Nem tudo me obriga há algo, mas quando não nos obriga nos vincula. Um bom exemplo são os trabalhadores que gozam de uma insubordinação característica do contrato de trabalho, mas com o enfraquecimento da subordinação, inúmeros assalariados gozam de certa liberdade, mas uma liberdade dirigida.

Falamos de uma liberdade filosófica, de pensamento ou racional, falaremos agora sobre liberdade física também.

Na Roma antiga, a liberdade estava relacionada à classificação que lhe era dada as pessoas, haviam os ingênuos que eram aqueles que nunca foram escravos ou libertos, aqueles que foram escravos, mas conseguiram a alforria. Para os romanistas apenas os cidadãos possuíam capacidade jurídica plena.

Existia também na Roma antiga, os *latini* e *peregrini* que possuíam capacidade jurídica reduzida. Mais tarde estes também passaram a ter capacidade igual à de um cidadão romano.

¹⁴ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.

¹⁵ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Op. cit. p.155.

Nesta época haviam dois interditos para amparar a liberdade de alguém que a tivesse tido ela cerceada, o *interdictum de homine libero exhibendo* (para pessoas livres) e o *interdictum de libertis exhibendis* (restabelecer liberdade de qualquer um que fosse preso).

Mais tarde, devido aos abusos da reconcentração de poder nas monarquias, que surgiram as primeiras manifestações de rebeldia, na Península Ibérica com a Declaração das Cortes de Leão de 1.188 e na Inglaterra com a Carta Magna de 1.215, que protegeriam os direitos a liberdade. A Carta Magna como já foi alinhavado anteriormente, em sua primeira cláusula tratava da liberdade, do clero, mas não deixa de ser um documento que resguardava o direito a ser livre.

A proteção da pessoa humana, reconhecida pelo Estado, só encontra suas origens no liberalismo que se desenvolveu na Inglaterra no final do século XVII, neste século foram feitas conquistas substanciais e definitivas, na questão da liberdade. A Inglaterra muito utilizou de obras francesas, imitando-as na formação do seu direito.

A Declaração Americana para Fabio Konder Comparatto é um bom exemplo de começo de liberdade:

[...] constitui o registro de nascimento dos direitos humanos na História. É o reconhecimento solene de que todos os homens são igualmente vocacionados, pela sua própria natureza, ao aperfeiçoamento constante de si mesmo.¹⁶

Os franceses por sua vez, se apoiaram em nas obras de Jonh Locke, tal como absorvido pelas Declarações americanas, que proclama em seu artigo primeiro que todos os homens são, por natureza, igualmente livres. E sobre a idéia de liberdade dos franceses o escritor Fabio Konder Comparato assevera:

Faltou apenas o reconhecimento da fraternidade, isto é, a exigência de uma organização solidária da vida comum, o que só se logrou alcançar com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.¹⁷

E a partir das declarações de direitos do final do século XVIII, estabeleceu-se a diferença entre a liberdade pública e as liberdades privadas. Há que se saber que desde os primórdios liberdade significa na ausência de impedimentos, esta não pode ser limitada. O direito a liberdade é o direito de cada um se manifestar consoante sua vontade, excluída porém a esfera do ordenamento jurídico, lesão, e que sua liberdade vai até onde começa a do outro.

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit. p.49.

¹⁷ Idem.

Para Fabio Konder Comparato no embrião dos direitos humanos, despontou antes de tudo o valor da liberdade.¹⁸ A liberdade é algo novo, a liberdade natural, ela vem acompanhada de uma limitação na sua esfera de extensão, ela está relacionada ao modo de ser da pessoa, não ao que pode ou não fazer, isso sim é limitado. Nossa lei, é clara é crime o que está previsto, desde que não atinja o direito do próximo.

A liberdade foi e é ainda um dos mais altos fins de esforços e das aspirações humanas, sempre tão almejada. O direito há liberdade é um direito de cada um se manifestar conforme sua vontade, isso antigamente era difícil, se não perigoso.

Hoje dizemos que temos vários tipos de liberdade, porém são limitadas ao direito do próximo, como outros direitos também.

A liberdade é uma questão central para o homem, e é por causa da dificuldade de separar o que é vivido, do real e do imaginado que em geral se esbarra numa visão superficial de liberdade. Acredita-se que ser livre é poder ser o que somos, porém a grande liberdade consiste em podermos não ser aquilo que não somos.

A grande liberdade não é uma afirmação, é uma renúncia, não é uma afirmação do exercício de nossos limites. E sim a criação de um campo de possibilidades ilimitado em direção ao que podemos vir a ser. Liberdade não é segurança do exercício de si, é a transformação potencial em nós.

Por isso a liberdade é tão difícil. As escolhas que fazemos, acreditamos na maioria das vezes que escolhemos por vontade própria, porém toda autodeterminação é uma apreensão do que somos, seguimos instintos, culturas passadas dentro da família.

Ao definirmos isso podemos estar sendo apenas cópia de nossos ancestrais. Um autor alemão dizia que é possível nos darmos conta apenas no leito de morte que toda nossa vida foi um equívoco, porém seria tarde de mais para correr atrás do tão sonhado sonho de liberdade.

A liberdade é sempre desejada, porém ela sempre vem com resquícios do passado, imitando ele fielmente ou em grande parte. A liberdade já foi motivo de grandes guerras desde os primórdios até os tempos atuais.

O direito é um grande exemplo disso, nossas constituições vieram sempre de algumas rupturas, porém sempre traziam algo de constituições anteriores, se baseando em fatos passados.

A imitação, não é sinal de que não existe liberdade, e de que porquê foi imitado não será bom. A liberdade de imitar, e assumir que se imitou, não cria

¹⁸ Ibidem. p.51.

problema, até porque já dizia o pensador, nada se cria tudo se copia, e com a legislação não foi diferente.

A imitação acontece, não por falta de liberdade, mas por estarem cheias de significados. A realidade é que, por mais que se fale em liberdade, os homens não são livres.

Jesus afirmou isto quando, uma vez, ofereceu a liberdade aos homens do seu tempo. Ele disse: “Conhecerão a verdade e ela os fará homens livres”, isto porque é a própria verdade que liberta.

A verdade do qual Jesus referiu é a de que somos escravos de vícios, preconceitos e pecados e precisamos de um libertador, precisamos de alguém que nos liberte,mas aí seremos presos a este libertador.

Alessandro Severino Vállér Zenni entende que:

A modernidade desafia o homem a procurar imitar o Criador a partir da razão, até por ser ela ser seu atributo na criação do mundo inteligível. Nesta empreitada esteve tão fascinado com o poder de criação que culminou por enxergar-se absorto em processo consumista, aparentemente aprazível, controlado e movimentado por pequena parcela social; paradoxalmente sente-se angustiado, tornou-se anódino e escravo, distanciado de si mesmo.¹⁹

A liberdade de criar, não deve permitir de termos medo da imitação, pois tudo será um pouco imitado, copiado ou baseado em algo que já aconteceu, pois somos o que vivemos e o que temos de conteúdo.

Por fim, tudo acabará por influenciar na criação, seremos imitadores de nós mesmo, nossa liberdade de criação estará delimitada ao que vivemos, ao que conhecemos, a liberdade para criar existe, porém não somos seres livres para criar algo, sem a influência de algo que já vivemos. Isso ocorre muito no Direito, pois normalmente os fatos acontecem e depois são feitas as leis, influenciadas pelos fatos acontecidos.

4.1. Modernidade e liberdade racional e o desafio do *homo faber*

Aristóteles nos classificou em suas obras simplesmente como seres racionais que falam. Para ele nós agimos acreditando que estamos fazendo o bem e, mesmo quando julgamos mal nossas ações, é sempre o bem que estabelece o critério de tal julgamento.

¹⁹ ZENNI, Alessandro Severino Vállér. **A crise do direito liberal na pós-modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 19.

A modernidade e a liberdade surgiram principalmente após a obra de Rousseau, e a liberdade apresenta contradições marcantes. Já a modernidade é marcada pela consciência de liberdade que o homem tem de si mesmo.

A França teve grande destaque para criação de normas sobre a liberdade, entre outros direitos, mas devido a conflitos internos ela chegou a racionalizar tanto, que de excessivos chegaram a irracionalidade.

A Revolução Industrial francesa, é o maior exemplo da liberdade racional, de que o *homo faber* participa, exigindo seus direitos, construindo algo novo para nova era que começava chegar.

Fábio Konder Comparato faz uma breve síntese desse período moderno e a liberdade, falando que:

Foi justamente no sentido francês, e não na acepção inglesa, que a transformação radical na técnica de produção econômica, causada pela introdução da máquina a vapor em meados do século na Inglaterra, tomou nome de Revolução Industrial. Ainda aqui, como se vê, as grandes etapas históricas de invenção dos direitos humanos coincidem com as mudanças nos princípios básicos da ciência e da técnica.²⁰

A Inglaterra emprestou do pensamento racionalista francês uma base teórica de que as bases teóricas de direito inglês careciam, e foi principalmente Rousseau que lhe foi dado a formulação definitiva.

Talvez a dificuldade do *homo faber* em criar, ele acabava por reproduzir, e no contrato Social de Rousseau afirma-se que os homens nascem livres, mas se acredita que toda criação vem de uma liberdade de pensar e poder criar.

O direito moderno constituiu uma das primeiras conquistas na questão da liberdade que é o de direito à religião, é a liberdade de abraçar religião preferida e abandona lá se quiser e quando quiser, e retornar a ela se quiser também.

No atual direito brasileiro, a liberdade, pode, dependendo de ato do sujeito, limitar temporariamente ou perpetuamente, mas nunca aniquilar esse direito, dependendo de que liberdade se trate.

Há uma grande necessidade de normas controladoras das liberdades individuais, mas ao mesmo tempo tenta se garantir a liberdade de consciência. A liberdade de um termina, quando começa a do outro (Kant), ou para Rousseau o homem é livre na sua individualidade porque participa da comunidade.

Para o escritor Montesquieu a liberdade significa o direito de fazer tudo o que as leis permitem. A liberdade nesse período moderno, para Alessandro

²⁰ Ibidem. p.51.

Severino Vallér Zenni passa a ter um sentido regulador de todo processo social e o equilíbrio entre liberdades se faz pela conformação entre o individual e o geral, no agir de cada ser humano livre, vinculando as condições sociais e a própria consciência de cada um.²¹

O racionalismo esteve preocupado com o sentido negativo da liberdade. Em suas obras Supiot fala que o homem não nasce racional, ele se torna racional ao ter acesso a um sentido partilhado com os outros homens, portanto não nascemos racionais, nos tornamos racionais com o passar do tempo.

Hannah Arendt, escreveu uma obra só sobre o *homo faber*, e concluiu com a leitura de artigos sobre tal livro que o *homo faber* falado pela autora é o ser humano capaz de fabricar ou criar com ferramentas e inteligência.

O *homo faber*, produz o mundo por meio de seu trabalho. Ele ficou muito evidente na revolução industrial, com a criação de máquinas.

Na sociedade moderna, o exercício da liberdade, cada um de nós se relaciona com outros indivíduos e dessas relações emerge a realidade social. A sociedade é uma construção histórica pautada numa lei fundamental: é proibido matar o semelhante.

No entanto, numa rápida olhada em qualquer jornal, por exemplo, descobrimos que o assassinato é praticado das mais diferentes formas: guerras, fome, assaltos, atentados terroristas, etc.

Veja ou outra, ouvimos dizer que essas ações são desumanas. Mas como, se foram praticadas por seres da mesma espécie, animais racionais?

Para um filósofo, se fossemos autossuficientes racionalmente falando, críticos de si mesmo, não precisaríamos de ideologias para serem seguidas, seríamos seres independentes, que conseguiríamos decidir e fabricar sem influências.

Para os gregos, conviver (viver junto) na pólis já significava ser livre, ser livre e viver na *pólis* eram, em certo sentido, a mesma coisa. Mesmo assim, a liberdade não dizia respeito a todos, mas apenas ao homem, adulto, livre, o que excluía então as mulheres, as crianças e os escravos.

A liberdade racional de que o *homo faber* precisa para poder criar, está “disponível”, porém vinculada a certas normas, já impostas pela sociedade ou por leis, que nos dizem até onde podemos ir, até onde podemos criar, inventar, ou pela própria liberdade racional que temos, de que na maioria das vezes só criamos algo que precisamos, por fatos ocorridos no passado.

²¹ ZENNI, Alessandro Severino Vallér. Op. cit. p. 19.

Nas obras de Kant, o autor deixou claro que pra ele essa liberdade só existe quando pensa como a coisa em si mesmo, caso contrario não estará livre de alguma manifestação. E para esta liberdade existir, mesmo assim existem falhas, mas a liberdade de escolha, pressupõe uma liberdade mesmo que escolha seja motivada, não livre.

O direito vem nos tempos atuais como instrumento para delimitar a liberdade de um, relativamente a liberdade dos outros. Alessandro Severino Vállér Zenni em sua obra faz uma assertiva acertada:

Já no século XIX, em pleno capitalismo liberal, surgem as contradições marcantes entre solidariedade e identidade, justiça e autonomia, igualdade e liberdade, vindo a final marcar-se por desenvolvimento de mercado sem precedentes, evidenciado pela revolução industrial, crescimento das cidades comerciais e edificação das cidades industriais, vigendo o princípio do *laissez faire*.²²

As revoluções, foram o grande impulsionador para as mudanças na questão da liberdade e dos direitos. Não resta duvida que por essa liberdade, foi pago um preço, perdeu se algo com essas reivindicações de liberdade, mas o que se ganhou nesse período, não se compara ao que se obteve neste quesito em nenhum outro período.

Os Estados que são componentes de uma excelência de sociedade internacional são dotados de uma grande força, segundo Celso Ribeiro Bastos porque: deles atuam as organizações internacionais, também revestidas de personalidade jurídica de direito internacional.²³

E isto por fim acaba por influenciar também na liberdade das pessoas que vivem nesses países, aumentado as. Pois esses países que estão se relacionando, para claro se fortalecer, e dar mais liberdade de ir e vir a sua população. E com isso vem ocorrendo uma globalização, de deveres e direitos entre esses países, tentando manter uma relação pacífica e que ajude a todos, principalmente politicamente.

5. CONCLUSÃO

Com o presente trabalho, averiguamos que ocorreram varias mudanças no âmbito político social, na questão do direito e da liberdade. Porém somos cercados pelo nosso passado, que constantemente bate a porta para nos lembrar dos fatos ocorridos, e principalmente para constarmos onde não devemos ir novamente.

²² Idem.

²³ BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit. p. 290.

As guerras, e as revoluções no pós-guerra, os direitos adquiridos após esses períodos, influenciaram muito e ainda acabam por influenciar nosso direito e nossa sociedade.

Somos seres livres, para criar, para agir, mas agimos de acordo com que nos é permitido, ou por fatos acontecidos no passado na comunidade em geral, ou porque fomos educados a pensar de tal forma sobre tais temas.

A liberdade não se prende, o que se prende é o corpo físico, os grandes escritores e inventores, quando fizeram suas obras, eram pessoas livres do meio, em pensamento, mas presos em si.

A evolução das leis vem ocorrendo de acordo com a necessidade da sociedade, o direito não acompanha a sociedade, ele sempre vem atrás, tentando buscar uma solução para um problema já ocorrido. A norma não nasce livre, nasce já com casos que a antecederam.

A sociedade moderna tem sido altamente influenciada de um modo geral, que tendem a transcender cada vez mais a esse fenômeno de imitação que vem ocorrendo, quase que uma massificação, e que vem afetando um leque indeterminado de pessoas e de direitos, e estas pessoas não estão percebendo muito quais serão as consequências, desse liberalismo racional.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular**: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 6 ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004.

BERTOLAZO, Ivana Nobre. **Direito e política em Hannah Arendt**. Revista Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica - UENP. v. 5, p. 160-179, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. trad. Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRANDÃO, Paulo de Tarso; OLIVIERO, Maurizio; SILVA, Iidete Regina Vale. Por que a Fraternidade é uma Categoria Política do e no Constitucionalismo Contemporâneo Brasileiro? **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, Vol. 19, n. 4, p. 1252-1270, Edição Especial, 2014

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- COSTA, Ilton Garcia; SANTIN, Valter Foletto (Org.). **Organizações Sociais, efetivações e inclusão social**. 1. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2014.
- _____; LIMA, Thadeu Augimeri G.; Três Dilemas do Estado Democrático de Direito no Constitucionalismo Contemporâneo: Reflexos a partir da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 83, p. 13-33, 2013.
- _____. et al. Terceiro Setor: Solução para um estado engessado? In: COSTA, Ilton Garcia; FREITAS, Paulo. H. Souza (Org.). **Terceiro setor, ongs: questões críticas**. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2012, p.9-29.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 17. ed. v. 7: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo. Martins Fontes. 2005.
- FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes. **Direito à liberdade: por um paradigma de essencialidade que dê eficácia ao direito personalíssimo da liberdade**. Curitiba: Juruá, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado Nacional**. São Paulo: Martins Fontes. 2007.
- _____. **Direito e Razão**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GARCIA, Maria. **Desobediência Civil**. Direito Fundamental. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- GIACOIA, Gilberto. Justiça e Dignidade. **Argumenta**, Jacarezinho, v. 2, n.1, p. 11-31, 2002.
- HÄBERLE, Peter. **Teoría de la constitución como ciência de la cultura**. Traducción e introducción de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos. 2000.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. vol. 1 e 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997.
- _____. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1989.

_____. **A inclusão do outro: estudos de teoria política.** Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KNOERR, Fernando; QUEIROZ, R. A. ; TEIXEIRA JUNIOR, J. R.. **Controle e Vigilância do Cidadão através do Poder Público.** Um Dialogo com Michel Foucault e Hans Jonas sobre Programas de Governo. Revista Jurídica (FIC), v. 4, p. 413-443, 2014.

LAFER, Celso. **Reconstrução dos direitos humanos — um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2001.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. **Novos Estudos do CEBRAP**, n. 58, novembro de 2000. São Paulo. CEBRAP.

MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. **O Espírito das Leis.** São Paulo. Martins Fontes. 2000.

PADILHA DOS SANTOS, Rafael; OLIVIERO, Maurizio; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. O Resgate do Humanismo Natural e suas Contribuições para o Desenvolvimento dos Pressupostos Político-Econômicos da Cultura Jurídica Ocidental. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, Vol. 19, n. 4, p. 1385-1404, Edição Especial, 2014

PIKETTY, Thomas; **O capital no século XXI.** Tradução Monica Baumgartem de Bolle.- 1. ed. - Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** 3. ed. Tradução Jussara Simões. Revisão técnica da tradução Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **O liberalismo político.** 2. ed. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Rio de Janeiro : Ática, 2000.

SALIBA, Mauricio Gonçalves. **O olho do Poder.** São Paulo: Unesp, 2006.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime.** 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** 3. ed. ver. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SELLOS-KNOERR, Viviane Coelho de; BEGA, P. F. **O agir ético na sociedade de consumo como desafio à atividade empresarial.** Revista Jurídica (FIC), v. 3, p. 637-661, 2013.

SERRANO, Vidal. **A cidadania social na Constituição de 1988.** São Paulo: Verbatim, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso.** Construção, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. 2011, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

TEMER, Michel. **Democracia e cidadania.** 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade.** São Paulo: Saraiva, 2011.

ZENNI, Alessandro Vállér Severino. **A crise do Direito Liberal na Pós-Modernidade.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

* Recebido em 15 ago. 2015.



OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PÓS-MODERNIDADE: COMO A SOCIEDADE QUE SE TRADUZ NO RISCO E NO CONSUMO PODERÁ TUTELAR DIREITOS

*João Luis Nogueira Matias**
*Manuela Caldas Fontenele Alves***

Resumo

Produz-se uma abordagem transdisciplinar entre a sociologia, a economia e o direito, com o fim de questionar a compatibilidade entre a teoria dos direitos fundamentais e a pós-modernidade. É flagrante o ocaso da modernidade e inegável a construção de uma sociedade pós-moderna, cujo conceito ainda está em construção, mas já se delinea com uma estrutura aberta e fragmentada. O risco é uma das características mais marcantes da sociedade pós-moderna. O modo de produção, os avanços tecnológicos, a crise ambiental, são elementos que, entre outros, de forma isolada e/ou conjunta, acarretam riscos imprevisíveis. Outra característica da sociedade pós-moderna é o consumo em massa. O indivíduo, contemporaneamente, é mais consumidor do que cidadão. Questiona-se, ao longo do artigo, como se situa a efetivação dos direitos fundamentais em tal contexto. Propõe-se que o fenômeno jurídico seja encarado sob nova perspectiva. A metodologia é descritiva e transdisciplinar.

Palavras-chave

Direitos fundamentais. Pós-modernidade. Sociedade do risco. Sociedade do consumo.

FUNDAMENTAL RIGHTS IN POSTMODERNITY: HOW SOCIETY OF RISK AND CONSUMPTION CAN PROTECT RIGHTS

Abstract

In this paper, in a cross-disciplinary approach involving sociology, economics and law, is questioned the compatibility between the Theory of Fundamental Rights and post-modernity. It is clear the decline of modernity and it is undeniable the building of the post-modern society, whose concept is still under construction, but already shows that has a fragmented structure. The post-modern society is a risk society. The production mode, the technological advances, an envi-

* Juiz Federal. Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Ceará e Titular da Faculdade Sete de Setembro. Pós-Doutor em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP. Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado de Pernambuco. Coordenador do Projeto de Pesquisa “Os impactos da proteção ao meio ambiente no direito: Novos paradigmas para o direito privado/UFC/CNPq/CAPES”.

** Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.

ronmental crisis, are elements that, among others, isolated and/or joint, cause unpredictable risks. Another feature of the post-modern society is the mass consumption. The individuals, contemporaneously, are more consumers than Citizens. In this paper is questioned the effectuation of fundamental rights in this context. It proposes that the legal phenomenon be seen under new perspective. The methodology is descriptive and cross-disciplinary.

Keywords

Fundamental rights. Postmodernity. Risk society. Consumption society.

1. INTRODUÇÃO

A natureza e a ficção foram, mais por hábito do que por razão, desde o século XVIII, postas em correspondência com o indivíduo e a sociedade. Quer dizer, ao natural foi associado tudo o quanto dissesse respeito ao indivíduo isolado, enquanto à ficção foi relacionada toda a teoria social.

O Estado e a sociedade eram uma ficção. O indivíduo, não. O indivíduo tinha existência material, logo, natural. E a natureza era e é, necessariamente, boa e justa, ainda que houvesse, e ainda haja, teorias em contrário, porque o prevalecente no imaginário (ocidental cristão) é o dogma da perfeição da criação em função do criador, aliado à origem do próprio conhecimento científico, que identifica na natureza o parâmetro da perfeição.

Tal correspondência (individual/natural *versus* social/ficcional) se deu de forma ambivalente e até paradoxal, de modo que se reafirmaria a máxima aristotélica de que o homem era, em sua essência (naturalidade), um animal político (social).¹ Assim, se em parte estavam justificados os direitos individuais como bons, justos e naturais, logo, postos fora da discussão política, noutra parte estava justificada a existência em si do Estado, algo também inerente à condição e convivência humanas.

Essa confusão se dispersou ao longo dos séculos, em boa parte porque muitas das construções sociais foram naturalizadas, como, de fato, afirmava Durkheim², mas também em razão da superposição das ideias de Estado que acabou por ocorrer. Com o advento do Estado Social, a concepção de 'social' passou a ser referência para o que se veio a apontar como direitos sociais, e não apenas para a existência em si do Estado e de uma sociedade enquanto coletivo.

Tanto o chamado Estado Liberal como também aquele denominado Social foram, na perspectiva da individualização, idealizados e afirmados. Como

¹ ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Pedro Constantin Tolens. 6ª ed., 7ª reimpressão. São Paulo: Martin Claret, 2011, p. 56.

² DURKHEIM, Emile. *Da divisão do trabalho social*. Tradução de Eduardo Brandão. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, *passim*. Com Durkheim e seu conceito de fatos sociais, os objetos culturais foram naturalizados: os fatos culturais, produtos do agir humano, uma vez estabelecidos, ganharam o caráter de inflexibilidade dos fatos da natureza. A tradição alcança o status natural do inevitável.

bem objetou Beck³, “direitos sociais são direitos individuais”, porque são exercidos, principalmente, por indivíduos e se justificam no bem-estar destes mesmos indivíduos. Toda a pluralidade é conferida ao singular; toda a sociabilidade reside na necessidade de promoção do indivíduo e no desenvolvimento de suas potencialidades; toda a solidariedade social é posta para permitir ao indivíduo a oportunidade de realizar a própria dignidade sem a dependência do outro (por exemplo, da família), ainda que em dependência indireta, a partir da ficção que é o Estado.

E, assim, superpõem-se os conceitos de natural e ficcional, individual e social, privado e público. O jardim e a praça de Saldanha⁴ não mais se distinguem com a simplicidade de antes.⁵ Ainda assim, boa parte das disputas ideológicas que se dão atualmente desconsidera esse fator. Se a delimitação não é mais tão clara, ou talvez nunca o tenha sido, teorias liberais e sociais protagonizam uma discussão sem objeto e com cheiro de mofo.

O inconsciente social da modernidade, já apresentado por Pessoa, no início do século XX, em “O banqueiro anarquista”⁶ resume a nebulosidade das convicções da contemporaneidade, que, de uma forma ou de outra, guarda bastante coerência.

Aquele banqueiro reconhece e se revolta com todas as desigualdades (injustiças) da ficção social, e as distingue das diferenças naturais, contra as quais nada se pode fazer. Para atingir, então, a destruição da ficção social, identifica-a como o alcance da liberdade individual, algo da mais pura naturalidade, e insere-se num contexto de ação isolada, pois a ação coletiva tenderia à tirania.

A sua liberdade individual seria alcançada a partir do acúmulo de riquezas, pois dominar o dinheiro, uma ficção em si, uma abstração, equivaleria a dominar a ficção num todo. O indivíduo passa de servo da riqueza para senhor dela e, assim, torna-se livre, ainda que ele mesmo acabe por se enquadrar como tirano, como o admite, apenas para dizer que a sua tirania é resultado de uma ação de combate individual. (Noutra ótica, vale mencionar que a servidão dele

³ BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução de Magda Lopes. Revisão técnica de Cibele Saliba Rizek. 2ª ed. São Paulo: Editora Unesp, 2012, p. 33.

⁴ SALDANHA, Nelson Nogueira. **O jardim e a praça**: o privado e o público na vida social e histórica. São Paulo: Edusp, 1993, *passim*.

⁵ “Atualmente, o que é “natural” está tão intrinsecamente confundido com o que é “social”, que nada mais pode ser afirmado como tal, com certeza. [...] a “natureza” transformou-se em áreas de ação nas quais os seres humanos têm de tomar decisões práticas e éticas”. BECK; GIDDENS; LASH, 2012, p. 8.

⁶ PESSOA, Fernando. **O banqueiro anarquista**. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=15729>. Acesso em 15 de junho de 2015.

em relação à riqueza não está superada, porque a sua liberdade depende daquela riqueza).

O banqueiro anarquista do início do século passado poderia ser uma figura da literatura do início deste novo século. Não porque nada tenha mudado, mas principalmente porque as ideologias pouco mudaram, enquanto quase tudo se modificou. A modernidade implicou uma transformação quase constante de si mesma, e não mais cabe enumerar tudo o que acompanhou a industrialização e a tecnologia. As ideologias, no entanto, ficaram num espaço-tempo de difícil caracterização, não mais se adaptando bem aos anseios do ser pós-moderno, ainda que não tenham sido abandonadas.

A exacerbação da individualidade acompanhou a era da transformação do indivíduo súdito ao indivíduo cidadão, e deste para o indivíduo consumidor. E é o indivíduo consumidor que melhor serve de exemplo para demonstrar o quanto a política, a sociologia, a economia e o direito não são realidades tão incomensuráveis quanto se imaginava.

Em verdade, justamente porque é a pós-modernidade um conceito ainda em aberto, em construção, que ela tão bem se adapta à estranheza das conjecturas do mundo de hoje. A razão do presente estranha o próprio presente, duvida das certezas do passado e teme as incertezas do que está por vir.

O pós-moderno soa, invariavelmente, como uma construção satírica do moderno. Vide-se o exemplo, do rei holandês, que bem poderia ser uma personagem da literatura, mas se trata do próprio monarca, Guilherme Alexandre, que, em setembro de 2013, anunciou o fim do Estado de Bem-Estar Social (modelo social europeu, um dos pilares da identidade comum europeia)⁷. Ora, somente na sátira da pós-modernidade se admite um monarca, resquício de uma história, tradição que se mantém insistentemente, a despeito dos novos tempos, anunciando a falência ou a insustentabilidade de uma forma de Estado posterior e simultaneamente contemporânea da monarquia, que não mais se adapta a esses tempos tão novos que ninguém ainda definiu bem.

E é nessa conturbação que se situa a contemporaneidade. Construiu-se, ou tentou-se construir, uma forma de Estado, que agora pede reforma. Essa discussão se prolonga por décadas na Europa. No Brasil, antes mesmo de estar devidamente estabelecido um Estado Social, o debate teve reflexos — e se renova a cada nova crise ou ciclo de crise econômica. Como na Europa, confunde-se a reforma do Estado com os ajustes econômico-financeiros e a crise da política com a crise econômica.

⁷ Disponível em <<http://www.independent.co.uk/news/world/europe/dutch-king-willemalexander-declares-the-end-of-the-welfare-state-8822421.html>>. Acesso em 15 de junho de 2015.

É nesse contexto que o presente trabalho se justifica e toma forma, firmado num referencial transdisciplinar, para iniciar o enfrentamento da seguinte questão: há compatibilidade entre direitos fundamentais e pós-modernidade?

Para tanto, necessário será tratar, antes, da ruptura da modernidade, da construção do que viria após e da condição de consumidor que toma o indivíduo nessa era que se segue. Uma vez que essas premissas estejam estabelecidas, é possível centrar a discussão na questão apresentada.

A metodologia ora adotada consiste na investigação descritiva e transdisciplinar, buscando-se abranger, assim, alguma parte da vasta bibliografia já existente a respeito da temática, para, então, suscitar e, criticamente, analisar um problema que já se delineia no inconsciente coletivo global: dentre o que se levará de hoje para o amanhã, caberão os direitos fundamentais afirmados constitucionalmente na improvável bagagem?

2. O OCASO DA MODERNIDADE E A IMINÊNCIA DO NOVO

Para Beck⁸, “o horizonte se obscurece à medida que os riscos crescem”. O autor se fez conhecer ao descrever a sociedade de risco (ou segunda modernidade ou contramodernidade) e teorizar suas implicações. Ao defender um rompimento das categorias comuns da sociologia, ele propõe a “autocrítica e a autoconfrontação compulsivas” como tendências do mundo da “reflexividade desenvolvida” que ora se apresenta — e não se confunde com o binômio “reflexão / conhecimento”, se traduzindo no da “reflexividade / autodissolução”.

Para Beck⁹, o Ocidente é confrontado por si mesmo, chamando a isso de etapa da “modernização reflexiva” — em contraste com a modernização simples, que é a modernização da tradição. Quando a sociedade industrial se desenrola, ela inicia um processo de combustão ou dinamização constante e autônomo, e tudo o que lhe é característico é continuamente posto em crise, em transformação.

Os riscos fogem ao controle das instituições e passam a dominar o debate público, aponta Beck. O foco passa da distribuição de bens à “distribuição

⁸ BECK; GIDDENS; LASH, 2012, p. 23.

⁹ “[...] não haverá uma revolução, mas uma nova sociedade. Desta forma, o tabu que estamos rompendo é a equação tácita entre latência e imanência na mudança social. A ideia de que a transição de uma época social para outra poderia ocorrer não intencionalmente e sem influência política, extrapolando todos os fóruns das decisões políticas, as linhas de conflito e as controvérsias partidárias, contradiz o autoentendimento democrático desta sociedade, da mesma forma que contradiz as convicções fundamentais de sua sociologia”. BECK; GIDDENS; LASH, 2012, p. 14.

de malefícios”. O reconhecimento da imprevisibilidade põe em evidência a insuficiência dos padrões da racionalidade moderna e causa distúrbio na construção da razão pós-moderna. O futuro torna-se incerto e inseguro, porque sua representação é tomada pela teoria da complexidade e dotada da ausência de controle.

A estabilização ou normatização dos desvios, dotada da calculabilidade da lógica binária, não mais resolve os problemas nem fornece segurança. Os antagonismos, antes, eram bem-vindos porque faziam parte da estrutura de previsibilidade que se vislumbrava e que permitia as descrições, as conexões e as imputações de relações de causa e efeito. Hoje, os antagonismos se sobrepõem, em vez de se polarizarem. A falta de confiança dá azo aos paradoxos e ambiguidades do tempo presente e inaugura a incerteza do futuro, ao mesmo tempo em que se aproxima dele.¹⁰

O “risco é uma modalidade de relação com o futuro”¹¹, baseada na suportabilidade, o que permite o desenvolvimento da percepção do risco para a economia (riscos podem ser monetarizados) — e alguma forma de discussão quanto às decisões —, e não na aceitação, o que dificulta a percepção do risco para o direito, ao qual restam apenas as “estratégias de retardação do risco”.

Beck destaca a falência das instituições políticas formais, aquelas nas quais a mente é condicionada a relacionar com a política em si mesma, a “política simbólica”, e distingue o que ele chama de “subpolítica”, permeada tanto pelo desengajamento quanto pelo “engajamento múltiplo contraditório” dos indivíduos e de outros agentes externos (sociais e coletivos) ao modelo tradicional. Distingue também a política simples, a da modernidade, aquela dirigida por regras, da política reflexiva, da modernidade reflexiva, que busca a alteração das regras.

A modernização reflexiva de Beck é, em verdade, “a réplica da modernização”, uma construção de terceira via ou terceira identidade, “ainda desconhecida e ainda por ser descoberta” que visa dar alternativa ao conflito modernidade *versus* pós-modernidade.

Esse conflito é o *eldorado* destes tempos. Quando se convencionou identificar períodos históricos, numa divisão, sim, eurocêntrica, didaticamente foram adotados os termos Modernidade para referenciar a era entre a queda de Constantinopla e a Revolução Francesa, e Contemporaneidade, aos últimos séculos. Essas expressões tomaram lugar não apenas na História, mas também em outras áreas do conhecimento e das artes. E a elas não se deu, em princípio, prazo de validade.

¹⁰ DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 185-200.

¹¹ DE GIORGI, 1998, p. 197.

O mundo ocidental, após a Revolução Francesa (1789) encarou múltiplos processos de transformação técnico-industriais e de globalização. As transformações políticas, sociais e econômicas foram significativas, dando ensejo a possíveis designações do novo¹²: pós-modernidade (Lyotard, Bauman, Habermas, Stuart Hall, Gellner etc.), modernidade líquida (Zygmunt Bauman), hiper-realidade (Baudrillard), hipermodernidade (Gilles Lipovetsky), modernidade reflexiva (Ulrick Beck), capitalismo tardio (Jameson), supercapitalismo (Reich) etc.

O problema que se apresenta (modernidade *versus* pós-modernidade) é o de a própria ideia de periodização do tempo não ser mais adequada ao pós-moderno: admite-se que não há, na História, ruptura abrupta e completa, que permita a divisão linear do tempo, como se radicalmente se substituísse algo velho por algo novo.

A superposição do velho e do novo, da modernidade e do que viria após, identifica a pós-modernidade. A cultura-mundo pós-moderna se baseou na concepção de abertura, de fragmentação, para situar o indivíduo que se encontra em meio a uma sociedade de rede ou tecnológica, que não vê limites que a ciência não possa ultrapassar — ao que compreende e duvida dos limites éticos e dos riscos que ela traz à tona.

Tal indivíduo encontra-se diante de uma constante tensão ou até de um vazio ideológico, uma vez que as ideologias totais foram rompidas. As compreensões de tempo, espaço, limite, progresso e cultura estão em permanente transformação (ou em crise, como preferem alguns). A própria compreensão de pensamento, técnica e ciência, assim como a significação e a distinção que se dava às ciências naturais e sociais viram seus postulados mais básicos sofrerem o efeito da pós-modernidade e se (con)fundirem.

A aceleração do tempo, para a ciência pós-moderna, gerou a demanda por soluções e respostas mais céleres. O paradigma da comunicabilidade tende a substituir o da incomensurabilidade; o da intangibilidade, por sua vez, em permuta com o da redução; o da contingência em troca ao da linearidade.

Na concepção de Bauman¹³, a ordenação e a racionalidade da modernidade foram substituídas pela “descontinuidade e liquidez” da pós-modernidade. Se a modernidade se afligia para pacificar o conflito valorativo, a pós-

¹² “[...] como se os acontecimentos de grande importância que marcaram os últimos anos tivessem perturbado não somente a “ordem do mundo”, mas também a “ordem dos conceitos” ou das distinções que eram usadas para descrever aquele mundo e a sua ordem”. DE GIORGI, 1998, p. 185-186.

¹³ BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, *passim*.

modernidade busca o próprio conflito, como requisito indispensável para a pluralidade.

A “liquidez”, em Bauman, remete à tensão transformadora, qualidade que a distingue das coisas sólidas. O líquido e o fluido são metáforas da vida, em tudo: a modernidade é líquida, o amor é líquido, o medo também o é, assim como os tempos e a própria existência. Nada se fixa no espaço ou no tempo como outrora se pressupunha.

Os velhos conceitos se comportam como zumbis, afronta Bauman¹⁴, assim como já o tinha feito Beck. A sobremodernidade que se apresenta é fruto dos limites do arranjo até então instituído. Passa-se da territorialidade à extra-territorialidade. Do nacionalismo ao cosmopolitismo. A globalização é a realidade, não mais a promessa.¹⁵

Esse “processo de liquefação” esteve presente em toda a modernidade, e não é o fator, por si, de distinção da pós-modernidade. A profanação da tradição e do sagrado de outrora fundaram esse processo de modernização constante, ao qual se refere Beck, e que põe em cheque a própria modernidade, que se volta contra si mesma.

Para Bauman, os sólidos que se desfazem agora são os elos entre o individual e o social.¹⁶ Da era dos “grupos de referência predeterminados”, passa-se à era da “comparação universal”. A modernidade é uma versão “privatizada e individualizada”, o que proporcionou a “desintegração da rede social”.

Lipovetsky¹⁷ chama a contemporaneidade, primeiro, de “era do vazio”, a era da “sociedade pós-disciplinar” e, depois, de hipermodernidade, a “segunda revolução moderna”, a “modernidade elevada à potência superlativa” (por não ter havido a superação da modernidade, mas a exacerbação dela).

A era do *pós* melhor se definiria, portanto, como a do *hiper*. Essa era estaria “alicerçada em três axiomas”: o mercado, a eficiência técnica e o indivíduo. Para ele, o ocaso da “modernidade limitada” faz surgir a “modernidade consumada”.

¹⁴ “A questão prática consiste em saber se sua ressurreição, ainda que em nova forma ou encarnação, é possível; ou – se não for – como fazer com que eles tenham um enterro decente e eficaz”. BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 16.

¹⁵ “A sociedade que entra no século XXI não é menos “moderna” que a sociedade que entrou no século XX; o máximo que se pode dizer é que ela é moderna de um modo diferente. O que a faz tão moderna como era mais ou menos há um século é o que distingue a modernidade de todas as outras formas históricas do convívio humano: a compulsiva e obsessiva, contínua, irrefreável e sempre incompleta modernização”. BAUMAN, 2001, p. 40.

¹⁶ BAUMAN, 2001, p. 13.

¹⁷ LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004, *passim*.

Negando a ausência de valores, reconheceu a existência e convivência de uma multiplicidade deles, ainda que em oposição (o cinismo e o materialismo diante do gosto pela sociabilidade, pelo voluntariado, a valorização do amor etc.) — porque “a supermodernidade é integradora”.

Ao notar que o indivíduo do presente tende a condenar e criticar a si mesmo desde tempos bastante remotos, Lipovetsky se distancia de uma visão catastrófica e pessimista e descreve a realidade sem querer fazer esse julgamento. O ser humano na pós-modernidade se encontra num “dilema referencial” (ausência de uma “bússola” de padronização), e esse não é o fim dos tempos.

O otimismo do progresso infinito e da felicidade traduzida no consumo também é por ele rejeitado. Observa-se também a rejeição à hegemonia da lógica consumista. A “modernização desenfreada” torna-se a fuga do indivíduo para dentro de si mesmo; e a hipermodernidade comporta essa autocrítica.¹⁸

3. O SÚDITO, O CIDADÃO E O CONSUMIDOR

Os processos econômico-sociais foram acelerados e profundamente afetados pelas céleres transformações tecnológicas. O desenvolvimento e a agilização dos meios de transporte e comunicação intensificaram os processos de globalização (essa compreendida em sua condição multifacetada).

Transformou-se o processo produtivo, gerencial e mercadológico. A produção dos bens e prestação dos serviços sofreu descentralização espacial, o que permitiu a gestação e o amadurecimento das empresas dotadas de trans ou multinacionalidade, elevando o grau de internacionalização dos mercados e permitindo-se a mobilidade de capitais. Com a expansão da especulação, a possibilidade de se operar sobre índices futuros ou derivativos e de cotação e negociabilidade das *commodities*, aliada à heterogeneidade dos sujeitos, ocorreram profundas mudanças nas relações de consumo e, por conseguinte, nas relações político-sociais.

O caminho da massificação do consumo para a massificação social quase não foi percebido. Rapidamente, a expressão sociedade de massas passou a ter sentido e deu novo sentido a individualização da era pós-industrial.

¹⁸ “Quanto mais nossas sociedades se dedicam a um funcionamento-moda focado no presente, mais elas se vêem acompanhadas de uma onda mnêmica de fundo. Os modernos queriam fazer tábula rasa do passado, mas nós o reabilitamos; o ideal era ver-se livre das tradições, mas elas readquirem dignidade social. Celebrando até o menor objeto do passado, invocando as obrigações da memória, remobilizando as tradições religiosas, a hipermodernidade não é estruturada por um presente absoluto; ela o é por um *presente paradoxal*, um presente que não pára de exumar e “redescobrir” o passado”. LIPOVETSKY, 2004, p. 85.

Contemporaneamente, houve a redução da capacidade regulatória do Estado-nação, a proliferação de ideologias que pregavam a redução desse Estado, a configuração de um sistema internacional multipolar, pautado nas relações centro-periferia: eixos norte-sul, leste-oeste (estratificação do mundo).

A beligerância globalizada acompanhou o reconhecimento da destruição da biosfera e de uma crise ecológica, percebendo-se, assim, a configuração da sociedade de risco. A homogeneização cosmopolita fez expandir-se um sistema de proteção universal dos direitos humanos. A fragmentação ensejou a tentativa de (re)integração a partir da formação de eixos regionais. O global e o regional passaram a conviver com certa estranheza, e, ao mesmo tempo, aceitação um do outro.

Tudo por enquanto descrito admite a justaposição do moderno e do pós-moderno, ou admite a contínua modernização da modernidade, e se explica também num outro enfoque, que não o sociológico: o enfoque econômico.

Durante todo esse período descrito, multiplicaram-se as teorias econômicas, o que, tanto na teoria quanto na realidade, concedeu bastante ambiguidade às questões que envolvem o Estado e o mercado. A racionalização moderna polarizou essas instituições e as colocou em posição de antagonismo constante, trabalhando sempre com códigos binários. Mais Estado, menos Estado; mais regulação, menos regulação; mais liberdade, menos liberdade; mais social, menos individual.

Os problemas pós-industriais, aqueles da sociedade pós-moderna, não mais se resolvem por esses códigos, como já vislumbrado. Os antagonismos tomaram hodiernamente outra significação, e não mais se posicionam como polos opostos, mas como conflitos justapostos. Transpor essa linguagem da sociologia para a economia não exige grande esforço: os economistas tendem a reconhecer a superação da bipolaridade — ou, pelo menos, parecem saber que a redução da realidade para suas fórmulas e seus códigos é uma redução, não uma representação indiscutível e completa do real.

E o que toma destaque, por hora, é a ressignificação do individualismo — o sentido pós-industrial do indivíduo — e a cadeia de contiguidade entre o indivíduo súdito, cidadão e consumidor.

Do indivíduo súdito ao indivíduo cidadão, uma intensa transformação foi protagonista nos planos político e jurídico: as referências ao passado feudal precisavam ser rompidas, e elas o foram, de modo a inaugurar a era da cidadania liberal. Essa passagem já é conhecida na literatura jurídica, e, usualmente, a ela se seguiria uma passagem para a cidadania social e, posteriormente, para a democrática. Essa evolução existe mais na didática das teorias do que, de fato, na realidade.

Tome-se o Brasil por referência, e perde-se um tanto de sentido: não houve aqui feudalismo, mas colonialismo. A industrialização tardia foi repentina: ao longo de poucas décadas do século XX, o Brasil promoveu modificações que, em muitos países europeus, se prolongaram por mais de um século.

É possível fazer um salto e chegar ao indivíduo consumidor, nos moldes que a questão é vislumbrada em termos gerais, embora o indivíduo cidadão brasileiro nunca tenha, em verdade, tomado a frente de qualquer época, por razões que remontam à prática da vida política e da organização do Estado.

A passagem do capitalismo de produção para uma economia de consumo massificada elevou a novidade e a inovação a direitos. Eis o império do novo e do presente, que democratizou a tecnologia e gerou a sensação de riqueza.

Para Lipovetsky¹⁹, o apogeu da sociedade “da moda e do efêmero” se dá com a consagração do presente, a emancipação dos indivíduos e a “desintegração social”. A lógica da sedução destaca a iminência de uma “ditadura do prazer”. Até o bem-estar é consumível. As plasticidades e a descartabilidade das relações sociais não escondem, porém, alguma preocupação com a ética e com o futuro. A previsão e a imprevisão da catástrofe, de um lado desencadeia a “febre escapista do consumo”, de outro, promove a autocrítica.

A sociedade dos indivíduos ou “individualizada”, como denomina Bauman²⁰, embora seu significado mude, ao longo do tempo, traduz a transformação da identidade humana e da divisão da sociedade em classes. A qualificação do indivíduo é uma tarefa do indivíduo, que, conforme Beck, se responsabiliza por sua biografia (“solução biográfica das contradições sistêmicas”), ainda que tal tenha se dado, pelo menos na Europa Ocidental, em correlação direta com o *Welfare State*.

As condições e oportunidades de que dispõem cada indivíduo isolado, embora seja uma questão recorrente, frequentemente têm sido relacionadas com a inevitabilidade da diferenciação sistêmica, que somente poderia ser alterada pelo próprio indivíduo. Essa correlação direta com o *Welfare State* está sendo rejeitada, em função das crises ou dos ciclos de crise econômicos, e se busca a reforma do Estado a partir das reformas econômico-financeiras.

Reich vislumbra essa postura do indivíduo — “de cidadão a consumidor” — na perspectiva das transformações da sociedade estadunidense em relação direta com o contexto econômico. O binômio capitalismo-democracia,

¹⁹ LIPOVETSKY, Gilles. **O império do efêmero**: a moda e seu destino nas sociedades modernas. Tradução de Maria Lúcia Machado. 2ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, *passim*.

²⁰ BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade individualizada**: vidas contadas e histórias vividas. Tradução de José Gradel. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, *passim*.

antes, era integrador, e torna-se, paulatinamente, dissociativo, com o “desmantelamento das velhas instituições” (as grandes corporações, os grandes sindicatos, as agências reguladoras estatais). O político, em sua ótica, perde seu substrato essencial, quando a tecnologia permite a emancipação do indivíduo consumidor, a quem estariam disponível vasta gama de escolhas.²¹

Nesse ponto, Reich e Bauman diferem ferozmente. A vida para consumo, vista por Bauman, é mais uma patologia social e psicológica, que não confere verdadeiras escolhas. Em Reich, o poder de escolha é superdimensionado, determinando, assim, a transformação para o supercapitalismo. O retorno à personalidade cidadã do indivíduo seria fundamental para a participação democrática e a realização, em si, da democracia.

Fato é que as nossas assimetrias do presente não convencem ao retorno ao passado pré-tecnológico, ainda que constriam a buscar nos velhos conceitos, nas velhas distinções e nas velhas estruturas respostas para os problemas que se vislumbram não apenas no agora, mas também no futuro.

O que Adam Smith chamou de “o progresso natural da opulência”, porém, levou a crer no otimismo ingenuamente. Não é porque a vida está melhorando que ela sempre estará, ou assim melhora para uma quantidade cada vez maior de pessoas. E também não é porque há o risco que, necessariamente, haverá a catástrofe. Há de se ter cuidado com o pessimismo, que “só pode oferecer a consolação vazia de estar certo”²².

4. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PÓS-MODERNIDADE

Sem recorrer à descrição da afirmação histórica dos direitos fundamentais, o que se tem por estabelecer, para os fins deste artigo, é que tudo o quanto no presente se aponta como revolução ou transformação no aparato constitucional não pode ser identificado com os axiomas epistemológicos da pós-modernidade.

O neoconstitucionalismo é a primeira corrente que reflete, sim, uma transformação extremamente relevante para a hermenêutica, mas não representa, por si só, a superação ou a modernização da estrutura da modernidade simples. Entende-se, portanto, como equivocada a equiparação da pós-modernidade a questões que sequer remontam a essa mesma condição pós-moderna.

²¹ REICH, Robert B. **Supercapitalismo**: como o capitalismo tem transformado os negócios, a democracia e o cotidiano. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, *passim*.

²² LANDES, David S. **A riqueza e a pobreza das nações**: por que algumas são tão ricas e as outras tão pobres. Tradução de Álvaro Cabral. 12ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 1998, p. 593.

Há de se reconhecer também a diferença em falar de uma Constituição, em termos genéricos, incompletos e que não contemplam as inúmeras variações de formas de Estado e de Constituição, e da Constituição brasileira. A primeira é uma representação presente no imaginário político-jurídico, a respeito do que significa um Estado Constitucional e do que deve estar contido num sistema constitucional. A Constituição brasileira vigente, por sua vez, não é compatível com essa representação de um imaginário eurocêntrico, embora nele tenha buscado inspiração e com ele tenha inúmeras semelhanças.

Essa distinção importa para que não se confundam os processos de afirmação de direitos, embora muitas das dúvidas que hoje se apresentam sejam similares. A crise financeira — ou as crises — coloca em paralelismo as perguntas e também as possíveis respostas. No entanto, não são tema deste trabalho as questões de ajuste fiscal ou de produtividade das economias.

Interessa, por hora, a crise constitucional de hoje, que é a crise da significância e relevância das próprias constituições para o futuro. A Constituição é a inauguração de uma forma de Estado, mas essa forma de Estado, e todos os elementos que a compõem, estão em xeque; a Constituição limita e organiza o Estado, em suas dimensões administrativa, política e econômica, mas a pós-modernidade desconfigurou essas relações; a Constituição grava direitos e garantias fundamentais e abarca as ordens social e cultural, mas também aí a pós-modernidade avançou e levou à incerteza.

Não se pode prever o futuro. Questiona-se, hoje, a forma de Estado, o ideal de democracia (da representação à participação), a percepção de individual e de social e suas ressignificações, a soberania, a nacionalidade e o nacionalismo, a territorialidade, os povos e as etnias, as ideologias, as responsabilidades, o papel que terá a economia, a política, a sociologia, o direito, enfim, a ciência e o conhecimento na definição do novo.

Nada disso significa que a Constituição é descartável. Tampouco é possível, com as dúvidas de hoje, prever o que será amanhã. Talvez as formas de hoje ainda tenham muitos anos até esgotarem sua validade, talvez não. Fato é que a condição pós-moderna implica uma percepção dessa possibilidade limitada, e na aceitação da pergunta “e se isso não for mais útil?” ou “e se isso não for mais adequado?”.

Entretanto, para que se dê essa transição de um paradigma representativo a um participativo, ou para que essas perguntas sejam postas à disposição de um debate democrático, a teoria constitucional se configura como um obstáculo. Especialmente a brasileira, por ter estabelecido cláusulas pétreas e se firmado sob o princípio da vedação ao retrocesso. Para tratar desse debate in-

tergeracional dentro do paradigma vigente, usualmente se recorre a um argumento de autoridade, que é a própria Constituição — e isso porque, no Brasil, num curto período de tempo já se conheceram muitas Constituições.

Assim, curiosamente, parece que aquilo que deveria ser uma cláusula de segurança para a Constituição, se torna uma cláusula de insegurança. Esse efeito tem reflexo direto sobre os direitos fundamentais, ou sobre o que hoje se compreende por direitos fundamentais. A realização deles, cada vez mais, exige a participação e a retomada da cidadania pelo indivíduo-consumidor, mas, pelo lado oposto, se propaga um discurso de que a afirmação desses direitos se impõe por causa da Constituição, a despeito das vontades dos grupos sociais e a partir da forma representativa de Estado.

Necessário, portanto, reorganizar o discurso, reconhecendo as transformações do presente. O próprio processo de institucionalização, ou resgate das instituições, e estabilização do instável deve decorrer do

[...] consenso relativo sobre os valores a realizar e da aptidão do conteúdo do ordenamento para a sua realização perante a consciência dos membros da sociedade e, por outro, da formação das suas normas segundo procedimentos geralmente reconhecidos como idóneos para o efeito.²³

A pergunta inicial deste trabalho se orientava pela organização de uma “mala” para o futuro. Os direitos fundamentais poderiam ser nelas colocados? Ou seriam eles zumbis? As considerações postas, frutos da reflexão sobre a condição pós-moderna e a sociedade de risco e de consumo que tomou forma, conduzem para a tentativa de reafirmação dos direitos fundamentais, dessa vez a partir do paradigma participativo, e não representativo, como predica Comparato²⁴:

Nunca como hoje foi tão urgente e necessário reinventar o mundo, com a participação ativa daqueles que, até o presente momento, na melhor das hipóteses, só foram admitidos a assistir o drama em silêncio da plateia, sem jamais poder subir ao palco: os povos do mundo inteiro.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A modernidade e a pós-modernidade são realidades justapostas em contingência. Antes da superação de uma pela outra, são a exacerbação de seus próprios substratos essenciais. A modernização se moderniza e se volta contra

²³ PINHEIRO, Luís de Lima. **Direito Internacional Privado**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 95. Ver também HABERMAS, Jürgen. **Remarks on Erhard Denningers triad of Diversity, Security and Solidarity**.

²⁴ COMPARATO, Fabio Konder. **Rumo à justiça**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 314.

si mesma. O Ocidente é confrontado por si mesmo; o capitalismo é confrontado por si mesmo.

A estabilização ou normatização dos desvios, dotada da calculabilidade da lógica binária, não mais resolve os problemas nem fornece segurança. Os antagonismos, antes, eram bem-vindos porque faziam parte da estrutura de previsibilidade que se vislumbrava e que permitia as descrições, as conexões e as imputações de relações de causa e efeito. Hoje, os antagonismos se sobrepõem, em vez de se polarizarem. A falta de confiança dá azo aos paradoxos e ambiguidades do tempo presente e inaugura a incerteza do futuro, ao mesmo tempo em que se aproxima dele.

O risco, como vínculo com o futuro, faz parte da condição pós-moderna, que supera a ordem da modernidade. A incerteza e a ambiguidade tomam destaque nas relações sociais, econômicas, políticas e culturais. A sociedade passa a se traduzir pelo risco e pelo consumo, o que pode ser percebido tanto de forma pessimista como otimista, ambas com suas fragilidades nos extremos.

Multiplicaram-se as teorias econômicas, o que, tanto na teoria quanto na realidade, concedeu bastante ambiguidade às questões que envolvem o Estado e o mercado. A racionalização moderna polarizou essas instituições e as colocou em posição de antagonismo constante, trabalhando sempre com códigos binários.

O individualismo da nova era vem ressignificado. O cidadão deixa a democracia de lado e se torna mais consumidor, ao mesmo tempo em que, paradoxalmente, quer retomar seu papel político e ter mais participação na construção da democracia. Essa constante tensão é condição e resultado da pós-modernidade.

A verdadeira crise constitucional, hoje, é a crise da significância e relevância das próprias constituições para o futuro. Questiona-se, hoje, a forma de Estado, o ideal de democracia (da representação à participação), a percepção de individual e de social e suas ressignificações, a soberania, a nacionalidade e o nacionalismo, a territorialidade, os povos e as etnias, as ideologias, as responsabilidades, o papel que terá a economia, a política, a sociologia, o direito, enfim, a ciência e o conhecimento na definição do novo.

Os direitos fundamentais são categoria da modernidade, fundados no paradigma representativo, e estão ameaçados pela incerteza das lógicas constitucionais. As cláusulas de segurança das constituições, quando se opõem a pôr matérias em discussão pública, se convertem em cláusulas de insegurança das constituições.

As considerações postas neste trabalho, frutos da reflexão sobre a condição pós-moderna e a sociedade de risco e de consumo que tomou forma,

conduzem para a tentativa de reafirmação dos direitos fundamentais, dessa vez a partir do paradigma participativo, e não representativo.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Pedro Constantin Tolens. 6ª ed., 7ª reimpressão. São Paulo: Martin Claret, 2011. Título original: Politikón. Tradução cotejada com a tradução inglesa de Benjamin Jowet e a tradução francesa de M. Thurot.

BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade individualizada**: vidas contadas e histórias vividas. Tradução de José Gradel. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

_____. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução de Magda Lopes. Revisão técnica de Cibele SalibaRizek. 2ª ed. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

COMPARATO, Fabio Konder. **Rumo à justiça**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

DURKHEIM, Emile. **Da divisão do trabalho social**. Tradução de Eduardo Brandão. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GADEA, Carlos A. A modernidade e o ocaso do social. *In*: Política e Sociedade / **Revista de Sociologia Política da UFSC**, v. 7, n. 12, abr/ 2008. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/2175-7984.2008v7n12p205/7001>>. Acesso em 13 de junho de 2015.

LANDES, David S. **A riqueza e a pobreza das nações**: por que algumas são tão ricas e as outras tão pobres. Tradução de Álvaro Cabral. 12ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 1998, p. 593.

LIPOVETSKY, Gilles. **O império do efêmero**: a moda e seu destino nas sociedades modernas. Tradução de Maria Lúcia Machado. 2ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

_____. **Os tempos hipermodernos**. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.

PESSOA, Fernando. **O banqueiro anarquista**. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalleObraForm.do?select_action=&co_obra=15729>. Acesso em 15 de junho de 2015.

PINHEIRO, Luís de Lima. **Direito Internacional Privado**. Coimbra: Almedina, 2003.

REICH, Robert B. **Supercapitalismo**: como o capitalismo tem transformado os negócios, a democracia e o cotidiano. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SALDANHA, Nelson Nogueira. **O jardim e a praça**: o privado e o público na vida social e histórica. São Paulo: Edusp, 1993.

* Recebido em 06 jun. 2016.



A FUNÇÃO SOCIAL E SOLIDÁRIA DA EMPRESA NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

*Jordana Viana Payão**
*Mariana Ribeiro Santiago***

Resumo

O presente artigo abordará os efeitos da introdução no ordenamento jurídico brasileiro da supremacia do valor da dignidade da pessoa humana, por meio da Constituição Federal de 1988, diante do atual cenário econômico capitalista globalizado. Destacando a atuação empresarial como palco primordial dos conflitos entre interesses meramente econômicos e privados e os direitos sociais fundamentais do ser humano, demonstra-se que a solidariedade não somente como valor subjetivo do ser humano, mas como mecanismo concretizador de direitos e garantias fundamentais. A esfera dos direitos trabalhistas ganha destaque no que se refere à violação da função social/ solidária empresa, já que a proteção aos direitos trabalhistas e, conforme restará demonstrado ao longo do estudo, a erradicação da exploração da mão de obra análoga a de escravo é fator primordial do desenvolvimento da solidariedade empresarial. Os métodos utilizados na abordagem da temática foram o dialético-jurídico e histórico, conjuntamente à pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave

Empresa; Função Social; Solidariedade; Relações de trabalho; Mão-de-obra escrava.

THE SOCIAL FUNCTION OF THE COMPANY AND SOCIAL SOLIDARITY IN THE AREA OF LABOR RELATIONS

Abstract

This article will address the effects of introducing the Brazilian legal system of the supremacy of the value of human dignity, through the Federal Constitution of 1988, before the current global capitalist economic environment. Highlighting the business activity as the primary stage of the conflict between purely economic and private interests and the fundamental social rights of human beings, we demonstrate solidarity not only as subjective value of the human being, but as concretizing mechanism of fundamental rights and guarantees. The sphere of labor rights is highlighted as regards the violation of the social function / joint company, since protection of labor rights and as remain demonstrated throughout the study, the eradication of exploitation of similar labor slave to it key factor in the development of corporate solidarity. The methods used in the thematic approach were the dialectical-legal and historical, together with research of literature.

* Mestranda em Direito pela Universidade de Marília (Unimar).

** Doutora em Direito pela PUCSP. Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília (Unimar). Editora da Revista Argumentum. Advogada.

Keywords

Enterprise; Social role; Solidarity; Work relationships Labor; Slave labor.

1. INTRODUÇÃO

A ordem constitucional inaugurada pela Carta Magna de 1988 possui, dentre outros méritos, o do reconhecimento da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social como pilares da sociedade, os quais ecoam nos mais diversos ramos do direito e da comunidade com um todo.

Diante desse quadro, a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social foram alçados à qualidade de vetores incontestes, e, conseqüentemente, o cenário econômico precisou adequar-se aos novos valores e princípios inseridos pela ordem constitucional estabelecida.

O ideal puramente liberal cedeu espaço ao social, de modo a efetivar direitos e garantias fundamentais trazidos pela constituição e passíveis de serem reivindicados pelos seus titulares. O Estado assume o papel de garantidor destes direitos e garantias, de modo a proporcionar o mínimo de condições para a sobrevivência digna ao ser humano, incluindo-se aí a educação, saúde, lazer, alimentação, pleno emprego etc.

Porém, diante das infundáveis necessidades da sociedade, o Poder Público, de forma isolada, não obtém êxito na concretização plena de tais premissas, em face das limitações orçamentárias a que está sujeito, fato público e notório.

Surge, então, a necessária interação com o âmbito privado na efetivação dos direitos e garantias fundamentais, ou seja, a conscientização da iniciativa privada de que é preciso contribuir com os aspectos sociais, educacionais e até culturais da comunidade em que está inserida.

As questões que sobrevêm são: qual a relação da função social da empresa e da solidariedade social com o direito do trabalho? Quais os efeitos de uma atuação pró-sociedade da empresa para seus empregados? Como compatibilizar interesses puramente econômicos às necessidades da classe trabalhadora?

O presente estudo visa abordar uma das vertentes influenciadas diretamente pelo primado da dignidade da pessoa humana e solidariedade social, qual seja, a função social e solidária da empresa perante os direitos dos trabalhadores. Para tanto, a abordagem utilizada é a dialética-jurídica, combinada com a pesquisa bibliográfica.

Nesse sentido, cumpre desenvolver uma passagem pelos períodos históricos do direito empresarial, com suas tendências e evoluções, para, na seqüência, enfrentar a temática da função social e da solidariedade social, e, por fim, relacionar tais ideias ao direito do trabalho.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS DA EMPRESA

O direito empresarial, em uma primeira fase, consistia no direito aplicável aos membros de determinada corporação de comerciantes. A partir do século XIX, na França, surge o Código Comercial (1808), com adoção da chamada teoria dos atos de comércio, que estabelecia, basicamente, que aquele que explorasse atividade econômica considerada pelo direito como ato de comércio ou mercancia (compra e venda, indústria, bancos e seguro) estaria sujeito às normas do referido diploma (COELHO, 2014, p. 28).

A teoria dos atos de comércio, diante de suas restrições, foi insuficiente na regulamentação de todas as atividades consideradas comerciais com o decorrer do tempo. Com o desenvolvimento acentuado da economia, no século XIX, auge da Revolução Industrial, a visão do direito comercial volta-se à atividade empresarial de uma forma ampla, dando abertura para o surgimento da teoria da empresa, em 1942, na Itália.

A teoria da empresa amplia o campo de atuação do direito comercial, incorporando atividades até então excluídas pela teoria dos atos de comércio, deixando de dividir as atividades econômicas em dois grandes grupos, civil e comercial, mas prevendo de forma ampla, as atividades econômicas, a exceção das atividades intelectuais, de natureza literária, artística ou científica (COELHO, 2014, p. 29).

Em 1850, no Brasil, é promulgado o Código Comercial, fortemente influenciado pela teoria dos atos de comércio. Porém, a entrada em vigor do atual diploma civil, no ano de 2002, promoveu a unificação das obrigações civis e comerciais, pela influência italiana, e os ideais da teoria da empresa foram abarcados pelo âmbito empresarial.

Na realidade, como ressalta Miguel Reale (1986, p. 6), essa unificação já se observava há muito tempo na prática, em virtude da antiguidade do Código Comercial. A atividade empresarial é na verdade uma especificação do direito das obrigações, uma projeção natural e imediata deste. É por essa razão que o direito de empresa (Livro II) surge no Código de 2002 como consequência imediata do direito das obrigações (Livro I).

A unificação do direito das obrigações, entretanto, não é novidade no panorama jurídico nacional, já havia sido proposta no Esboço de Código Civil de Teixeira de Freitas (de 1864), além do que não segue à risca o modelo italiano, que estende a unificação ao campo do direito do trabalho.

O Código de 2002 revogou a parte primeira do Código Comercial (arts. 1º-456). A parte terceira (arts. 797-913) já havia sido revogada pela Lei de Falência. Em relação ao Código Comercial, atualmente só está em vigor a sua parte segunda, que trata do comércio marítimo, com exceção do título IX (Do

naufrágio e salvados — arts. 731/739), anteriormente revogado pela Lei 7.542/86, em vigor¹.

De acordo com Rubens Requião (1978, p. 32), a empresa, em síntese, no sentido econômico, pode ser definida como uma organização de fatores de produção.

Por esse conceito, uma vez que a empresa está inserida na ordem econômica, como agente organizador da atividade produtiva e gestora de propriedades privadas, conclui-se que a limitação constitucional que condiciona a livre iniciativa e a propriedade a uma função social repercute diretamente na empresa, impondo-lhe também uma função social, à semelhança do que ocorre com o contrato.

A esse respeito, vale lembrar a lição de Jaime Santos Briz (1966, p. 26), para quem “*la libertad de industria en sentido amplio (como libertad de creación de empresas y libertad de economía) encierra la libertad de competencia, la libertad de contratación, la de producción y la de consumo*”. Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho (2014, p. 24), a atividade empresarial, objeto de estudo do direito empresarial, pode ser considerada como:

A articulação de fatores de produção, que no sistema capitalista são quatro: capital, mão de obra, insumo e tecnologia. [...] estruturar a produção ou circulação de bens ou serviços significa reunir os recursos financeiros (capital), humanos (mão de obra), materiais (insumo) e tecnológicos que viabilizem oferecê-los ao mercado consumidor com preços e qualidade competitivos.

Ao longo do tempo, os princípios norteadores da atividade empresarial, antes pautados primordialmente na lucratividade como finalidade única da empresa, evoluíram e continuam a evoluir, em direção a uma amplitude superior a tudo o que era tido por “empresa”.

Considerar a mão de obra como mero fator de produção ou mecanismo operacional para produção e circulação de produtos e serviços e, conseqüente, obtenção de lucro já não parece tão apropriado perante as novas premissas traçadas pelos direitos garantias fundamentais previstos na Constituição.

Nesse sentido, o papel desempenhado pelas empresas neste século deve transcender o ideal exclusivamente lucrativo, uma vez que, atualmente, o cunho social representado por estas atinge muito mais a sociedade que própria atividade econômica desenvolvida (OLIVEIRA e SANTOS, 2016).

É clarividente a transição do direito empresarial de um patamar eminentemente privado em direção a ideais voltados também ao coletivo. O perfil

¹ Atualmente tramita no Congresso o Projeto de Lei 1.572/2011, o qual prevê a implementação de um novo Código Comercial.

do empresário bem sucedido já não se resume aquele com maior competitividade no mercado ou cujo patrimônio é mais robusto, mas passa a ser valorizada aquela empresa com iniciativas sociais, educacionais e culturais, ou seja, que agreguem à comunidade como um todo.

Pois bem, a construção de um ambiente corporativo voltado também às contingências sociais está em andamento. A conscientização de que a busca pelo lucro precisa ser relativizada perante as fragilidades humanas do semelhante ainda é prematura, porém, o reconhecimento da função social e solidária da empresa é ponto essencial nessa luta, conforme será tratado a seguir.

2. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Redefinidos pela ordem constitucional inaugurada em 1988, os pilares do direito privado (autonomia da vontade e a propriedade) são inspirados agora pelo paradigma da função social e da solidariedade, tendo em vista a busca pela justiça distributiva e social como fim do princípio da dignidade da pessoa humana.

O exercício do próprio direito individual, no caso o direito de explorar uma atividade econômica (livre iniciativa), na perspectiva da nova ordem constitucional, só é legítimo quando se coaduna com o interesse social.

A ordem econômica constitucional, conforme prevê o artigo 170, da Carta Magna, possui como fundamento a valorização do trabalho humano ao lado da livre iniciativa e visa garantir a todos a existência digna, nos ditames da justiça social, pautada, ainda, nos seguintes princípios, dentre outros: função social da propriedade, defesa do meio ambiente e a busca do pleno emprego.

O dispositivo constitucional não poderia ser mais claro quanto aos pilares privilegiados pela ordem constitucional, quais sejam, essencialmente, a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social, que se irradiam em todos os aspectos da ordem econômica atualmente.

No Brasil, a função social foi inserida no texto constitucional de 1946, em detrimento da propriedade, que pioneiramente estabeleceu a possibilidade de desapropriação por interesse social, ainda que não houvesse a expressão literal “função social”, fato que só ocorreu na Carta de 1967, prevista como um dos princípios da ordem econômica e social a função social da propriedade².

² A função social da propriedade repercute diretamente na atividade que é desenvolvida na propriedade, logo, emerge disso a função social da empresa. Em que pese a doutrina majoritária

Enfim, com o advento da Constituição de 1988 houve uma previsão mais abrangente, conforme os dispositivos 5º, caput e inciso XXII, e 170, inciso II e III. A partir daí, todo o ordenamento jurídico pretendeu adequar-se à nova premissa trazida pela função social. Por exemplo, o artigo 1228, § 1º, do Código Civil de 2002, dispôs que a propriedade deverá estar em consonância com a finalidade social, bem como, no que se refere aos contratos, o artigo 421 materializa o princípio da função social.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 930) teceu comentários a respeito da temática, no seguinte sentido:

Numa primeira acepção, considerar-se-á que a “função social da propriedade” consiste em que esta deve cumprir um destino economicamente útil, produtivo, de maneira a satisfazer as necessidades sociais preenchíveis pela espécie tipológica do bem (ou pelo menos não poderá ser utilizada de modo a contrariar esses interesses), cumprindo, destarte, às completas sua vocação natural, de molde a canalizar as potencialidades residentes no bem em proveito da coletividade (ou, pelo menos, não poderá ser utilizada de modo a adversá-las).

A função social da empresa possui o mesmo sentido, ou seja, a empresa deve cumprir com as finalidades principais para as quais fora estruturada, uma vez que são úteis ao desenvolvimento econômico do país. Por outro lado, não pode atuar inerte á realidade social, educacional, cultural do meio em que se encontra, devendo contribuir com o cumprimento dos direitos e objetivos constitucionais, que, por óbvio, vão além do estatuto da empresa.

O termo “função social” padece de certa indeterminação propositalmente utilizada pelo Direito contemporâneo com a finalidade de permitir a amplitude de interpretação, direcionando o direito privado aos objetivos fundamentais da República, atualizando-o, outrossim, às transformações dos valores adotados pela sociedade, de maneira que ela tem a vantagem de tornar o Direito privado um sistema flexível, voltado ao atendimento dos direitos fundamentais num sentido concreto (CARDOSO, 2013, p. 201).

Pode-se afirmar, conseqüentemente, que limitar a empresa mediante sua sociabilidade ou função social significa a democratização e moralização do

não identificar uma dicotomia entre os dois institutos, considerando que a função social da empresa de fato decorre da função social da propriedade, interessante citar o apontamento de Rafael Vasconcellos Pereira: “é importante realçar o caráter independente da função social da empresa em relação ao princípio da função social da propriedade privada, equivocadamente compreendido aquele como decorrência deste. Pois, da análise simples do ordenamento jurídico, conclui-se pela perfeita autonomia lógico-legal de ambos os princípios, até porque a empresa é sujeito de direito e sua atividade que deve ser exercida com observância da função social (Função Social da empresa. **DireitoNet**, 19 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1988/Funcao-social-da-empresa>> .).

governo da empresa e a realização de uma conduta que atenda aos superiores interesses do país e da sociedade (WALD, 2003, p. 854).

Maria Helena Diniz (1998, p. 613) define a função social da empresa como “o exercício pelo administrador da sociedade por ações das atribuições legais e estatutárias para a consecução dos fins e do interesse da companhia, usando do seu poder de modo a atingir a satisfação das exigências do bem comum.” No mesmo sentido, Eduardo Tomasevicius Filho (2003, p. 40) afirma que a função social da empresa constitui um poder-dever por parte do empresário e dos administradores da empresa de harmonizarem as atividades desta com o interesse da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres positivos e negativos.

Uma vez imprimido pela Ordem Constitucional a prevalência da Dignidade da Pessoa Humana perante os demais direitos, em especial, os iminentemente individuais, gera a conscientização de que a atuação do particular pode repercutir na órbita dos direitos da coletividade, ainda mais quando a capacidade econômica que detém lhe permite atuar de modo egoístico e indiferente em relação aos demais membros da sociedade.

A função social visa compatibilizar os interesses individuais aos interesses coletivos, afinal, o Estado, de maneira isolada, não consegue atender a todas as demandas sociais. Logo, a função econômica, financeira e competitiva da empresa deve coadunar-se à função eminentemente social.

Em contrapartida, o ambiente empresarial possui estrutura, capital e pessoal capacitado para o desenvolvimento de projetos bastante vantajosos para o coletivo, que estão além da sua função social, mas se coadunam perfeitamente com a ideia de solidariedade social, do que a sociedade não pode prescindir, conforme será analisado a seguir.

3. FUNÇÃO SOLIDÁRIA DA EMPRESA

A Constituição Federal estabelece, no artigo 3º, os objetivos da República Federativa do Brasil, entre os quais, no inciso I, “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Na condição de Constituição dirigente que é, prevê ideais a serem perseguidos por toda a sociedade, na concretização de tais objetivos republicanos. Eros Grau (2015, p. 212), interpretando o dispositivo, aduz que:

Sociedade livre é sociedade sob o primado da liberdade, em todas as suas manifestações, e não apenas enquanto liberdade formal, mas sobretudo como liberdade real. Liberdade da qual, neste sentido, consignado no art. 3º, I, é titular- ou cotitular, ao menos, paralelamente ao indivíduo- a sociedade. Sociedade justa é aquela,

na direção do que aponta o texto constitucional, que realiza justiça social, sobre cujo significado adiante me deterei. Solidária, a sociedade que não inimiza os homens entre si, que se realiza no retorno, tanto quanto historicamente viável, à *Gesellschaft* - a energia que vem da densidade populacional fraternizando e não afastando os homens uns dos outros.

Comentando o art. 3º, I, da Constituição brasileira, José Afonso da Silva (2009, pp. 46-47) assevera:

O que a Constituição quer, com esse objetivo fundamental, é que a República Federativa do Brasil construa uma ordem de homens livres, em que a justiça distributiva e retributiva seja um fator de dignificação da pessoa e em que o sentimento de responsabilidade e apoio recíprocos solidifique a ideia de comunidade fundada no bem comum. Surge aí o signo do Estado democrático de direito, voltado à realização da justiça social, tanto quanto a fórmula liberdade igualdade e fraternidade o fora no Estado liberal proveniente da Revolução Francesa.

Ao tentar precisar o alcance da palavra solidariedade, Paulo Luiz Netto Lôbo (2009, p. 81) afirma que esta,

como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e auto-determinado que impõe a cada pessoa deveres de cooperação, assistência, amparo, ajuda e cuidado em relação às outras. A solidariedade cresce de importância na medida em que permite a tomada de consciência da interdependência social.

A solidariedade social realiza-se, então, como um ato complexo, no qual concorrem o Poder Público e a própria sociedade, apontando a Constituição Federal as diretrizes ideológicas, políticas e jurídicas para sua otimização e implementação, ao acolher os princípios da dignidade humana e do pluralismo social e político (DINIZ, 2007, p. 173).

O desenvolvimento econômico no cenário globalizado atual fomenta a competitividade e a busca incessante pelo lucro, em especial no âmbito corporativo, onde a regra é redução de custos e elevação de capital. A consciência social perde espaço diante do interesse puramente econômico que prevalece nas atividades empresariais, acentuado pelo individualismo exacerbado que faz desaparecer sentimentos fraternos e solidários.

Aspectos injustos da modernidade trouxeram a miséria, a desigualdade e a injustiça social, passando o Estado a assegurar e prevenir tais riscos sociais, mediante sistemas de proteção de trabalho e regimes de previdência, pautados em ditames de solidariedade social.

Para mudar essa situação de individualismo e, conseqüentemente, de desagregação social, o princípio da solidariedade, antes que isso um valor, ingressa no sistema jurídico como uma forma de atribuir significado ao próximo, correlacionando-se a um modo de despertar a intencionalidade humana em reconhecer a existência do outro, porque conduz o comportamento à consciência perceptiva do seu ambiente social (CARDOSO, 2013, p. 157).

Alenilton Cardoso diferencia os direitos da solidariedade do princípio da solidariedade, os primeiros consistem nos direitos sociais, econômicos e culturais previstos pela Constituição Federal, devendo ser implementados pelo Estado como garantia à dignidade da pessoa humana. São chamados pela doutrina como direitos fundamentais de terceira geração, tais como, o direito ao meio ambiente sadio, direito à paz etc. (2013, p. 157).

O princípio da solidariedade, segundo o referido autor, é mais amplo, já que não se limita ao vínculo do Estado perante à sociedade, mas entre os indivíduos integrantes da sociedade e seus pares e o Estado, na esfera ética, política, econômica, cultural, jurídica etc (CARDOSO, 2013, p. 157).

Fraternidade e solidariedade não são sinônimos, mas complementam-se, pois, enquanto a segunda se exprime nos variados modos de auxílio ao semelhante e de agir em conjunto ao próximo, a primeira é mais abrangente, expressando valores como amor, tolerância e respeito ao outro, bem como, um agir em benefício ao próximo, altruísmo mesmo, filantropia (GRECO, 2005, p. 174).

José Casalta Nabais (2005, p.112) em análise da solidariedade expõe que

:

Daí também que a solidariedade, enquanto fenômeno estável ou duradouro e mais geral, se refira à relação ou sentimento de pertença a um grupo formação social, entre os muitos grupos ou formações sociais em que o homem manifesta e realiza atualmente sua *affectio societatis*, dentro dos quais sobressai naturalmente a comunidade paradigma dos tempos modernos — o Estado. Do que resulta que a solidariedade pode ser entendida quer no sentido objetivo, em que se alude à relação de pertença e, por conseguinte, de partilha e de co-responsabilidade que liga cada um dos indivíduos à sorte e vicissitudes dos demais membros da comunidade, quer em sentido subjetivo e de ética social, em que a solidariedade exprime o sentimento, a consciência dessa mesma pertença à comunidade.

A ideia de solidariedade expressa a empatia perante as dificuldades do próximo, ou seja, a conscientização de que esforços mútuos são frutíferos, que não cabe exclusivamente ao Estado suprir necessidades sociais, até por ser tarefa inviável, logo, o papel do cidadão individualmente considerado e mais

ainda, organizado em instituições privadas, ganha destaque e relevância social. Ultrapassa a filantropia ou a caridade, alcança mais do que meras ações sociais.

A cidadania solidária torna-se um aspecto fundamental nesse sentido, quando o cidadão assume um novo papel, ciente de que seu protagonismo ativo na vida pública já não se limita ao controle do exercício dos poderes estatais. Mas, acima de tudo, alcança a assunção de responsabilidades, encargos e deveres que derivam dessa mesma vida pública e que ultrapassam a competência exclusiva do Estado (NABAIS, 2005, p.112).

A empresa desenvolve papel fundamental nesse sentido, na condição de combustível da economia do país, não deve ficar limitada ao seu fim primordial que é a busca pelo lucro, mas possuir vetores de atuação voltados às necessidades sociais, conforme sua capacidade, seja no âmbito local, seja em maior abrangência.

A função solidária da empresa expressa justamente a junção dos conceitos de solidariedade e cidadania na atividade econômica, ao lado da função social da empresa, busca uma atuação mais humana na atividade empresarial, uma atuação mais positiva, com ações concretizadas.

Sob a ótica dos contratos, porém, útil à compreensão da temática da solidariedade, Lívia G. B. Campello e Mariana R. Santiago (2015) explicam que não se deve confundir-la com os conceitos de boa-fé objetiva e função social dos contratos. A função social dos contratos obriga os contratantes a não se afastarem das expectativas sociais, referentes a um dado negócio, não se desviando para propósitos inúteis ou contrários à coletividade, sob pena de se observar a interferência estatal na readequação do negócio. O princípio da solidariedade nos contratos possui uma conotação diversa, pois agrega uma ideia de que se deve também colaborar, por meio do negócio, para o desenvolvimento da sociedade, numa perspectiva de auxílio às pessoas, de uma forma positiva, inclusive sob o ângulo das gerações futuras.

Ou seja, realizando um paralelo com o direito de empresa, as atividades empresariais devem proporcionar melhorias de variada ordem no meio social. Além da geração de empregos e circulação de bens e serviços, deve contribuir ao desenvolvimento social, melhoria das condições ambientais e urbanas da região em que se encontra, realizando investimentos na esfera educacional etc. O campo de atuação é vasto e carente de dedicação nesse sentido.

Logo, o espectro trabalhista é essencial à saúde empresarial. O respeito à dignidade humana dos trabalhadores é o mínimo que se espera dos empregadores. Porém, no aspecto interno da função solidária da empresa, e uma vez que toda atividade econômica atinge os mais diversos setores da sociedade, a atuação conforme os ditames da solidariedade deve ultrapassar o âmbito interno das pessoas jurídicas, alcançando a realidade social como um todo.

No geral, a função solidária da empresa agrega a função social, alcança a proteção ao meio ambiente, mediante o desenvolvimento de ações sustentáveis, a instituição de projetos sociais conforme a necessidade da região em que se encontra a empresa, enfim, ressalta a essencial atuação proativa da corporação com aspectos humanos, mediante investimentos em áreas diversas da meramente lucrativa. Nesse sentido Manoel de Queiroz Pereira Calças e Simone Bento (2015) explicam:

A empresa pode agir com responsabilidade solidária direcionando suas ações para seus próprios empregados, como, por exemplo, ensejando boas condições no local de trabalho, conforto, qualidade de material, segurança, salários justos e incentivos, plano de carreira, treinamento tecnológico, atividades educacionais, culturais e de lazer, contratação de deficientes e idosos. As ações da empresa podem também se dirigir aos familiares de seus empregados, fornecendo clubes para lazer e prática de esportes, creches, escolas, planos de saúde, educação continuada etc. O respeito aos direitos humanos como não exploração de mão-de-obra infantil, não utilização do chamado trabalho escravo, adoção de conduta baseada na igualdade das pessoas, sem levar em conta a diferença de sexo, religião, nacionalidade ou raça.

Ao que parece a solidariedade consiste em uma possível solução para uma sociedade desigual e injusta, mediante o reconhecimento dos valor absoluto da dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, dos preceitos de Justiça distributiva e social, e, conseqüentemente, da funcionalização dos institutos de direito privado.

A função solidária da empresa ultrapassa os deveres a serem cumpridos pela empresa, conforme estabelece a legislação ou o próprio estatuto, mas repousa naquelas iniciativas voluntárias e que representem um impacto diferenciado na comunidade. Deve, nesse sentido, exteriorizar o sentimento de solidariedade, de visão do próximo propriamente dito.

4. REFLEXOS DO NOVO PAPEL DA EMPRESA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

O impacto da globalização na esfera empresarial é inquestionável, porém, os efeitos experimentados nas relações de emprego merecem atenção. O mercado econômico atual desconhece fronteiras, tanto pelos avanços tecnológicos, como pela inter-relação natural entre os países ao redor do globo. Em decorrência disso, foi acentuada a competitividade empresarial na conquista de mercados.

Note-se um cenário de reestruturação produtiva dentro das empresas, em que a regra é a redução de custos e a otimização da produção para a majoração dos lucros. O impacto no âmbito trabalhista é brutal, desencadeando o desemprego estrutural, dando espaço à informalidade como estratégia de redução de gastos, além de produzir ambientes de trabalho nocivos, com trabalhadores atuando mediante pressão e competitividade.

A preocupação com o meio ambiente de trabalho é tipicamente pós-moderna, posto que, com a intensa urbanização e industrialização, multiplicaram-se os acidentes de trabalho e as doenças profissionais, sejam de natureza física ou psíquica. Diante disso, uma contingência aparentemente interna da empresa passa à responsabilidade da sociedade, por meio dos auxílios e aposentadorias da Previdência Social.

É dentro dessa lógica que, ao tratar das atribuições do Sistema Único de Saúde, a Constituição Federal, no seu artigo 200, VIII, estabelece a obrigação de colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o meio ambiente do trabalho.

Fora isso, a qualificação internacional do direito ao meio ambiente como direito fundamental, nos termos da Declaração de Estocolmo de 1972, reafirmada pela Declaração do Rio de Janeiro de 1992, deixa evidente a magnitude do tema ora tratado, com clara conexão, ainda com os princípios da dignidade humana e da solidariedade social.

De acordo com Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2010, p. 73), o meio ambiente do trabalho pode ser definido como

o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independentemente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos etc.).

A própria Carta Constitucional reconheceu, ainda, o valor social do trabalho como fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, IV), tornando indissociável a exploração de uma atividade econômica com a responsabilidade social da empresa (artigo 170). Porém, há ainda um longo caminho a percorrer até que o país atinja o padrão idealizado pelo legislador constituinte.

Nesse contexto, o empregador não é responsável apenas pelo cumprimento das obrigações trabalhistas legais, como a quitação dos salários, férias, horas extras ou concessão de intervalor para descanso, mas também por garantir um ambiente de trabalho sadio, dinâmico e que proporcione ao empregado condições dignas de desenvolvimento.

No Brasil, em que pese a abolição centenária da escravidão, ainda há registros de exploração dos trabalhadores em regime de escravidão. Apenas em 2013, por exemplo, o Ministério Público instaurou 702 procedimentos para apurar denúncias de casos de trabalhadores em condições análogas à escravidão (submissão a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva; condições degradantes de trabalho; restrição, por qualquer meio, de locomoção em razão de dívida com o empregador ou preposto) no País.³

Costumeiramente esse tipo de mão de obra é empregada em atividades econômicas, desenvolvidas na zona rural, como a pecuária, a produção de carvão e os cultivos de cana-de-açúcar, soja e algodão. Nos últimos anos, essa situação também tem sido verificada em centros urbanos, especialmente na indústria têxtil, construção civil e mercado do sexo.⁴

Segundo dados do Ministério do Trabalho e do Emprego, em 2013, 2.063 trabalhadores foram resgatados de situação análoga a de escravo -1.068 estavam no meio urbano. No período, a pasta realizou 179 operações de fiscalização. Do total de resgatados, 278 trabalhadores eram estrangeiros, sendo 121 haitianos, 104 bolivianos, 45 paraguaios e oito peruanos, os demais eram brasileiros.⁵

No âmbito rural, o setor sucroalcooleiro destaca-se negativamente nos índices de exploração da mão de obra escrava, a labuta por si só já é excessivamente árdua, ademais, com o aumento da produção para fazer frente à competitividade no mercado econômico, a média de extração por cortador de cana que em 1960 era de duas toneladas por dia é hoje doze toneladas por dia. O pagamento por produtividade comum nesse âmbito, transfere ao trabalhador a responsabilidade pelo ritmo de trabalho, o que é degradante tanto física quanto mentalmente.⁶

A exploração da mão de obra escrava viola frontalmente a dignidade da pessoa humana e, por consequência, toda a ordem constitucional. A mentalidade exclusivamente capitalista do empresariado encara o trabalhador como mercadoria, um aspecto típico do regime escravagista.

³ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **MPF apresenta dados do combate ao trabalho escravo no Brasil**. Disponível em: <<http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2014/mpf-apresenta-dados-do-combate-ao-trabalho-escravo-no-brasil>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

⁴ ONG Repórter Brasil. Disponível em <<http://escravonempensar.org.br/sobre-o-projeto/o-trabalho-escravo-no-brasil/>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

⁵ MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2014/05/apos-15-anos-pec-do-trabalho-escravo-e-aprovada-por-unanimidade>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

⁶ ONG Repórter Brasil. **O trabalho escravo no Brasil**. Disponível em <<http://escravonempensar.org.br/sobre-o-projeto/o-trabalho-escravo-no-brasil/>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

Após 15 anos de tramitação a PEC 438/2001, chamada PEC do trabalho escravo, foi aprovada pelo Congresso Nacional em 2014, que dá nova redação ao art. 243 da CF/88 e determina a expropriação da gleba onde for constatada a exploração de trabalho escravo, com a sua consequente destinação à reforma agrária, revertendo a área prioritariamente ao assentamento dos colonos que já trabalhavam na respectiva gleba.

Logo, perante a Constituição Federal, só é legítima a propriedade e a empresa destinadas ao cumprimento da função social.

Nesse sentido José Aparecido Camargo e Leda Maria Messias da Silva (2015) explicam que:

Daí que é fundamental um ambiente hígido em todos os aspectos, garantindo ao trabalhador uma existência digna conforme os ditames da justiça social, porque as relações e reações que nele e dele fluem, afetam, ou podem afetar toda a sociedade, inclusive aqueles próximos ou integrantes do ambiente privado do trabalhador, sua família e outros no âmbito de sua intimidade.

A empresa não pode esquivar-se dessa responsabilidade de cunho nitidamente social, humano, ou seja, consiste em clara expressão da função social da empresa o fomento a práticas que valorizem o ambiente de trabalho. O reconhecimento do trabalhador como ser humano, ao invés de simples peça operacional da produção na empresa ou um aspecto mercadológico apenas, é inerente aos ditames constitucionais pautados na dignidade da pessoa humana.

A função solidária ultrapassa o ambiente corporativo interno, ou seja, o ideal é que as iniciativas a favor do mercado de trabalho sejam desenvolvidas em benefícios da sociedade como um todo, não ficando restritas aos trabalhadores ligados diretamente à empresa. Nesse sentido, projetos de educação, lazer, cultura etc. devem ser acessíveis pelo maior público possível. Afinal, essa é a ideia da função solidária, ultrapassar limites corporativos e alcançar a comunidade.

No que se refere às iniciativas educacionais, por exemplo, Carolina Vieira Mercante (2012, p. 107) expõe:

É prudente ressaltar que, sob a justificativa da constante necessidade de aperfeiçoamento do trabalhador e da polivalência dele exigida pelo mercado globalizado, o setor empresarial possui uma inclinação para desenvolver atividades ligadas ao desempenho dos empregados em seus locais de trabalho. No entanto, as iniciativas empresariais sofrem críticas de estudiosos na área da educação, por serem intensamente voltadas ao treinamento de funções restritas à atividade produtiva da empresa, aproximando-se de um adestramento do trabalho, e não de um ensino

científico-tecnológico que o estimule á reflexão e ao pensamento crítico.

A empresa deve reconhecer o papel essencial que desempenha na construção da sociedade. Nessa linha, Anelinton Cardoso (2013, p. 289) assevera que:

o Direito Privado hodierno procurar dar á empresa a maior relevância social possível, pois a visão de um direito individualístico não favorece o desenvolvimento da sociedade, pelo contrário, conduz a injustiça cruel, o que foi pressuposto pelo constituinte originário do art. 170, caput, Lei Maior, ao positivar uma ordem finalística á livre iniciativa econômica, a partir da noção de valorização social do trabalho, existência humana digna e Justiça social.

Existem diversos mecanismos de concretização da função social e solidária da empresa no âmbito trabalhista, como a inserção da pessoa portadora de deficiência, o investimento em um meio ambiente do trabalho saudável e plural, a participação dos empregados na divisão dos lucros e da gestão empresarial, conforme prevê o texto constitucional no art. 7º, inciso XI etc.

A gestão é relevante no aperfeiçoamento das relações empresariais, já que insere os empregados no conjunto administrativo e organizacional da empresa. O ambiente laboral interage com o sistema social mais amplo que integra, do qual recebe e sobre o qual exerce influências. Sendo assim, a responsabilidade social empresarial é indissociável da economia propriamente dita.

CONCLUSÃO

Conforme previsto na Constituição Federal, artigo 170, a valorização do trabalho humano ao lado da livre iniciativa fundamenta a Ordem Econômica, no objetivo de garantir a todos a existência digna, nos ditames da justiça social, pautada na função social da propriedade, defesa do meio ambiente e a busca do pleno emprego.

Logo, a compatibilização entre os interesses privados do empresariado e os interesses sociais que respaldam a justiça social é um desafio constante, e o direito de empresa, sempre voltado á produção e circulação de bens e serviços e, conseqüente, geração de lucro, deve voltar-se a anseios menos mercadológicos, como cumprir com a função social e solidária.

O desenvolvimento de ações sociais voltadas à proteção do meio ambiente, ao repúdio do trabalho escravo, à inserção das pessoas portadoras de deficiência no mercado de trabalho, ao aperfeiçoamento educacional e profissionalizante dos cidadãos, bem como à manutenção de um ambiente de trabalho

ético, harmonioso e saudável, consiste em apenas alguns dos mecanismos aptos a concretizar a nova ideologia que se estabeleceu no âmbito corporativo desde a ordem constitucional de 1988.

Junto ao fim primordial de qualquer empreendimento empresarial deve estar o fim maior, qual seja, a garantia ao valor da dignidade da pessoa humana, de modo a compactuar com a nova ordem constitucional. Não obstante as previsões constitucionais e infraconstitucionais, além da própria jurisprudência, falta ainda certa conscientização do empresariado da proporção da influência que possui na sociedade como um todo, além da aptidão que possui de transformação social. O mero cumprimento de obrigações legais nem se aproxima do ideal e do possível em termos de função social, solidariedade e humanidade, preceitos tão em falta em tempos de globalização e competição acirrada.

Ademais, a constatação de que a exploração de mão de obra escrava ainda é uma realidade no país é desoladora e clama por uma intervenção estatal enérgica, com duras punições patrimoniais e pessoais.

Em contrapartida, lançando mão da extrafiscalidade, como mecanismo de premiação às empresas que desenvolvam iniciativas de combate a tais práticas, o Estado pode auxiliar na efetivação da função social e solidária da empresa, o que seria extremamente salutar nos tempos atuais e suas demandas.

REFERÊNCIAS

BRIZ, Jaime Santos. **La contratación privada: sus problemas en el tráfico moderno**. Madri: Montecorvo, 1966.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira; BENTO, Simone. **A Empresa: Responsabilidade Solidária e Sustentabilidade**. Disponível em < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=674f3c2c1a8a6f90> > Acesso em 13/11/2015.

CAMARGO, José Aparecido; SILVA, Leda Maria Messias da. **O ambiente de trabalho e a integridade psicossomática do empregado**. Disponível em: < http://www.josecamargo.com.br/images/Artigos_Autor/O_ambiente_de_trabalho_e_a_integridade_do_empregado.pdf > Acesso em 16/11/2015.

CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **Função solidária: a terceira dimensão dos contratos**. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7283518d47a05a09> > 10.11.2015.

CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da Solidariedade: O paradigma ético do Direito Contemporâneo**. Ed. Ixtlan. São Paulo, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Estado social e o princípio da solidariedade. **Nomos: Revista do Curso de Mestrado em direito da UFC**. Fortaleza, v. 26, pp. 171-185, janeiro-junho de 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, vs. 2-4, 1998.

FIORILLO Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição Federal de 1988**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

GRECO, Marco Aurélio. **Solidariedade social e Tributação**. In: **Solidariedade social e tributação**. GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. (Coords.) São Paulo: Dialética, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Novos aspectos da função social da propriedade no direito público. In: **Doutrinas Essenciais Direito Constitucional**. CLEVE, Clemerson Merlim; BARROSO, Luís Roberto (coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. VI, 2011.

MERCANTE, Carolina Vieira. **A responsabilidade social empresarial como meio propulsor da efetivação dos direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2012.

NABAIS, José Casalta. Solidariedade Social, Cidadania e Direito fiscal In: **Solidariedade social e tributação**. GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Coords.) São Paulo: Dialética, 2005.

OLIVEIRA, Lourival José de; SANTOS, Altair Cesar Ramos dos; BRENDA, Francyni Shiavon; SANTAROSA, Lina Andrea. **Função Social e Responsabilidade Social da Empresa nas relações de trabalho no Brasil**. Artigo apresentado na IX ENINCE, publicado nos Anais. Disponível em <http://www.faccar.com.br/eventos/enince/2010/anais2.php>. Acesso em 14 março de 2016.

PEREIRA, Rafael Vasconcellos de Araújo. Função Social da empresa. Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1988/Funcao-social-da-empresa> >. Acesso em 19.11.2015.

REALE, Miguel. **O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1986.

REQUIÃO, Rubens. A co-gestão: a função social da empresa e o Estado de direito. **Revista Forense**, São Paulo, a. 74, v. 262, pp. 31-39, abr.-jun./1978.

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

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **A função social da empresa.** Revista dos Tribunais. São Paulo, a. 92, v. 810, pp. 33-50, abr. 2003.

WALD, Arnaldo. **O empresário, a empresa e o Código Civil.** In: FRANCIULLI, Domingos e al. (coord.). **O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale.** São Paulo: LTR, pp. 838-855, 2003.

* Recebido em 22 mar. 2016.



QUAIS ERAM OS SONHOS DOS PAIS FUNDADORES? UMA ANÁLISE DO PROCESSO HISTÓRICO DE FORMAÇÃO DO ESTADO NORTE AMERICANO

*Júlio Edstron Secundino Santos**

*Marcus Firmino Santiago***

*Renata Calsing Assis****

Resumo

O pensamento conservador tem-se feito presente de maneira ampla nas principais instâncias decisórias norte americanas, especialmente sua Suprema Corte. Uma característica desta linha ideológica é a defesa de uma interpretação constitucional capaz de permitir a máxima expressão das vontades e valores vigentes na época em que seu texto foi elaborado. Há que se questionar, contudo, quais seriam as ideias dominantes entre os chamados pais fundadores dos Estados Unidos. É possível identificar com clareza uma vontade social hegemônica? Até que ponto existiria uma linha ideológica coesa que possa ser resgatada nos tempos atuais? O presente estudo se propõe a recuperar os fundamentos conceituais presentes no período de formação do Estado norte americano e os debates travados naquele momento a fim de demonstrar que não existia uma vontade única, tampouco um conjunto tão claro de convicções a orientar o pensamento constitucional de 1787.

Palavras chave

Estado norte americano. Constituição norte americana. Liberalismo político. Conservadorismo.

* Bacharel em Direito pela Faculdade Presidente Antônio Carlos/MG, especialista em Direito Público pela UGF. Especialista em Direito de Integração pela Universidade de Salamanca, Mestre em Direito Internacional e Econômico pela UCB/DF. Doutorando em Direito pelo UNICEUB. Professor da Universidade Católica de Brasília. Tendo experiência nas áreas de Direito Público, Processo Legislativo e Orçamento Público. Atuando principalmente nos seguintes temas: Educação em Direitos Humanos, Cidadania, Direito, Bioética e Direitos Fundamentais. Experiência em assessoria parlamentar nas áreas de processo legislativo e orçamento público.

** Doutor em Direito do Estado – UGF/RJ. Professor do Curso de Mestrado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Advogado.

*** Professora Titular do Curso de Mestrado em Direito do UDF. Doutora em Direito pela Universidade de Paris I, *Panthéon-Sorbonne*. Mestre e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília, UNICEUB. Professora Associada do PPGD do UniCEUB. Auditora Federal de Finanças e Controle da Controladoria Geral da União.

WHAT WERE THE FOUNDING FATHERS' DREAMS? AN ANALYSIS OF THE FORMATION HISTORICAL PROCESS OF THE NORTH AMERICAN STATE

Abstract

The conservative thinking has been widely present in the main decision-making bodies of the U.S., especially his Supreme Court. A feature of this ideological line is the defense of a constitutional interpretation capable of allowing the maximum expression of wills and values present in time when his text was elaborated. It is relevant to ask, however, what would be the dominant ideas among the so-called founding fathers of the United States. It is possible to clearly identify a hegemonic social wish? Is there a cohesive ideological line that can be rescued in present times? This study sets out to retrieve the conceptual foundations present in the period of formation of the North American State and the discussions at that time in order to demonstrate that there was not a unique desire, nor a clear set of beliefs to guide the 1787 constitutional thought.

Keywords

North American State. U.S. Constitution. Political liberalism. Conservatism.

1. INTRODUÇÃO

Em fevereiro de 2016 morreu Antonin Scalia, membro da Suprema Corte norte americana desde 1986 por indicação do Presidente Ronald Reagan. O *Justice* Scalia é reputado como um dos grandes responsáveis pelo redirecionamento do Tribunal rumo a uma postura claramente conservadora, a qual não se limitou a este órgão, mas acabou se espalhando por boa parte do pensamento jurídico e político daquele país.

A morte de Scalia coloca em dúvida a continuidade do frágil equilíbrio que assegurava a maioria conservadora na Corte e permitia a esta se colocar como contraponto a governos de tendência mais progressista, como a presidência de Barack Obama. Aliás, as alas mais conservadoras da comunidade política norte americana cuidaram de imediatamente expressar seu temor diante da escolha posta nas mãos de Obama quanto a quem será indicado como o seu sucessor, ciosos de a vaga aberta vir a ser preenchida por alguém com orientação muito divergente.

Scalia foi ardoroso defensor do resgate de valores tradicionais, em uma postura identificada com a corrente hermenêutica do *originalismo*. Segundo o próprio *Justice*, o originalismo defende que a Constituição seja interpretada por meio da identificação do sentido original e verdadeiro do seu texto; deve-se encontrar ou descobrir qual seria a vontade fundante que levou o constituinte a elaborar certa regra constitucional.¹ Semelhante postura tende a rejeitar mudanças mais profundas, vistas como radicais e perigosas, na forma como a Constituição pode ser compreendida e aplicada. A segurança jurídica e institucional, a previsibilidade das decisões e a estabilidade do sistema jurídico e

¹ SCALIA, Antonin. Originalism: the Lesser Evil. *University of Cincinnati Law Review*. Volume 57, 1989. p. 849 e 862-864. Available at: <http://scholarship.law.uc.edu/uclr>

político dependem, portanto, do respeito ao desenho constitucional traçado pelos *pais fundadores*.

Este debate se esteia em um aspecto muito rico e bastante peculiar ao pensamento jurídico dos Estados Unidos: o vínculo das gerações atuais às vontades dos *founding fathers*, os constituintes originários. Até que ponto os valores defendidos por aquela geração são capazes de vincular as atuais? Quais seriam as intenções daquele grupo? O que esperavam eles no momento da formação dos Estados Unidos? Os vivos devem se submeter às escolhas dos mortos? Estas são algumas perguntas que se colocam sempre que o tema é posto à mesa e se situam no centro das intermináveis discussões entre originalistas e não originalistas, nome dado à corrente oposta e que rejeita uma submissão irrestrita às intenções do passado.

Uma análise mais detida sobre os erros e acertos destas linhas teóricas pode ser encontrada em diferentes estudos, especialmente dos anos 1970 em diante, momento em que, graças às obras de autores como Antonin Scalia e Robert Bork, o pensamento originalista foi reabilitado.² Um dado, contudo, que não é comumente explorado diz respeito à compreensão acerca do momento de formação do Estado norte americano, quando os valores hoje invocados foram transformados em normas jurídicas e deram forma às instituições do novo país.

A fim de lançar luzes sobre o assunto, mostra-se relevante retomar a trajetória de formação do Estado norte americano, termo que se utiliza para identificar o tipo de organização político institucional desenhado na América do Norte e que serviu de modelo para boa parte do mundo ocidental. Isto porque, toda vez que se levantam vozes em defesa dos valores que orientaram os *pais fundadores*, estas se referem a uma realidade por muitos desconhecida e que precisa ser resgatada.

O objetivo deste estudo é analisar os principais eventos e os aspectos centrais do debate político e jurídico que se situam na origem do Estado norte americano, buscando evidenciar quais seriam os diferentes interesses e valores presentes dentre os grupos que mais intensamente contribuíram para definir as linhas mestras do desenho institucional adotado naquele país.

Para tanto, é observada uma sequência temporal de fatos que se iniciam nas décadas anteriores à Declaração de Independência e se estendem até a conclusão do processo de unificação, tendo por base uma pesquisa bibliográfica pautada em autores norte americanos e europeus que buscaram resgatar estes dados, fornecendo, assim, instrumental para sua análise e crítica.

² Estudo mais aprofundado sobre este tema foi feito em SANTIAGO, Marcus Firmino *et. alli*. **O ObamaCare e o Conservadorismo Constitucional**. No prelo.

2. A AMÉRICA DO NORTE EM FINS DO SÉCULO XVIII: OS CONFLITOS COM A INGLATERRA

A organização social, econômica e político administrativa das colônias inglesas na América do Norte em muito diferia do modelo adotado na porção ibérica do continente. Como regra, os colonos ingleses gozavam de razoável autonomia, sendo-lhes reconhecido o direito à auto-organização, o que lhes permitia manter um sistema de governo local e conselhos representativos, além de um conjunto de regras jurídicas próprias. Como explica Thomas Cooley, “O povo das Colônias tinha previamente exercido um poder como que indefinido de legislar por si, amplamente em algumas Colônias, restritamente em outras.”³ David Mayer acrescenta que os principais juristas do Século XVIII, como William Blackstone e Thomas Jefferson, concordavam que o sistema legislativo inglês possuía uma autoridade restrita na América e que apenas atos do Parlamento que mencionassem expressamente as colônias teriam efeito sobre estas.⁴

Em termos de organização social, nas colônias do centro-norte havia uma estrutura bastante homogênea, sem clara distinção de classes, ao contrário do sul onde, embora não houvesse nobreza, prevalecia um modelo mais hierarquizado, especialmente por conta da presença intensiva de escravos. De toda forma, em que pesem as distinções entre norte e sul, ao longo do Século XVIII começou a se desenvolver um crescente comércio dentre as colônias, o que permitiu um intenso intercâmbio social e forneceu o primeiro elemento de conexão entre os diferentes colonos que habitavam aquela vasta região.

A integração econômica entre as colônias, por outro lado, logo se mostrou uma fonte de animosidades com a metrópole, especialmente porque a circulação de mercadorias vindas do norte rivalizava com os produtos ingleses, afetando diretamente o equilíbrio nas trocas comerciais. Como explica Celso Furtado:

As linhas gerais da política inglesa passaram a ser as seguintes: fomentar nas colônias do norte aquelas indústrias que não competissem com as da Metrópole, permitindo a esta reduzir suas importações de outros países; não permitir que a produção manufatureira das mesmas nos demais setores concorresse com as indústrias da Metrópole em outros mercados coloniais. As medidas

³ COOLEY, Thomas M. **Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América**. Trad. Ricardo R. Gama. Campinas: Russell, 2002, p. 17.

⁴ MAYER, David N. The English Radical Whig Origins of American Constitutionalism. **Washington University Law Review**. Vol. 70, Issue 1. January 1992. Available at: http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol70/iss1/5 Access on 15 January 2015. p. 199.

coercitivas começam a surgir quando as colônias do norte chegam a concorrer com a Metrópole nas exportações de manufaturas.⁵

Não bastasse este fator de tensão, em meados do Século a Inglaterra se envolveu em mais um conflito com as demais potências europeias, a Guerra dos Sete Anos (1756-1763), que teve por elemento central a disputa por domínios coloniais. Fortemente onerada em suas finanças, a Coroa inglesa decidiu sobretaxar as colônias ao argumento de que fizera uma guerra em sua defesa. Diversas leis (o *Sugar Act*, em 1764, e o *Stamp Act*, em 1765, foram as primeiras) foram promulgadas objetivando tributar atividades comerciais desenvolvidas na América. E despertaram a fúria dos colonos. Como se lê na obra de Friedrich Hayek:

Quando, em 1767, este Parlamento inglês, modernizado, já comprometido com o princípio da soberania parlamentar, ilimitada e ilimitável, declarou que um grupo majoritário de representantes seu podia aprovar qualquer lei que julgasse conveniente, a declaração foi recebida com exclamações de horror pelos habitantes das colônias. James Otis e Sam Adams, de Massachusetts; Patrick Henry, de Virgínia, e outros líderes das colônias ao longo da costa gritaram: 'traição!' e 'Magna Carta!'⁶

Thomas Cooley comenta que os impostos não eram particularmente pesados e possivelmente teriam passado despercebidos, não fosse a certeza de que seriam o prenúncio de outros atos abusivos.⁷ Os colonos se sentiram traídos pelo Parlamento. Este atentava contra tudo por que seus antepassados haviam lutado ao suprimir o sentido básico de liberdade tão caro aos britânicos. Neste momento, veio à tona mais uma causa de ressentimento: a vedação aos habitantes da América de eleger seus próprios representantes. *No taxation without representation* logo se apresentou como uma máxima repetida por todos os cantos. Já que não podiam escolher os membros do Parlamento, os colonos entendiam que este não teria poderes para taxá-los de modo diferenciado em relação aos habitantes da metrópole.

Rapidamente começaram a surgir lideranças e iniciou-se um processo de articulação entre as colônias. Já em 1765 realizou-se o Congresso da Lei do

⁵ FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. 34. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 153.

⁶ E. Mims Jr. The majority of the people. **apud HAYEK, Friedrich A. Os Fundamentos da Liberdade**. São Paulo: Visão, 1983, p. 205.

⁷ COOLEY, 2002, p. 18.

Selo, em Nova York, ato inicial da crescente resistência que, em uma década, acabaria desembocando na guerra de independência.⁸

Entre 1765 e 1770, diversas outras medidas inglesas foram objeto de contestação e boicotes. Em 1773, o *Tea Act* (que estabelecia um regime de monopólio para o comércio de chá com as colônias) gerou uma violenta reação (*The Boston Tea Party*), confrontada pela Coroa inglesa tanto militarmente quanto por meio da edição de um conjunto de medidas conhecidas como *Leis Intoleráveis*, em 1774.⁹

Cada vez mais o Parlamento e a Coroa mostravam-se como fontes de arbítrio, usurpadores de direitos e liberdades dos habitantes da América que, por seu turno, viam a si mesmos como cidadãos britânicos que não mereciam ser discriminados e oprimidos.

A sequência de encontros nos quais foram orquestradas as medidas de reação contra a metrópole ofereceu a oportunidade para a afirmação de lideranças políticas entre os colonos e contribuiu para estreitar laços e identificar valores e ideais comuns. Nesta etapa inicial, compreendida entre 1764 e início de 1775, a principal reivindicação era a exigência de tratamento igualitário e o direito à representação parlamentar, como fora obtido pelos escoceses em 1707.¹⁰

Horst Dippel reproduz a declaração formulada em 05 de setembro de 1774, ato final do encontro realizado na Pensilvânia, que explicita estas intenções claramente conciliatórias:

Que los súbditos de su Majestad en América son deudores del mismo deber de lealtad y son titulares de los mismos derechos, privilegios e inmunidades que sus compatriotas de Gran Bretaña.[...] Que una Ley emanada del Parlamento, como la recientemente promulgada, dirigida a imponer un cerco sobre el puerto de Boston es incompatible con nuestra concepción de la Constitución inglesa [...] Que afirmamos que el Parlamento de Gran Bretaña ni tiene, ni ha tenido nunca, ningún derecho a gravar con tributos a los súbditos de Su Majestad en América, por cuanto la Constitución no tolera, de ningún modo, que se impongan impuestos sin representación; conceptos estos absolutamente inseparables,

⁸ A Lei do Selo acabou revogada pelo Parlamento, mas este ato veio acompanhado de uma declaração afirmando a capacidade desta instância de legislar para as colônias sobre todo e qualquer assunto. COOLEY, 2002, p. 18.

⁹ VAN CAENEGEM, R. C. **Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009. p. 187-188.

¹⁰ VAN CAENEGEM, 2009, p. 204-205.

hasta el punto de que cualquier petición de contribuir económicamente con los poderes públicos debe ser canalizada a través de los representantes del Pueblo. (*The Pennsylvania Packet*)¹¹

Gradualmente foi ficando claro para as lideranças do movimento de resistência que o princípio de *soberania parlamentar*, vigente na Inglaterra desde fins do Século XVII, tinha se tornado indefensável. Os colonos haviam trazido consigo para a América a certeza de que nenhum poder deveria ser arbitrário, posto que sempre limitado por uma lei superior, que lhe antecede e legitima. Quando perceberam como o Parlamento houvera deturpado estas ideias, premissas básicas do liberalismo político consagrado pela Revolução Inglesa, tomaram para si a iniciativa de desenvolverem seu próprio modelo ideal de Estado.¹²

Os Congressos Continentais da Filadélfia (o primeiro realizado em 1775 e o segundo em 1776) orquestraram uma resposta dos colonos à crescente violência inglesa, colocando em marcha uma reação militarizada e de caráter separatista. Não havia mais espaço para negociar e já estava claro que a Inglaterra jamais lhes concederia o mesmo status social, jurídico e político ostentado pelos habitantes da metrópole.¹³

O ato final deste processo se deu a 04 de julho de 1776, com a Declaração de Independência e o subsequente início da Revolução Americana.¹⁴ A independência das agora ex-colônias foi finalmente reconhecida pela Inglaterra em 1783, por meio do Tratado de Versalles, cuja assinatura foi intermediada pela França.

¹¹ DIPPEL, Horst. El Concepto de Constitución en los Orígenes del Constitucionalismo Norteamericano (1774-1776). in **Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional**. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, n. 6. 2010, p. 206-207.

¹² HAYEK, Friedrich A. **Os Fundamentos da Liberdade**. São Paulo: Visão, 1983, p. 206-207.

¹³ COOLEY, 2002, p. 17.

¹⁴ A guerra de independência se arrastou por 7 anos e envolveu a França e a Espanha, que enviaram tropas para lutar ao lado dos revolucionários. No caso da Espanha, perdas territoriais sofridas com a Guerra dos 7 Anos impulsionaram o país a tomar parte na independência norteamericana: “En el contexto de las consecuencias de la guerra de los Siete Años debe entenderse la intervención de España en la guerra de Independencia de los Estados Unidos (1775-1783) y los resultados contradictorios del Tratado de Versalles de 1783, ya que si por una parte España recuperaba las floridas y Menorca, por otra reconocía la independencia de Estados Unidos, un peligroso competidor en las fronteras septentrionales de las Indias y un peligroso ejemplo para los independentistas hispanos.” RÍO, Rosario de la Torre del. **El Congreso de Viena (1814-1815)**. Madrid: Catarata y Universidad Complutense de Madrid, 2015, p. 18.

3. SURGE UM NOVO MODELO DE ESTADO

Sob a liderança do Congresso Continental, nome dado ao órgão de representação cuja primeira incumbência foi conduzir a guerra de independência, cada uma das 13 ex-colônias ingressou imediatamente em um processo de auto-organização, constituindo-se como Estados soberanos. Neste momento, já eram evidentes alguns dos valores que orientavam as lideranças políticas que se puseram a desenhar um novo modelo de organização estatal.

Embora, em princípio, das colônias tenham nascido 13 países soberanos e independentes entre si, já em 1776 fica claro existir um conjunto de princípios que é por todos incorporado e compartilhado.

Da obra de John Locke (1632-1704) vêm os fundamentos do liberalismo político, o reconhecimento da liberdade como um valor inerente à natureza humana e um direito que precisa ser reconhecido e protegido contra a tendência dos governantes ao arbítrio. Também neste autor se assenta a afirmação da capacidade dos homens de definirem juridicamente seus direitos básicos e, com isso, assegurar a proteção às suas liberdades essenciais e à sua propriedade, assentando, assim, o princípio do *rule of law*.¹⁵

Da França também afluíram influências decisivas, plasmadas nas obras de Rousseau e Montesquieu, o que foi facilitado pelo diálogo constante mantido por diversas lideranças revolucionárias com pensadores que refletiam os ideais do iluminismo francês. Naturalmente, no processo de discussão sobre um novo modelo de estado para os americanos, era forte a rejeição ao autoritarismo monárquico francês, o que realçava o interesse por autores que o questionavam, tais como os dois aludidos contratualistas.¹⁶

Em Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) foi buscada a noção de soberania popular, afirmando-se nesta o fundamento estruturante para o poder estatal. Este autor defende o direito de participação dos cidadãos no processo de tomada de decisões, contribuindo, todos, para a formação da *vontade geral*, uma

¹⁵ LOCKE, John. O Segundo Tratado sobre o Governo. in **Dois Tratados sobre o Governo**. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 391-394. Na perspectiva de Locke, ao Estado cumpre tão somente mediar e resolver os conflitos sociais, participando minimamente da vida privada (uma espécie de Estado **mínimo**). Esta prerrogativa concedida ao ente político, por seu turno, é restrita e condicionada ao dever de respeito às liberdades individuais que os homens guardam consigo e funcionam como limites ao poder dos governantes. Isto porque, no momento em que o contrato social é firmado, há uma renúncia apenas parcial à liberdade, na estrita medida necessária para tornar possível a vida em comum.

¹⁶ Como afirma Pietro Costa a respeito deste intenso intercâmbio cultural: “As trocas e os cruzamentos são intensos: as ex-colônias haviam se nutrido da cultura florescida entre os séculos XVII e XVIII na Inglaterra, e justamente a Inglaterra saída da revolução de 1689 parecia a tantos observadores franceses um modelo interessante. Os americanos, por sua vez, mostram-se sensíveis ao fascínio das **lumières** e, às portas da revolução e ao longo de seu desenvolvimento, têm um conhecimento de primeira mão da situação francesa.” COSTA, Pietro. **Poucos, Muitos, Todos**. *Op. cit.*, p. 121.

vontade que ultrapassa os sentimentos egoísticos privados e se identifica como um interesse comum ao grupamento humano. Uma vez firmado o pacto, a sociedade permaneceria ativa, tomando parte nas decisões coletivas e influenciando decisivamente na formação das leis. Esta ideia se conecta com outro conceito chave — e talvez o mais lembrado — de sua teoria: a noção de *soberania popular*. Com Rousseau finalmente o *locus* da soberania se desloca do monarca para o povo. O povo estava, desde o início, na base da formação do novo Estado.¹⁷

Já de Montesquieu (1689-1755) vieram a divisão de poderes e a defesa quanto à positivação das normas jurídicas estruturantes, ambas reconhecidas como mecanismos essenciais para limitação e controle do poder estatal. Aperfeiçoamento das ideias de Locke (que já afirmava algo semelhante, porém limitando-se a distribuir funções entre Parlamento e monarquia), sua teoria vinha ao encontro da necessidade que enxergava de aperfeiçoar o sistema inglês, que em meados do Século XVIII caminhava em rumos tortuosos.¹⁸

Mais importante, contudo que a organização dos poderes estatais é a crítica que faz à onipotência do Parlamento inglês, presente desde as primeiras décadas do Século XVIII, e que colocou em risco a supremacia do *Common Law*, na medida em que aquele passou a funcionar segundo uma lógica de autolimitação.¹⁹ Como resposta formula a noção de que somente com regras claras, rígidas e concebidas em conformidade com os interesses sociais é possível utilizar o Direito como instrumento efetivo para limitação do poder estatal. Defende, então, que as decisões estatais devem se submeter a leis previamente elaboradas, garantia única de proteção aos direitos e liberdades individuais.²⁰

Outro pensador inglês de influência decisiva foi Thomas Paine (1737-1809), revolucionário desde a primeira hora que, com sua obra *Common Sense*, publicada na América em janeiro de 1776, forneceu as bases para a redação da Declaração de Independência, pela pena de Thomas Jefferson.²¹

Paine defendia a adoção de sistemas de governo republicanos, sustentando a incompatibilidade existente entre o respeito à liberdade e a manutenção de regimes monárquicos, fossem absolutistas ou constitucionais. Reconhecia, ainda, o governo representativo como a melhor alternativa à democracia

¹⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 39-43.

¹⁸ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de. *Do Espírito das Leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 166.

¹⁹ MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. in BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11. ed. Brasília: UnB, 1998, p. 252.

²⁰ MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. *Op. cit.*, p. 168-169.

²¹ PAINE, Thomas. Senso Comum. in WEFFORT, Francisco (org.). *Os Pensadores*. Vol. XXIX. São Paulo: Abril, 1973. Sobre o autor, sua vida e obra, veja-se AMARAL, Diogo Freitas do. *História do Pensamento Político Ocidental*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 258-261.

clássica, permitindo harmonizar os diferentes interesses vigentes em Estados grandes e sociedades complexas.²²

Mais interessante e inovador em sua obra, contudo, era sua defesa quanto à necessidade de respeito aos pactos que, ao longo do tempo, haviam sido firmados entre os colonos, os quais funcionariam como o verdadeiro *contrato social* dos americanos e que não se confundia com aquele vigente na Inglaterra.²³ Em sua perspectiva, os colonos não deveriam lutar para serem reconhecidos como cidadãos britânicos, mas para serem livres para viver de acordo com seus costumes e modelo de organização político social. A luta em defesa de um contrato social americano, que estaria sendo violado pela opressão inglesa seria, portanto, o fundamento de legitimidade do movimento revolucionário.

A presença destes elementos conceituais comuns fez com que todos os novos países, a despeito de suas diferenças, compartilhassem um conjunto de caracteres, o que permite falar, já em 1776, em um modelo de organização estatal típico da América do Norte ou, para simplificar, um *Estado norte americano*.

Neste sentido, a Declaração de Independência se apresenta como o primeiro documento estruturante que congregou os princípios cardeais que seriam incorporados ao Estado norte americano.²⁴ A influência do contratualismo é evidente, assim como a certeza quanto à existência de direitos inatos que os homens guardam consigo e se constituem como diretrizes para a ação estatal. Lá também se encontram afirmados o direito de resistência à opressão

²² COSTA, Pietro. **Poucos, Muitos, Todos**. Lições de história da democracia. Trad. Luiz Ernani Fritoli. Curitiba: UFPR, 2012. p. 92-93.

²³ Por exemplo, o **Mayflower Compact**, elaborado em 1620, no dia em que os primeiros colonos desembarcaram no novo mundo, fugidos da perseguição religiosa na Inglaterra, ou as cartas por meio das quais a coroa inglesa concedia liberdades administrativas e definia princípios de auto-organização para as colônias. JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Trad. Fernando de los Ríos. Buenos Aires: Albatros, 1970, p. 385 e p. 389.

²⁴ A DECLARAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA
Quando, no curso dos acontecimentos humanos, se torna necessário a um povo dissolver os laços políticos que o ligavam a outro, e assumir, entre os poderes da Terra, posição igual e separada, a que lhe dão direito as leis da natureza e as do Deus da natureza, o respeito digno para com as opiniões dos homens exige que se declarem as causas que os levam a essa separação. 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. [...]
... (Disponível em <http://constitution.org/usdeclar.htm> Acesso em 05 jan. 2016. Tradução livre.)

e a capacidade da sociedade de romper o Estado e refundá-lo sobre novas bases. E, mais importante, já se proclama a soberania popular, princípio vetor para a legitimação do novo Estado que então surgia.

Este *Estado norte americano* se estrutura a partir das seguintes premissas:

a) Liberdade individual

Prega-se o máximo respeito às liberdades e a mínima interferência estatal na vida privada (força da teoria de Locke). A liberdade é o grande valor em jogo e a base a partir da qual se estrutura o Estado norte americano, além de refletir o status de autonomia vigente na maioria dos domínios coloniais. Este é um dos aspectos em que a Revolução Americana revela seu lado conservador, qual seja, de luta pela manutenção de um modo de vida construído anteriormente e ameaçado pelo conflito com a metrópole.

Na América do Norte, perseverou a noção de liberdade e de limite ao poder nascida com a *Glorious Revolution*, a qual não admitia a soberania parlamentar e sustentava a submissão de todas as instâncias ao Common Law:

Para os habitantes da colônia, liberdade significava que o governo deveria ter poderes apenas para ações explicitamente previstas por lei, a fim de que ninguém pudesse estar investido de poder arbitrário.²⁵

Nota-se ainda, desde o início, a exaltação de postulados identificados com o *liberalismo econômico*, como a livre iniciativa e a liberdade de escolha profissional (cumprir referir que *A Riqueza das Nações*, de Adam Smith, foi publicada no mesmo ano de 1776), traços característicos do modelo produtivo adotado especialmente nas colônias do centro-norte e que influenciavam diretamente na organização social vigente. Por outro lado, subsistia a necessidade de a defesa intransigente da liberdade conviver com o regime escravagista, dominante no sul.

b) Igualdade

Na concepção norte americana, este valor pode ser traduzido pelas ideias de *igual liberdade* e *igualdade de oportunidades*. Sua materialização se dá ante a ausência de distinções sociais pautadas em privilégios de sangue, reflexo do fato de as colônias nunca terem conhecido divisões sociais de natureza nobiliárquica.²⁶

O relativo equilíbrio entre as classes sociais (novamente, excluindo desta equação os escravos) era um motivo de orgulho para os norte america-

²⁵ HAYEK, 1983, p. 208-209.

²⁶ VAN CAENEGEM, 2009, p. 204.

nos, que viam nisto uma evolução diante da sociedade nobiliárquica tradicional inglesa. Daí que a Revolução, também quanto a este aspecto, tinha um caráter conservador, na medida em que buscava manter uma ordem de valores já presente dentre os colonos.²⁷

c) Constitucionalismo e supremacia do Direito

Nesta seara, em princípio nota-se uma reprodução do modelo inglês de *rule of law*, afirmando a precedência do Direito sobre o poder político. Contudo, os norte americanos incorporaram a seu sistema algo completamente inovador ao promoverem a positivação do *Common Law* pelas Constituições, compreendidas como documentos jurídicos fundamentais a partir dos quais o Estado se estrutura.²⁸

Como explica Hayek, a ruptura revolucionária exprimiu a quebra da confiança que os colonos tinham na Constituição inglesa e seu sistema de garantias fundamentais. Quando descobriram que os princípios nos quais haviam acreditado firmemente, tinham pouca força e não podiam ser invocados contra as pretensões do Parlamento, perceberam que eles próprios precisariam construir os fundamentos que conduziriam sua sociedade.²⁹

A preocupação em redigir Constituições escritas deriva, fundamentalmente, do temor quanto à fragilidade da Constituição inglesa, estruturada como um conjunto esparso de regras e princípios escritos e não escritos, somado à tradição colonial de se organizar a partir de documentos escritos. Sobre este segundo aspecto, diz Hayek:

Eles consideravam doutrina básica a existência de uma ‘Constituição permanente’, essencial para o governo de uma nação livre, e acreditavam que Constituição implicava governo limitado. Desde o início de sua história, estavam familiarizados com documentos escritos que definiam e circunscreviam os poderes do governo, como o compromisso assinado no *Mayflower* e os estatutos coloniais.³⁰

De fato, ainda em 1776, oito dos treze países cuidaram de elaborar suas Constituições escritas, no que foram aos poucos seguidos pelos demais.³¹

d) Regime de governo republicano e separação de poderes

²⁷ COSTA, 2012, p. 100

²⁸ VAN CAENEGEM, 2009, p. 211

²⁹ HAYEK, 1983, p. 207

³⁰ HAYEK, 1983, p. 207-208

³¹ COOLEY, 2002, p. 22. Cooley explica que: “Todos os Estados, menos dois, redigiram Constituições por escrito. Rhode Island e Connecticut continuaram, por alguns anos, regendo-se pelas cartas de privilégios obtidas da Inglaterra no tempo de Carlos II.” (p. 335)

A República se faz presente em todos os novos Estados, exprimindo a rejeição ao modelo monárquico, seja pelo risco à liberdade que ele representaria, seja pelo repúdio a um modelo social pautado em diferenças de classe e privilégios de sangue.³² A postura refratária à monarquia ilustra a força de pensadores como Thomas Paine e Jean-Jacques Rousseau entre as lideranças da Revolução Americana e sua tendência a identificar nos reis figuras potencialmente autoritárias.

O cuidado em conter o poder dos governantes também levou à adoção, em todos os países, de algum sistema de divisão de poderes. Havia uma busca generalizada por negar um modelo onde o Parlamento se apresentava como o opressor, crítica dominante, como visto anteriormente, nos anos que antecederam a explosão revolucionária.³³ Ao mesmo tempo, tinha-se certa a necessidade de evitar o risco de incorporar uma figura que se assemelhasse a um rei despótico. Isso era reflexo tanto da rejeição ao absolutismo europeu quanto da memória ainda viva entre os descendentes dos primeiros imigrantes, muitos dos quais fugiram para a América em busca de liberdade, especialmente religiosa, por ocasião da Revolução Inglesa e sua luta contra o despotismo dos reis Stuart.

e) Soberania popular

A Revolução Americana exaltava o papel da sociedade como fonte do poder estatal e detentora de um poder supremo, devendo os atos estatais serem praticados em seu nome, o que denota a forte influência do pensamento de Rousseau. O povo fez a Revolução e lutou para criar um novo modelo de Estado, que agisse em seu nome e defendesse seus valores.

David Mayer explica que os americanos rejeitavam frontalmente a noção de soberania parlamentar vigente na Inglaterra graças à influência de Blackstone,³⁴ afirmando a titularidade popular do poder soberano como elemento central ao processo revolucionário: “[...] *the foundation of the American republic lay in the principle the Declaration of Independence enunciated, that governments derive their just powers from ‘the consent of the governed.’*”³⁵

Este princípio era derivado do pensamento de Rousseau que, por sua vez, mostrava-se como um desdobramento natural das ideias esposadas pelo

³² COOLEY, 2002, p. 335.

³³ COOLEY, 2002, p. 51.

³⁴ Sobre o princípio da soberania parlamentar vigente na Inglaterra do Século XVIII, dizia Blackstone: “*Parliament, Blackstone concluded, can, in short, do everything that is not naturally impossible; and therefore some have scrupled to call it's power, by a figure rather too bold, the omnipotence of parliament. True it is, that what they do, no authority on earth can undo.*” BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. apud MAYER, 1992, p. 202.

³⁵ MAYER, 1992, p. 204.

Whigs, a corrente liberal dominante ao final da Revolução Inglesa e que exerceu influência decisiva sobre a formação do pensamento constitucional norte americano.

Por outro lado, a crítica de Rousseau aos sistemas representativos não encontrou eco. Estes foram vistos, desde um primeiro momento, como condição para viabilizar o exercício da soberania popular, permitindo a um grupo de escolhidos governar de forma transcendente aos interesses privados.³⁶ Horst Dippel transcreve, em seu estudo sobre as origens do constitucionalismo norte americano, uma passagem que ilustra as convicções vigentes quanto ao *locus* da soberania residir no povo e em sua capacidade de delegar a um corpo de representantes:

Considerando que el origen de todo poder reside en el pueblo, que su ejercicio se efectúa únicamente para su bien, y que el poder ilimitado conduce a la tiranía, resulta completamente imprescindible para que los ciudadanos puedan sentirse a salvo, el que cuando procedan a delegar el poder, retengan la facultad de controlarlo efectivamente, evitando así que sea utilizado en su contra. Y es que el poder que no se controla acaba siendo tiránico y la sujeción ilimitada, sin ningún mecanismo correctivo, lleva a la esclavitud. (Considerations on the Mode of electing Delegates to the General Congress, en el *Connecticut Courant*, de 10 de junio de 1776)³⁷

Os Estados Unidos, como Paine houvera afirmado, era a terra prometida da nova fórmula político-constitucional: a república plasmada e reforçada pela representação.³⁸

Embora diferentes entre si, cada um dos treze Estados surgidos com a Independência compartilhou estes princípios, evidenciando a preocupação em construir um poder político limitado e comprometido com o reconhecimento do poder soberano do povo e a defesa da liberdade individual contra o arbítrio dos governantes. A partir daquele momento, os textos constitucionais adquiriram um novo e radical significado: o de momento materializador das conquistas políticas e sociais revolucionárias.

Assim, mais do que assentar a base jurídica para organização política, administrativa e social dos novos Estados, as Constituições funcionaram como verdadeira positivação do novo contrato social firmado entre os norte americanos, mescla de revolução com conservação. Concretizaram-se, enfim, as ideias de Montesquieu acerca da necessidade de as normas básicas estruturantes serem definidas de forma objetiva, formando um conjunto de disposições

³⁶ COSTA, 2012, p. 109

³⁷ DIPPEL, 2010, p. 57-58

³⁸ COSTA, 2012, p. 132.

claras e estáveis que organizam e restringem o exercício do poder político estatal.

4. A UNIFICAÇÃO E A CONSTITUIÇÃO DE 1787

A existência autônoma dos 13 países perdurou por cerca de uma década, após o que colocou-se em marcha acelerada o processo de unificação que redundou na formação dos Estados Unidos da América.

Interessante notar que, apesar de todos os elementos de identidade presentes desde antes da Declaração de Independência, o que motivou o estreitamento de laços foi a instabilidade política vigente em diversos Estados, consequência especialmente da crise financeira que muitos viviam e das disputas comerciais nas quais estavam mutuamente envolvidos. Este somatório de fatores era visto como um elemento de fragilidade a afetar a unidade até então presente.

Desde 1775, às vésperas da Declaração de Independência, havia uma forte integração entre as então colônias que se buscava traduzir em um acordo, intitulado *Articles of Confederation and Perpetual Union of the Colonies*, cuja versão original foi elaborada por Benjamin Franklin.³⁹ Foram necessários, contudo, alguns anos de discussão até que se chegasse a um texto definitivo ratificado por todos. Durante este período, compreendido entre 17 de novembro de 1777 e 1º de março de 1781, ficaram claras as divergências presentes.

As recorrentes discussões acerca de quais seriam os poderes conferidos ao órgão de representação supranacional — o Congresso Continental — passavam questões como: a proporcionalidade da representação de cada Estado (relativamente a sua população ou a seu peso econômico); o tamanho das contribuições financeiras e militares individuais para a Confederação; o temor em ter sua autonomia restringida; ou o que Madison classificou como o ciúme diante do risco de ver um Estado vizinho fortalecido.⁴⁰

Assim, a Confederação nasceu oficialmente em 1781, legitimando juridicamente uma situação de fato que já se fazia presente há anos.⁴¹ Sua vida foi relativamente curta e bastante conturbada, especialmente por conta da fraqueza do órgão central para regular o comércio entre os Estados e impor a

³⁹ MADISON, James. **Introduction to the Debates in the Federal Convention of 1787**. Disponível em http://constitution.org/dfc/dfc_0001.htm Acesso em 05 abril 2016.

⁴⁰ MADISON, 1787.

⁴¹ Charles Beard assim resume o modelo organizacional da confederação: "There was a loose union of thirteen sovereign states under the Articles of Confederation. The national government consisted of a legislature of one house in which the states had a equal voting power. There was no executive department and no general judiciary." BEARD, Charles A. **An Economic Interpretation of the Constitution of the United States**. New York: The Macmillan Company, 1921. p. 52.

estes o cumprimento de suas obrigações financeiras perante o Congresso Continental. Nas palavras de Charles Beard:

The central government had no power to regulate commerce and to tax directly; and in the absence of these powers all branches of the government were rendered helpless. [...] Under this system, the state legislatures were substantially without restrictions or judicial control; private rights in property were continually attacked by stay laws, legal tender laws, and a long range of measures framed in behalf of debtors; and in New England open rebellion had broken out.⁴²

Nos anos anteriores à Convenção, diversas petições vinham sendo encaminhadas ao Congresso Continental reivindicando ações mais efetivas em defesa da estabilidade do comércio e do respeito aos contratos, da segurança nos mares, da garantia dos créditos e da proteção à propriedade privada. Os governos dos Estados, em regra, eram apontados como os algozes que feriam a liberdade, a segurança e a propriedade, além de se mostrarem incapazes de assegurar as condições necessárias para o desenvolvimento do comércio e das transações financeiras.⁴³

A Confederação fora investida de poderes para legislar sobre diversos assuntos, mas não teve força para se fazer obedecer. Como explica Hayek: “A principal lição que se pode tirar do período da Confederação foi a comprovação de que simplesmente transpor o texto constitucional para o papel não contribuiria para alterar a situação, a menos que se criasse um mecanismo explícito para fazê-lo cumprir.”⁴⁴

A fraqueza do governo central e seus equivalentes locais era vista com preocupação por lideranças como George Washington, que temiam o triunfo dos inimigos, especialmente a Inglaterra que desde início entendia que a América seria incapaz de sobreviver sem o controle das potências europeias. Como consequência destes problemas, disseminou-se o clamor por um governo central forte, capaz de fazer frente às dificuldades que se avolumavam, evidenciando o sentido de união presente entre os habitantes dos diferentes Estados: “*That the economic groups in question looked to a new national government as the one source of relief and advantage, is shown in a hundred contemporary pamphlets and newspaper articles. It was in fact the topic of the times.*”⁴⁵

Nota-se que a busca pela integração era um valor presente e disseminado, que claramente se sobrepunha às diferenças existentes. É este senti-

⁴² BEARD, 1921, p. 52-53.

⁴³ BEARD, 1921, p. 56-57.

⁴⁴ HAYEK, 1983, p. 216.

⁴⁵ BEARD, 1921, p. 53.

mento que move as discussões antecedentes à Convenção da Filadélfia, convocada para revisar os Artigos da Confederação. Madison descreve a mobilização social que estimulou a Convenção a redefinir suas atribuições:

[...] in the interval between the proposal of the Convention and the time of its meeting, such had been the advance of public opinion in the desired direction, stimulated as it had been by the effect of the contemplated object, of the meeting, in turning the general attention to the Critical State of things, and in calling forth the sentiments and exertions of the most enlightened and influential patriots, that the Convention thin as it was did not scruple to decline the limited task assigned to it and to recommend to the States a Convention with powers adequate to the occasion.⁴⁶

Em resposta ao movimento social, os Estados trataram de conferir a seus delegados poderes mais amplos, além de, em vários casos, indicar representantes mais qualificados para tomar parte nos debates que se seguiriam.⁴⁷

Assim que iniciou seus trabalhos, em 25 de maio de 1787, os delegados reunidos na Convenção da Filadélfia colocaram em marcha o que Thomas Cooley interpreta como “[...] um processo revolucionário [que] só encontrava justificação ante as circunstâncias que tinham levado a União à borda da dissolução.”⁴⁸ Teve início, então, a *U.S. Constitutional Convention*, que se estendeu até 17 de setembro de 1787 e cuidou de desenhar a completa integração dos 13 países em um único Estado soberano, organizado na inovadora forma de uma *federação* e regido por uma Constituição que replicava os elementos característicos do Estado norte americano já presentes desde 1776.

O ponto central dos trabalhos era a busca por criar um governo forte, mas que não se tornasse autoritário. Afinal, embora entre todos houvesse amplo consenso acerca da insuficiência dos poderes da Confederação, persistia a preocupação fundamental em conter a força dos governantes.⁴⁹

A federação, então, foi concebida como a forma de organização político administrativa que permitiria conjugar um governo central forte e dotado de autoridade incontestável com a autonomia dos entes locais. Criou-se, com isto, um sistema que permitiria simultaneamente valorizar as semelhanças e os valores comuns compartilhados (como a defesa da liberdade, a soberania popular ou o sistema republicano, por exemplo) e respeitar as diferenças existentes entre os norte americanos. E as diferenças eram várias e bastante significativas.

⁴⁶ MADISON, 1787.

⁴⁷ MADISON, 1787.

⁴⁸ COOLEY, 2002, p. 26.

⁴⁹ HAYEK, 1983, p. 217.

Charles Beard destaca que a maioria dos delegados presentes na Convenção não tinham uma formação intelectual forte. Eram, ao contrário, pessoas práticas, cujas preocupações habitavam o mundo dos fatos e se refletiam na busca por resultados tangíveis para seus problemas cotidianos. As grandes discussões filosóficas ou políticas não lhes eram caras.⁵⁰

Eram indivíduos inseridos em um contexto de profundas experimentações, onde as instituições ainda eram muito novas e as ideias de futuro extremamente fluidas. Com isso, frequentemente discordavam a respeito de questões centrais como a formação e o papel do Senado, a forma de eleição para o Executivo, a manutenção dos legislativos estaduais ou seu grau de autonomia. Ainda não havia consensos sólidos quanto ao desenho das instituições e dos instrumentos necessários para colocar em funcionamento o modelo de Estado almejado para o novo país que surgia.

Temas como o direito ao voto e o estabelecimento ou não de critérios censitários, a forma de eleição para Executivo e Legislativo, o grau de autonomia federativa ou o poder de intervenção do governo no comércio e na economia em geral forma intensamente debatidos por líderes como Alexander Hamilton, James Madison ou George Washington.⁵¹

Por outro lado, estava presente um conjunto de valores alinhado com o pensamento contratualista liberal (tanto em sua vertente política quanto econômica) que, dando continuidade ao projeto que já vinha sendo delineado desde antes da independência, formaram as vigas mestras do Estado norte americano. Daí que, como afirma Beard, apesar das divergências presentes, foi possível construir uma base consensual ampla em torno do projeto de Constituição defendido pela corrente Federalista, o grupo dominante na *U.S. Constitutional Convention*: *“The conclusion seems warranted that the authors of The Federalist generalized the political doctrines of the members of the Convention with a high degree of precision, in spite of the great diversity of opinion which prevailed on many matters.”*⁵²

Este acordo de vontades em torno de um projeto comum refletiu o sentimento presente junto aos líderes do movimento de unificação, que acabou sendo majoritariamente acolhido, em que pesem as diversas críticas formuladas durante o processo de ratificação a que a Constituição foi submetida em cada um dos Estados, momento no qual o trabalho dos delegados reunidos na Filadélfia foi submetido ao escrutínio popular.⁵³

⁵⁰ BEARD, 1921, p. 189.

⁵¹ Beard, no Capítulo X de sua obra já referida, intitulado ‘As Doutrinas Políticas dos Membros da Convenção’, traz interessante síntese sobre os principais pontos defendidos por cada um dos delegados. BEARD, 1921, p. 189 a 216.

⁵² BEARD, 1921, p. 216.

⁵³ BEARD, 1921, p. 239.

Em verdade, seguindo as orientações da Convenção, os Estados formaram assembleias exclusivas para analisar e votar a Constituição, segundo uma regra de tudo ou nada, já que não lhes era permitido propor alterações em seu texto. E, como Explica Beard, embora o referendo popular fosse um instituto já conhecido à época, não foi cogitado. Daí que, diante da ausência de mecanismos que tivessem permitido uma manifestação social direta, resta bastante difícil afirmar o grau de aceitação popular alcançado pelo projeto constitucional: *“In view of the fact that there was no direct popular vote taken on the Constitution, it is therefore impossible to ascertain the exact number of ‘the people’ who favored its adoption.”*⁵⁴

O fechamento a uma participação popular ampla e irrestrita no processo de ratificação reflete um dado característico daquele momento: o predomínio do pensamento conservador.

5. O CONSERVADORISMO COMO UM TRAÇO CARACTERÍSTICO DA *U.S. CONSTITUTIONAL CONVENTION*

Apesar do liberalismo refletir um movimento de transformação e avanço, especialmente quando analisado sob a perspectiva das lutas que se travavam no continente europeu, a leitura feita pelos norte americanos acerca dos valores liberais acabou por levar à construção de um país predominantemente conservador e refratário à participação de segmentos sociais mais baixos. A preocupação em garantir a propriedade e os valores liberais burgueses relacionados à autonomia da vontade, além de restringir o acesso de massas populares às instâncias de poder, acabou por se mostrar dominante e hegemônico.

Gerardo Pisarello sustenta que o movimento que deu origem à *U.S. Constitutional Convention* foi diferente daquele que houvera levado à declaração de independência. A abertura integradora presente em 1776, que priorizava a união de todos os americanos em sua luta contra o inimigo comum, foi substituída pela defesa de um projeto de poder que mirava a conservação de uma ordem de privilégios que vinha sendo conquistada pela elite política à qual coube desenhar a unificação. Em 1787, o “[...] propósito era asegurar un gobierno fuerte que neutralizara las amenazas internas al orden económico, frenando las tendencias democráticas o democratizantes.”⁵⁵

De maneira mais aguda, Van Caenegem corrobora este ponto de vista afirmando:

⁵⁴ BEARD, 1921, p. 240.

⁵⁵ PISARELO, Gerardo. *Un Largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta, 2011. p. 68.

Os líderes da Revolução americana detestavam um Estado tirânico, ou mesmo um Estado somente forte. Queriam liberdades para eles, mas não para os seus inferiores, cujo destino era a menoridade legal e falta de liberdade para os escravos, e a dependência política para os brancos pobres que não tinham voto.⁵⁶

Um exemplo do que este autor afirma pode ser encontrado no *Naturalization Act*, de 1790, legislação que definiu os critérios para titularidade da nacionalidade norte-americana. E que o fez de forma excludente, somente conferindo tal status para os que, simultaneamente, residissem no território por ao menos dois anos, tivessem bom caráter, fossem brancos e livres.⁵⁷ Garantia-se, assim, que o risco de uma ‘tirania das maiorias’ fosse contido graças às restrições à participação política e à proteção aos direitos de propriedade.⁵⁸

Aliás, no estudo dos debates acerca do processo de formação do Estado norte americano, especialmente na unificação, chama a atenção a escassez de menções ao termo *democracia*, o que permite concluir que o *contramajoritarismo* defendido pelos líderes do movimento já refletia a noção excludente que, tempos depois, autores socialistas sustentaram criticamente em relação ao pensamento liberal. Em outras palavras, o *povo*, em cujo nome a Constituição foi feita, foi chamado aos campos de batalha para lutar pela independência, mas retirado de cena (ou, ao menos, teve seu protagonismo eclipsado) depois que o projeto de poder da elite liberal burguesa finalmente prevaleceu.

Uma leitura mais acurada da principal obra em defesa da nova Constituição, redigida durante os dois anos em que se deram os debates em torno da ratificação, é capaz de ilustrar o que ora se afirma. O Federalista, coletânea de panfletos elaborados por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay sob o pseudônimo *publius*, contém uma defesa pormenorizada da Constituição e, por conseguinte, dos princípios estruturantes do novo país que surgia.⁵⁹

O conjunto de artigos dá a perceber que *estabilidade e ordem* eram valores cardeais na formação dos Estados Unidos. Além do receio quanto à quebra da unidade presente entre os Estados, também os conflitos sociais compunham a pauta de preocupações que orientaram os líderes federalistas.

No *paper 10*, redigido por James Madison, a “dissensão e a desordem”, causadas pelos conflitos entre facções, são vistas como riscos para a “segurança pessoal e a conservação dos direitos de propriedade”. As facções, por sua vez, são definidas como “[...] uma reunião de cidadãos, quer formem a maioria ou a minoria do todo, uma vez que sejam unidos e dirigidos pelo impulso de uma

⁵⁶ VAN CAENEGEM, 2009, p. 210.

⁵⁷ COSTA, 2012, p. 172.

⁵⁸ PISARELO, 2011, p. 67.

⁵⁹ Interessante síntese sobre a obra e seus autores encontra-se no site da Embaixada Americana: <http://ipdigital.usembassy.gov/st/portuguese/publication/2014/07/20140716304056.html#axzz4O7Z75KfL>

paixão ou interesse contrário aos direitos dos outros cidadãos, ou ao interesse constante e geral da sociedade.”⁶⁰

Na sequência do artigo, o autor indica claramente qual seria o principal antagonismo presente nas sociedades, a opor diferentes facções: “[...] a causa que mais comumente tem dado lugar ao nascimento das facções tem sido a desigual distribuição das propriedades. Os interesses dos proprietários têm sido diferentes interesses daqueles que não o são.”⁶¹

E arremata: “É de necessidade que entre as nações civilizadas se formem interesses de agricultura, interesses de manufaturas, interesses de comércio, interesses capitalistas e outros menos importantes que dividem a sociedade em diferentes classes com vistas e sentimentos diferentes.”⁶²

Os *interesses menos importantes* precisam ceder ante a necessidade de assegurar a integridade do objetivo maior. O que Madison chama ‘espírito de facção’ teria causado as crises que colocaram em risco a Confederação e precisava ser contido para viabilizar o novo país, sem o que este também estaria fadado à dissolução. O pensamento liberal, especialmente em sua vertente econômica, parece impulsionar o autor em sua defesa dos escopos do capital contra oposições que se apresentem, venham elas de grupos minoritários ou majoritários. E esta linha ideológica orienta a definição do que seja o interesse da sociedade como um todo, mesmo que partes significativas dela discordem...

A crítica ao projeto Federalista e à Constituição foi disseminada e também gerou numerosos artigos e panfletos, elaborados de forma assistemática e sem uma liderança centralizada, contudo. Vários destes escritos — conhecidos como os *textos anti-federalistas* — foram compilados e fornecem uma base para que se compreendam diversos pontos de divergência presentes naquele momento.⁶³

Em resposta ao temor expresso por Madison quanto à atuação das facções, John Francis Mercer, auto intitulado ‘um fazendeiro de Maryland’, busca demonstrar que uma sociedade livre é formada por pessoas e grupos divergentes e que isso é essencial para prevenir a tirania.

⁶⁰ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 60.

⁶¹ HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 61.

⁶² HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 61.

⁶³ A coletânea pesquisada foi elaborada por Bill Bailey tendo por base a obra de Morton Borden, usualmente reconhecida como a melhor e mais sistemática compilação de textos anti-federalistas, embora não a mais abrangente, por ter deixado de fora vários artigos. BAILEY, Bill (org.). **The Antifederalist Papers**. Available at www.thefederalistpapers.org Access on 26 oct. 2016.

Um primeiro aspecto abordado diz respeito à afirmação feita pelo mesmo James Madison no *paper* 37 de que a “[...] Convenção escapou por milagre da funesta influência do espírito de animosidade e de partido [...]” o que lhe permitiu, sacrificando “[...] ao bem geral todos os interesses e opiniões particulares [...]”, construir uma unanimidade em torno da qual todos os representantes se conciliaram.⁶⁴

Falando especificamente sobre a formação de um governo nacional, John Mercer sustenta que, ao perceber o que criaram, parte dos convencionais renegou sua obra:

But even then the advantages and disadvantages of national government operated so strongly, although silently, on each individual, that the conflict was nearly equal. A third or middle opinion, which always arises in such cases, broke off and took the lead - the national party [thus] assisted, pursued steadily their object - the federal party dropped off, one by one, and finally, when the middle party came to view the offspring which they had given birth to, and in a great measure reared, several of them immediately disowned the child.⁶⁵

A partir daí, demonstra que existem alguns grandes e significativos grupos dentro da sociedade Americana, sendo que dois dentre os mais expressivos são compostos por proprietários de terras e capitalistas. Após destacar virtudes e defeitos (mais estes que aquelas) de cada um, conclui sustentando a necessidade de conviverem diferentes partidos, que congreguem as diversas opiniões presentes em qualquer grupamento humano:

[...] on the preservation of parties, public liberty depends. Whenever men are unanimous on great public questions, whenever there is but one party, freedom ceases and despotism commences. The object of a free and wise people should be so to balance parties, that from the weakness of all you may be governed by the moderation of the combined judgments of the whole, not tyrannized over by the blind passions of a few individuals.⁶⁶

Sociedades onde há uma unanimidade tendem a suprimir a liberdade e abrem espaço para o despotismo. Daí ser possível inferir que, na visão do autor, um povo sensato deve preferir ser governado por pessoas que busquem o equilíbrio entre os diferentes pensamentos concorrentes, afastando o risco de ser tiranizado por alguns indivíduos. O que evidentemente reflete de maneira muito mais clara a noção contemporânea de democracia.

⁶⁴ HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 227.

⁶⁵ MERCER, John Francis. On the Preservation of Parties, Public Liberty Depends. in BAILEY, Bill (org.). *The Antifederalist Papers*. p. 32. Available at www.thefederalistpapers.org Access on 26 oct. 2016.

⁶⁶ MERCER, John Francis. On the Preservation of Parties, Public Liberty Depends. *Op. cit.*, p. 35.

O debate travado em torno da conveniência, ou não, de coexistirem grupos discordantes é um exemplo das divergências presentes na América de 1787 e que levaram, segundo Morton Borden, a que se firmasse uma espécie de acordo tácito acerca de como a Constituição deveria ser interpretada e aplicada. A abertura interpretativa precisaria ser incorporada ao pensamento constitucional, permitindo que as críticas dos anti-federalistas fossem absorvidas e influenciassem a futura aplicação de seus comandos. Nas palavras do autor:

Therefore, to win the support of their opponents, the proratificationists essentially had to consent to a doctrine of interpretation that must be considered a part of the Constitution, and that therefore must be the basis for interpretation today. This doctrine can be summed up by saying, "if a construction would have been objectionable to the anti-federalists, it should be initially presumed unconstitutional".⁶⁷

O que se percebe dos dados coletados é que a Constituinte norte americana não foi um momento milagroso, mas uma assembleia muito parecida com todas as demais, com convergências e divergências, acordos e conflitos, de modo que não se pode sustentar — em que pese uma base comum de conceitos e experiências — ter existido um consenso unânime em torno do modelo de Estado que, naquele momento, se pretendia legar às gerações futuras.

Isto evidencia o equívoco do pensamento originalista que, em nome do resgate de valores históricos, nega todo um horizonte de possibilidades interpretativas que se busca adjudicar à Constituição norte americana. O fechamento à evolução dos costumes (que envolvem questões como relações homoafetivas, por exemplo) e a rejeição a um Estado mais participativo (com uma constante crítica a ações voltadas a reduzir a desigualdade social) são sustentadas na defesa de um modelo de Estado idealizado no passado e que refletiria o sonho dos norte-americanos.

Como se vê nas linhas ora traçadas, o sonho dos pais fundadores na verdade reflete um projeto particular, capitaneado por um grupo que logrou impor aos demais sua visão de mundo. Um país onde os valores liberais deveriam prevalecer, mas sempre com respeito à ordem e à hierarquia social; onde a propriedade privada e os interesses dos proprietários teriam primazia; onde a vontade social e a soberania popular deveriam ser traduzidas pelos mais capazes, funcionando antes como um fundamento de validade para suas próprias decisões que como mecanismo para formação democrática de vontades coletivas.

⁶⁷ BORDEN, Morton. Introduction to the anti-federalist papers. in BAILEY, Bill (org.). *The Anti-federalist Papers*. Op. cit., p. 2.

6. CONCLUSÃO

O pensamento originalista defende que a Constituição norte americana deve ser interpretada e aplicada tendo por base os referenciais valorativos eleitos pelos constituintes, os *pais fundadores*. Ao fazer isto, os autores adeptos desta corrente sustentam um dever de coerência das gerações presentes com aquela que originalmente desenhou o Estado norte americano, mantendo, assim, a integridade do sistema jurídico que deu forma à sua nação.

Por vezes, parece que as palavras de Antonin Scalia e seus seguidores refletem algo como uma deificação dos constituintes originários, que teriam tido a capacidade de transformar em normas jurídicas positivas todo um conjunto de valores e conquistas sociais que não se restringiriam a uma geração, mas que pertencem a toda a humanidade.

A análise aqui feita permite afirmar que 1787 talvez não tenha sido um momento ‘mágico’, especial, como muitos norte americanos gostam de lembrar. Em verdade, os eventos ocorridos durante a *U.S. Constitutional Convention* indicam um concerto entre forças plurais, ora convergentes, ora divergentes, que sonhavam com diferentes possibilidades de futuro. Exatamente como aconteceu e acontece ainda hoje em vários lugares do mundo.

A Constituição que nasceu naquele momento foi o fruto dos acordos possíveis, que talvez não refletissem os ideais plenos de liberdade, igualdade ou soberania popular defendidos por tantos. Em suma, a Assembleia Constituinte norte americana assemelha-se bastante a diversas outras, com todas as suas virtudes e defeitos.

A influência do pensamento liberal político e econômico foi marcante e decisiva e refletiu um traço cultural daquela sociedade, presente desde antes da independência, que impulsionou várias das inovações institucionais então forjadas e exportadas, nas décadas seguintes, para o restante do mundo ocidental.

Este predomínio do liberalismo, contudo, não foi capaz de dar origem a uma sociedade aberta a todos. A liberdade dos homens de negócios e proprietários de terras e escravos, o grupo que desenhou o Estado norte americano, tinha suas particularidades e não parece tão afeita a princípios democráticos como se alardeia hoje.

Em verdade, nota-se uma identidade entra a geração atual — dominada pelo resgate do conservadorismo — e aquela representada pelas vozes majoritárias presentes na *U.S. Constitutional Convention* no que tange à tendência a reduzir os espaços de participação e defesa de interesses das classes populares. Veja-se, a propósito, a celeuma em torno da extensão do acesso à saúde para os mais pobres proporcionada pela legislação conhecida como ObamaCare e a

avalanche de críticas ao que vem sendo considerada uma invasão sobre a liberdade individual. Políticas públicas como esta, que visam a implementar ou ampliar sistemas de proteção social, são usualmente desqualificadas em vista de sua pretensa inadequação face aos valores defendidos pelos pais fundadores. Valores que, como vistos, não eram tão consensuais assim, além de não refletirem, necessariamente, a vontade geral da nação.

Parece que os conservadores de hoje se vêm bem acompanhados ao estenderem as mãos a seus companheiros do passado...

REFERÊNCIAS

AMARAL, Diogo Freitas do. **História do Pensamento Político Ocidental**. Coimbra: Almedina, 2012.

BEARD, Charles A. **An Economic Interpretation of the Constitution of the United States**. New York: The Macmillan Company, 1921.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BORDEN, Morton. Introduction to the anti-federalist papers. In: BAILEY, Bill (org.). **The Antifederalist Papers**. Available at www.thefederalistpapers.org Access on 26 oct. 2016.

COOLEY, Thomas M. **Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América**. Trad. Ricardo R. Gama. Campinas: Russell, 2002.

COSTA, Pietro. **Poucos, Muitos, Todos**. Lições de história da democracia. Trad. Luiz Ernani Fritoli. Curitiba: UFPR, 2012.

DIPPEL, Horst. El Concepto de Constitución en los Orígenes del Constitucionalismo Norteamericano (1774-1776). **Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional**. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, n. 6. 2010.

FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. 34. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HAYEK, Friedrich A. **Os Fundamentos da Liberdade**. São Paulo: Visão, 1983.

LOCKE, John. O Segundo Tratado sobre o Governo. in **Dois Tratados sobre o Governo**. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MADISON, James. **Introduction to the Debates in the Federal Convention of 1787**. Disponível em http://constitution.org/dfc/dfc_0001.htm Acesso em 05 abril 2016.

MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. in BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11. ed. Brasília: UnB, 1998.

MAYER, David N. The English Radical Whig Origins of American Constitutionalism. **Washington University Law Review**. Vol. 70, Issue 1. January 1992. Available at: http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol70/iss1/5 Access on 15 January 2015

MERCER, John Francis. On the Preservation of Parties, Public Liberty Depends. in BAILEY, Bill (org.). **The Antifederalist Papers**. Available at www.thefederalistpapers.org Access on 26 oct. 2016.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.

PAINE, Thomas. Senso Comum. In: WEFFORT, Francisco (org.). **Os Pensadores**. Vol. XXIX. São Paulo: Abril, 1973.

PISARELO, Gerardo. **Un Largo Termidor**. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático. Madrid: Trotta, 2011.

RÍO, Rosario de la Torre del. **El Congreso de Viena (1814-1815)**. Madrid: Catarata y Universidad Complutense de Madrid, 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

SCALIA, Antonin. Originalism: the Lesser Evil. **University of Cincinnati Law Review**. Volume 57, 1989. Available at: <http://scholarship.law.uc.edu/uclr>

VAN CAENEGEM, R. C. **Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

* Recebido em 26 nov. 2016.



O INDIVIDUALISMO E PATRIARCALISMO DOS DIREITOS HUMANOS COMO MARCO DA IDEOLOGIA-MUNDO

*Leilane Serratine Grubba**
*Sérgio Fernandes de Aquino***

Resumo

O artigo tem por objeto os direitos humanos. Por meio do método dedutivo, objetivou problematizar e analisar criticamente a utopia individualista e patriarcal que continua, mesmo que ocultamente, na base da concepção de direitos humanos moderna e globalizada (universalizada). Nesse sentido, em primeiro lugar, analisou-se o desenvolvimento dos direitos humanos no marco da ideologia mundo, desde a sua configuração como direitos do homem e do cidadão, até as Declarações de Direitos Humanos do Século XX. Em segundo lugar, abordou-se o ponto chave do artigo, o patriarcalismo como depredador social que existe no âmbito dos direitos humanos.

Palavras-chave

Direito; Direitos Humanos; Direito Positivo; Ideologia-Mundo; Patriarcalismo.

THE INDIVIDUALISM AND PATRIARCHALISM IN HUMAN RIGHTS

Abstract

The article focuses on human rights. Through deductive method, the article aims to discuss and critically analyze the individualistic and patriarchal utopia that continues, even if secretly, on the basis of the design of modern, globalized human rights (universalized). In this re-

* Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Meridional. Professora dos Programas de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Faculdade Meridional e Universidade Nove de Julho. Professora dos Cursos de Direito da Faculdade Meridional e Faculdade CESUSC. Professora da Escola Superior do Ministério Público de Santa Catarina. Pesquisadora da Fundação Meridional.

** Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado – em Direito do Complexo de Ensino Superior Meridional (Imed). Professor do Curso de Direito da Faculdade Meridional (Imed). Pesquisador da Faculdade Meridional. Coordenador do Grupo de Pesquisa: Ética, Cidadania e Sustentabilidade. Membro do Grupo de Pesquisa: “Modernidade, Pós-Modernidade e Pensamento Complexo”, “Multiculturalismo e Pluralismo Jurídico” e “Transnacionalismo e circulação de modelos jurídicos”. Líder do Centro Brasileiro de Pesquisa sobre Amartya Sen: interfaces com direito, políticas de desenvolvimento e democracia. Membro associado do Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira do Ensino de Direito - ABEDI. E-mail: sergiorfaquino@gmail.com

gard, firstly, analyzed the development of human rights in the context of ideology since its configuration as human rights and the citizen, to the Declarations of Human Rights of the twentieth century. Second, addressed to the key point of the article, patriarchy as a social predator that exists in the field of human rights.

Keywords

Law; Human Rights; Positive Law; Ideology; Patriarchy.

1. INTRODUÇÃO

A dupla atitude ante o Estado¹ que conduz ao mal-estar da dualidade é resultado do fato de que, desde o ano de 1948, até os dias de hoje, denominam-se Direitos Humanos os resultados de positivação institucional decorrentes dos diversos processos sociais, culturais e políticos que exigiram a proteção da cidadania contra a intervenção do Estado, bem como as demandas de intervenção deste para obstaculizar a manifestação irrestrita do mercado e suas consequências nas relações sociais (HERRERA FLORES, 2009, p. 150).

Se, em alguns momentos, reivindica-se uma esfera autônoma livre, em outros, busca-se a interferência para obstaculizar as consequências do capital irrestrito. Os direitos humanos, nesse sentido, são nomeados *convenção*, que é terminológica e, ao mesmo tempo, ideológica.

Ao se perceber os Direitos Humanos apenas como o resultado já positivado institucionalmente, deixa-se de se atentar para as demais manifestações humanas, sejam as sociais, políticas, culturais, econômicas, entre outras, para alcançar bens materiais e imateriais para uma vida digna de ser vivida. A insistência histórica de acreditar num *institucionalismo transcendental*² como resposta às dificuldades humanas no globo tem marginalizado diversas e diferentes vozes capazes de contribuir, de modo significativo, à mitigação das injustiças e aperfeiçoamento dos espaços democráticos.

¹ O *Estado* é definido como a organização política da sociedade em uma instituição situada espacial e temporalmente. É caracterizado por alguns elementos essenciais, são ele: "(a) seu poder se exerce através e de acordo com o Direito (é uma ordem jurídica); (b) é o poder máximo dentro de suas fronteiras (soberania); (c) possui como objetivo final a satisfação dos interesses e necessidades da comunidade que o instituiu (bem comum); (d) seu poder se exerce sobre um determinado grupo de indivíduos (povo); e (e) o exercício de seu poder possui limites espaciais (território)";. Dito isso, devemos ressaltar que o Estado pode ser por espécie, democrático, autoritário ou totalitário, bem como o fato de que a expressão *bem comum* é variável temporal e historicamente (LAMY; RODRIGUES, 2010. p. 26).

² Nas palavras de Sen (2011, p. 36): "Essa abordagem, [...], tem duas características distintas. Primeiro, concentra a atenção no que identifica como justiça perfeita, e não nas comparações relativas de justiça e injustiça. Ela apenas busca identificar características sociais que não podem ser transcendidas com relação à justiça; logo, seu foco não é a comparação entre sociedades viáveis, todas podendo não alcançar os ideais de perfeição. [...]. Segundo, na busca da perfeição, o institucionalismo transcendental se concentra antes de tudo em acertar as instituições, sem focalizar diretamente as sociedades reais que, em última análise, poderiam surgir".

Esses resultados de lutas humanas, assim como os bens necessários para a dignidade, em que pese ainda não positivados, também podem ser considerados direitos humanos. Isso porque, não é a positivação de um direito que o torna direito humano. Entretanto, no decorrer da história, os resultados das lutas humanas por dignidade — expressas por meio dos Direitos Humanos — são, aos poucos, reconhecidos institucionalmente como necessidades humanas e, conseqüentemente, são positivados em normativas para garantir a sua efetividade.

Quando Bobbio (1992, p. 15-20) defendeu, em seu texto *A era dos direitos*, que importava somente a aplicação dos direitos, que já estavam justificados — positivados juridicamente —, aceitou a natureza aparentemente natural e imutável dos direitos. Com isso, Bobbio aceitou a fundamentação moral do liberalismo e do individualismo, que separa os direitos em duas esferas, ou seja, entre direitos individuais — naturais — e os direitos sociais, econômicos e culturais.

Nesse mesmo texto, em outra passagem, Bobbio percebeu os Direitos Humanos em sua transitoriedade histórica, o que importa na impossibilidade de se atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos.

Por serem historicamente relativos, o que parece fundamental em determinado período histórico pode não mais ser no futuro e não necessariamente o foi no passado. Não se pode considerar como Direitos Humanos apenas os direitos positivados, visto que as inovações técnicas, sociais, culturais, aliadas à velocidade da informática, caminham muito mais velozmente do que as reformas jurídicas para a positivação de novos direitos.

Sob igual argumento, pode-se afirmar que a raiz de compreensão dos Direitos Humanos como parte das conquistas da humanidade se manifesta pelas lutas de reconhecimento daqueles nos quais, historicamente, foram negligenciados e eliminados do nosso vínculo humano compartilhado, não obstante se observe a existência de mecanismos institucionais elaborados para coibir qualquer tratamento. Trata-se de se identificar a vida³ qualitativa, digna

³ “A produção, reprodução e desenvolvimento da vida é um critério de realidade: para que o ser humano possa sentir, respirar, falar, comunicar, criar, recriar, significar e resignificar mundos, deve viver. Por esta razão, partimos da consideração de que a vida humana é o fundamento interno da realidade. A vida humana (não abstratamente considerada) funciona como critério de julgamento de toda ação, tanto sobre a que a produz, reproduz e desenvolve como sobre a que a aniquila ou degrada. Nos referimos a ela como fim, não como um programa que se pode cumprir ou se fracassar. Trata-se mais de condição para qualquer coisa, ação ou evento que está dentro dos marcos da realidade histórica do ser humano. Sem a vida dos sujeitos, não há discussão, nem razão, nem valoração, nem sentimento [...]. Os ordenamentos jurídicos e direitos humanos guardam relação com a administração da vida e da morte de todas as pessoas do planeta, com nomes e sobrenomes. Este ponto de construção de uma ciência e uma cultura

como pressuposto de integração contra os abusos praticados em nome dos Estados nacionais ou de culturas mais violentas que não anseiam o diálogo multicultural.

Este artigo, que tem por objeto os direitos humanos, objetiva, por meio do método dedutivo, problematizar e analisar criticamente a utopia individualista e patriarcal que continua, mesmo que ocultamente, na base da concepção de Direitos Humanos que se observa hoje de maneira globalizada (universalizada).

Nesse sentido, em primeiro lugar, analisou-se o desenvolvimento dos Direitos Humanos no marco da ideologia-mundo, desde a sua configuração como direitos do homem e do cidadão, até as Declarações de Direitos Humanos do Século XX. Em segundo lugar, abordou-se o ponto chave do artigo, o patriarcalismo como fundamento predatório da vida social na qual deve ser preservada no âmbito dos direitos humanos a partir da pluralidade cultural.

2. O DESENVOLVIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS NO MARCO DA IDEOLOGIA-MUNDO

O termo Direitos Humanos, conceito utilizado para designar direitos universais que garantem a dignidade para todos os seres humanos, sem quaisquer distinções, é uma convenção que foi adotada somente em 1948, posteriormente ao surgimento das Nações Unidas (1945).

Antes de 1948, falava-se em Direitos do Homem e do Cidadão. Esses direitos referia-se, à época, apenas à classe em ascensão e, aos poucos, foi conquistando todas as esferas do poder. Somente no marco da Guerra Fria que o termo Direitos Humanos se converteu hegemônica e ideologicamente no discurso veiculado pelo processo de acumulação capitalista da fase keynesiana.

Salienta-se, no entanto, que foi quando apenas se falava em Direitos Do Homem, que encontramos o início da fundamentação individualista do que posteriormente se categorizaria por direitos humanos. A própria Revolução Francesa, justificada na teoria jusnaturalista, percebeu os indivíduos de maneira anterior e superior ao Estado e, além disso, como portadores de direitos naturais inatos, o que lhes possibilitaria a organização de qualquer tipo de sociedade e de instituição política.

Contudo, com a tomada do poder político pela burguesia, que à época já detinha o poder econômico, ocorre uma inversão discursiva, pois se enun-

jurídica responsável que alia condições de existência humana com a natureza". (RUBIO, 2014, p. 38/39)

ciou direitos de maneira formal, na qual a liberdade se converteu em autonomia e a igualdade, em igualdade perante a lei, encobrendo formalmente a desigualdade concreta e material na sociedade.

Verifica-se, entretanto, que foi no contexto pós-Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e, principalmente, frente à vitória ao nacional-socialismo e a substituição do imperialismo europeu pelo de matriz norte-americana, como a ideologia liberal e seus componentes individualistas, abstratos e formalistas, consolidou-se como a visão universal que foi tomando forma nas normas e textos que vão surgindo.

As Declarações híbridas, a partir de 1966, que preceituavam não somente direitos individuais, mas igualmente direitos sociais, incorporaram as contradições de classe, surgidas do modo de produção baseado no capital. Essas normas de cunho social e de caráter de programaticidade, não deixaram de se vincular aos interesses do capital, mas mantiveram controlado o conflito de classes. Aí emergiu o problema da eficácia das normas de direitos sociais (das normativas internacionais e das Constituições Federais).

Essa ordem se manteve intacta até a crise do keynesianismo, no início dos anos 70, do século XX, e que desmoronou no fim dos anos 80, do século XX, com o triunfo do capitalismo anglo-saxão e suas justificações englobadas sob o rótulo do fim da História⁴ e do Consenso de Washington. Não é por outro motivo que se pode constatar esses cenários por meio algumas afirmações como a de Margaret Thatcher⁵: *There is no such thing as society: there are individual men and women, and there are families.*

Os Direitos Humanos, percebidos por uma ótica liberal e individualista que prima pela justificação ideológica no campo do discurso jurídico e posterior abraço dos demais campos da vida humana, persiste desde a Guerra Fria.

Se, por um lado, o termo 'direitos' é empregado ideologicamente para demonstrar que a dignidade de todos os seres humanos encontra-se garantida juridicamente, prescindindo-se de quaisquer outras garantias para além dessa

⁴ Sobretudo a partir de 1960, proliferaram as tendências ideológicas de ilusão da realidade para decretar o fim das doutrinas, o fim das ideologias, o fim da História, e assim, sucessivamente, decretou-se o fim do socialismo, do marxismo, da modernidade e da utopia. Um fim sempre apresentado de modo geral, abstrato e particular, dentro de determinado movimento histórico do qual não se pode falar em futuro, e transformado em universal, abstrato e absoluto. Contudo, trata-se de uma ideologia que, ao proclamar o fim da História e o fim da utopia, intentou transformar o ideal em real e pretende proclamar o fim da possibilidade de um projeto de vida melhor, de busca da dignidade humana. Isso porque um mundo sem utopias, sem metas, seria um mundo sem História, um mundo congelado no que se apresenta como o real (SÁNCHEZ VÁZQUEZ, 2001. p. 353-371).

⁵ Numa tradução livre do autor deste texto: Não existe algo como "Sociedade": o que existe apenas são homens e mulheres individuais e as famílias.

esfera de reconhecimento e efetivação, por outro lado, o termo 'humanos', enquanto conceito que engloba as múltiplas possibilidades de manifestação da vida humana em uma suposta identidade, serve para homogeneizar todos e todas sob o manto da identidade humana imposta pela ideologia liberal-individualista (ideologia-mundo⁶) e, por assim dizer, racional.

Insiste-se: a lógica dos Direitos Humanos não é tão somente instrumental e/ou institucional. É somente por meio da pluralidade cultural, da diversidade, que se enxerga a nossa *unidade*, algo comum, coerente⁷, inteligível capaz de insistir no nosso desenvolvimento por meio da integração, do acolhimento, da tolerância, da proximidade como vetores indispensáveis à concretude desses direitos como experiência de vida multicultural no século XXI.

Todos esses cenários entoam a necessidade do reconhecimento⁸ por meio de uma *fala sensata multicultural*, pois não é possível que se deseje ações

⁶ Decorre da concepção de *ideologia* o termo *ideologia-mundo*. *Ideologia-mundo* é o conceito utilizado para designar o modelo de relação capitalista próprio da modernidade ocidental. Por mais que o capital tenha demonstrado uma tentativa de desprendimento do *fazer humano*, tornou-se cada vez mais dependente dele e, progressivamente, expandiu seu controle sobre a produção dos bens materiais e imateriais oriundos do fazer humano, a partir da instituição da ordem global neoliberal, que se tornou possível com a reordenação dos acordos de Bretton Woods, que instituíram o Fundo Monetário Internacional, conhecido pela sigla FMI, o Banco Mundial, a Organização Mundial do Comércio, etc. Hoje em dia, não mudou o dado básico que atravessa a modernidade ocidental e que se resume ao processo de acumulação ilimitada e sem freios do capital. O que difere é o enfoque, pois ao mesmo tempo em que a teoria crítica mantém a categoria *trabalho* como elemento fundamental para o entendimento da sociedade e da cultura, se reconhecem suas transformações e adaptações ao novo contexto no qual vivemos. Modernamente, se fala muito mais em ciclo de trabalho imaterial (LAZZARATO; NEGRI, 2001; HERERA FLORES, 2009b, p. 192).

⁷ "[...] creio que *coerência* é, enfim, o termo correto e que lança ponte [...]: o que descubro no pensamento de alhures ou daqui é sempre 'co-erente', uma vez que resistindo efetivamente em conjuntos e justificando-se. Assim, com efeito, a *inteligência* é esse recurso comum, sempre em desenvolvimento, bem como indefinidamente partilhável, de apreender coerências e comunicar-se através delas. Heráclito já dizia: 'Comum a todos é o pensar', *phronein*. O que estabeleceu como princípio que não existe nada, de qualquer cultura que seja, que não seja em princípio inteligível - é este efetivamente, mais uma vez, o único transcendental que reconheço: não em função das categorias dadas, em nome de uma razão pré-formada, mas como exigência que forma horizonte e jamais se detém (e correspondendo, a esse título, ao universal). Isso, portanto, sem resíduo. De maneira absoluta. Ainda que os esforços dos antropólogos nunca sejam plenamente recompensados; ainda mesmo que eu mesmo nunca tenha certeza de ter conseguido ler o suficiente..." (JULLIEN, 2009, p. 175/176).

⁸ "[...] a exigência de reconhecimento igual é inaceitável. Mas a história não acaba, pura e simplesmente, aqui. Os adversários do multiculturalismo no meio acadêmico norte-americano aperceberam-se desta fraqueza e serviram-se dela como uma desculpa para virarem as costas ao problema. [...] "deve haver alguma coisa entre, por um lado, a exigência não genuína e homogeneizante de reconhecimento do valor igual e, por outro lado, o autoencasamento nos critérios etnocêntricos. Existem outras culturas e a necessidade de vivermos juntos, tanto em harmonia numa sociedade, como à escala mundial, é cada vez maior. O que existe é o pressuposto do valor igual, [...]: uma posição que assumimos quando nos dedicamos ao estudo do outro. Talvez não seja preciso perguntarmos se se trata de uma coisa que os outros possa, exigir de nós na qualidade de direito. Poderíamos, simplesmente, perguntar se é esta a maneira que devemos usar para abordarmos os outros. [...] a um nível simplesmente humano, poder-se-ia

justas globais como respostas dedutivas de uma única cultura - geralmente a que detém domínio econômico - para serem aplicadas de modo homogêneo em todos os lugares da Terra.

Nesse sentido é que se afirma como a falsa concepção dos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais⁹ — o direito nacional dos direitos humanos —

afirmar que é sensato supor que as culturas que conceberam um horizonte de significado para muitos seres humanos, com os mais diversos caracteres e temperamentos, durante um longo período de tempo – por outras palavras, que articularam o sentido do bem, de sagrado, de excelente –, possuem, é quase certo, algo que merece a nossa admiração e respeito, mesmo que possuam, simultaneamente, um lado que condenamos e rejeitamos. Talvez seja possível exprimi-lo de outra maneira: era preciso ser extremamente arrogante para, a priori, deixar de parte esta possibilidade". (TAYLOR, 1994, p. 92/93).

⁹ Devemos mencionar que, para nós, os direitos humanos são considerados como os resultados transitórios das lutas humanas por bens materiais e imateriais por uma vida digna de ser vivida. Portanto, não podemos considerar direitos humanos somente quando ocorrer a positividade (o reconhecimento) desses direitos, visto que o reconhecimento sempre é posterior à necessidade humana e às lutas, bem como dependerá dos interesses concretos (imbricação do político com o social, o econômico, etc). Essa explicação é importante para podermos situar nosso entendimento com relação aos *direitos humanos* e aos *direitos fundamentais*: para nós, tanto os direitos humanos (em nível supranacional) quanto os direitos fundamentais (nível nacional, ou seja, limitados espacialmente ao território nacional) são, ambos, espécies do gênero *Direitos Humanos*. Os direitos fundamentais não deixam de ser direitos humanos pelo fato de estarem positivados em uma Constituição nacional. O que ocorre é que, pelo fato de considerarmos os *direitos humanos* como o resultado sempre transitório das lutas, percebemos a positividade desses direitos apenas o reconhecimento formal e a garantia institucional. Por outro lado, em se tratando de direitos fundamentais, para serem assim considerados, é impositiva a sua previsão na Carta Constitucional. No Brasil, no que concerne à terminologia, a Constituição de 1988 se caracteriza por uma diversidade semântica, utilizando diferentes expressões para designar os direitos fundamentais, tais como: a) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, e art. 5º, p. 1º); b) direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inc. LXXI); d) direitos e garantias individuais (art. 600, p. 4º, inc. IV), ou enfim, e) *direitos humanos* (art. 4º, inc. II). Para Sarlet (2010, p. 29-32), a corriqueira expressão que distingue os *direitos fundamentais* dos *direitos humanos*, em virtude de estes guardarem relação com os documentos de direito internacional, enquanto aqueles estão reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional, é procedente. Uma outra distinção, que poderia ser feita, se refere ao fato de que os *direitos humanos* se referem mais a uma concepção jusnaturalista (jusracionalista), enquanto os *direitos fundamentais* são de cunho eminentemente positivista. Não esqueçamos, todavia, que os *direitos fundamentais*, pois mais que numa orbita positivista, decorrer em grande medida da própria concepção universalista dos direitos humanos, esta sim, jusnaturalista/jusracionalista. A diferenciação serve, em grande medida, para apontar a qual âmbito estamos nos referindo, internacional ou nacional. No entender de Lamy e Rodrigues (2010, p. 156-157), historicamente, os direitos fundamentais se originam da concepção de direitos humanos. Todavia, os direitos fundamentais “[...] versam sobre manifestações positivadas nos ordenamentos internos enquanto os direitos humanos se situam numa dimensão suprapositiva de natureza ético-política, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas.”. Consideram, então, os direitos fundamentais como “[...] normas jurídicas embebidas dos valores humanos”. O nosso objeto de estudo, entretanto, conduz a uma posição com relação ao enfoque adotado, em razão de que os direitos humanos e direitos fundamentais podem ser abordados a partir de diversas perspectivas e, neste caso, a discussão a respeito de serem os não os *direitos fundamentais* espécie do gênero que chamamos de *direitos humanos*, possui diversas perspectivas e posições divergentes. Não desconsiderando a importância do debate e sem pôr um limite de resposta à questão acima levantada, optamos por considerar, para fins desse trabalho, que a expressão *direitos fundamentais* corresponde aos

implica considerar que, quando nos referidos aos direitos humanos (ou direitos fundamentais), implicitamente estamos considerando apenas a sua concepção jurídico-formal em detrimento ao como o estilo cultural das vidas que habitam todo o planeta determinam o significado de dessas palavras institucionalizadas, seja no âmbito internacional, seja no nacional.

Em outras palavras, aclama-se apenas o Direito Internacional dos Direitos Humanos ou o Direito Nacional dos Direitos Humanos, em suas Declarações, Convenções, Pactos, Constituições, entre outros, sem considerar que a formalização desses direitos decorre da necessidade humana por bens materiais e imateriais e que, a partir da luta por esses bens, ascendem à condição de direitos humanos positivados (ou fundamentais), quando reconhecidos em Cartas de Direitos.

A institucionalização dos Direitos Humanos nas diferentes nações do mundo por meio dos Direitos Fundamentais, é uma necessidade sociocultural para se assegurar formas de exercício e reivindicação da Dignidade aniquilada. No entanto, o excessivo apego às regras institucionais, não obstante sejam democráticas, a postura *paternal* na resolução dos conflitos, na adoção de programas estatais, na elaboração, interpretação e aplicação das leis e princípios jurídicos, entre outros, cria e estimula o *institucionalismo transcendental*, o qual é péssimo para se tornar viável os Direitos Humanos enquanto expressão multicultural de uma razão pública global.

Por esse motivo, e como destaca Herrera Flores (2009a, p. 38/39), todo o sentido dos Direitos Humanos, enquanto projeto de *humanização da humanidade*, não se exaure no seu sentido institucional, em simplesmente se “ter direitos”¹⁰, mas se complementa e se fortalece na medida em que se possa identificar quais são os *bens comuns*¹¹ — materiais e imateriais — os quais garantem a renovação histórica, bem como a implementação da Dignidade Humana, ou

direitos humanos, embora com a distinção de estarem positivados no âmbito Constitucional de um Estado e, por isso mesmo, limitados territorialmente.

¹⁰ E destaca Herrera Flores (2009a, p. 39): “[...] o conteúdo básico dos direitos humanos não é o direito a ter direitos (círculo fechado que não cumpriu com seus objetivos desde que se ‘declarou’ há quase seis décadas). Para nós, o conteúdo básico dos direitos humanos será o conjunto de lutas pela dignidade, cujos resultados, se é que temos o poder necessário para isso, deverão ser garantidos por normas jurídicas, por políticas públicas e por uma economia aberta às exigências da dignidade”.

¹¹ Segundo Mattei (2014, p. 16/17): “[...] O tema dos bens comuns, de fato, tem a ver com a questão fundamental sobre o domínio das coisas e da relação da pessoa com a natureza. Por esse motivo, o tema não pode ser abordado, nem compreendido, sem expor no cerne do debate a dimensão institucional do poder e a sua legitimidade. [...] Pensar sobre os bens comuns exige, antes de tudo, uma postura central tipicamente global capaz de situar no centro do problema o problema do acesso igualitário das possibilidades que o planeta nos oferece. Uma perspectiva desse sentido suscita perguntas difíceis de contestar para quem opera numa fé inabalável sobre a constante depredação dos recursos naturais [...]”. Tradução livre do original em espanhol dos autores deste texto.

seja, são as lutas por uma vida digna no globo as quais sinalizam que bens são indispensáveis para se garantir, a todos, uma vida qualitativa.

Ao se observar uma concepção exclusivamente institucional dos Direitos Humanos, além de separar o jurídico das demais manifestações humanas, verifica-se uma visão restrita do seu conteúdo sócio-histórico-cultural, pois a dimensão jurídica tanto pode ser utilizada de maneira hegemônica quanto contra hegemônica. E mais: o jurídico não é uma categoria neutra, pois é permeado pelos contextos que o fundamentam e que possibilitam seu surgimento e manutenção, sejam social, econômico, político, tecnológico, científico, entre outros. Não é possível buscar, por meio dos Direitos Humanos, uma *justiça global perfeita*¹², cuja resposta homogênea, abstrata e universal possa resolver diferentes mazelas humanas no mundo.

A leitura que se faz da realidade sempre parte de posições. Em primeiro lugar, a partir das chaves que o presente nos oferece temporal e geograficamente, com os parâmetros dominantes que conformam a hegemonia: a posição ideológica. Em segundo lugar, a partir do local que as pessoas se situam no seio dos conflitos sociais (ação social).

Nesse sentido, a cultura jurídica — os pressupostos teóricos, simbólicos e conceituais dos quais se utilizam para interpretar as relações sociais a partir do direito —, emprega, para dizê-lo em termos de Capella (2004, p. 150), um conjunto de *seletores doxológicos*, os quais nos levam a um determinado modelo de leitura do fenômeno jurídico.

A leitura do Direito, tanto em sua visão forte — a não contaminação ideológica na produção, interpretação e aplicação do direito —, quanto em sua visão débil — o direito suscetível de ser utilizado por qualquer ideologia —, hierarquiza e seleciona os componentes do jurídico e torna invisível as posições ideológicas e políticas assentadas na visão patriarcal da realidade social (HERRERA FLORES, 2009, p. 162/163).

Os Direitos Humanos, nesse sentido, emergem desse contexto de narrações e estabeleceu, processualmente, as relações entre o mundo normativo e o mundo material, bem como entre os limites e obstáculos da realidade e as demandas ético-culturais da comunidade. Esse contexto de narrações tem a capacidade de nos conduzir para uma posição de passividade e de resignação ou a outra de contradição e resistência. Os rumos de nossa humanização dependerão dos compromissos interpretativos em relação ao estado de coisas

¹² “[...] A justiça global perfeita, por meio de um conjunto de instituições impecavelmente justo, mesmo que tal coisa pudesse ser identificada, sem dúvida exigiria um Estado global soberano, e na ausência desse Estado, as questões de justiça global pareceriam intratáveis aos transcendentalistas”. (SEN, 2011, p. 55).

dominante. Por esse motivo, insiste-se: não se trata apenas de se ter, reivindicar e exercer direitos, mas, também, o que nos pertence comumente e é capaz de esclarecer o que é essa Dignidade Humana no decorrer do tempo.

Se se reduzir esses direitos a seu componente jurídico-formal, perde-se a possibilidade de construir algo alternativo do que é. Perde-se a dimensão das esperanças presentes nas utopias históricas. Nessa linha de pensamento, deixa-se de perceber os componentes presentes no sentido jurídico e que não favorecem o cumprimento de uma integração humana a partir do discurso dos Direitos Humanos, tais como o patriarcalismo, o individualismo, o formalismo, entre outros “ismos”.

3. O PROBLEMA O PATRIARCALISMO DOS DIREITOS HUMANOS

Nesta seção, o objetivo de artigo é analisar o patriarcalismo como um componente extrajurídico dos direitos humanos que influi direta e indiretamente na promulgação das normas de direitos e também da eficácia dos direitos humanos positivados.

Como explicar e justificar uma realidade — a patriarcal — que se apresenta como naturalmente estabelecida e, ao mesmo tempo, invisível? Estés (1999), em seu texto *Mulheres que correm com os lobos*, percebe na sociedade um depredador que se instalou nos símbolos culturais, nas mentes, atitudes e sonhos de todos e todas, apresentando-se justamente como o natural, perante o qual os humanos devem entender o mundo e as relações que travam consigo e com todos os demais.

Pautado pela metodologia materialista¹³, Herrera Flores (2005) define o depredador e o seu modo concreto de funcionamento. Para esse pensador, o depredador se apresenta por várias feições. É classista, racista, etnista e, em suma, é configurador de opressões sobrepostas. Trata-se daquela figura apresentada por Baudelaire (2006, p. 139) na primeira parte de seu poema *O inimigo*: “A juventude não foi mais que um temporal/Aqui e ali por sóis ardentes trespassados;/As chuvas e os trovões causaram dano tal/Que em meu pomar não resta um fruto sazonado”.

Em última instância, Herrera Flores afirma que esse depredador é patriarcal, que naturaliza valores na sociedade e, conseqüentemente, guia a construção social do Direito e da Política ao estabelecer uma divisão entre a dimensão dos visíveis — os iguais perante a lei — e dos invisíveis, que são os outros, os diferentes.

¹³ A noção de *materialismo* importa numa constatação antagônica ao que preceitua o *solipsismo*, ou seja, que existe uma realidade além de nós e da nossa mente, realidade essa que se manifestou independentemente das nossas ações e reflexões (MARX, 1996).

Deve-se lembrar que o *patriarcalismo*, sustento de dominações autoritárias e totalitárias, não se confunde com o termo patriarcado, categoria teórica que aparenta não ter origens históricas concretas e afeta somente um tipo de coletivo: a mulher em abstrato.

O *patriarcalismo*, por sua vez, não configura uma posição estática ou um tipo de opressão autônoma e desvinculada de outras resultantes das relações capitalistas. Refere-se a um conjunto de relações de dominação articuladas: gênero, raça, sexo, classe social e etnia (HERRERA FLORES, 2005, p. 29). Nessa linha de pensamento, rememora-se os efeitos mundiais desastrosos causados pela intenção de se estabelecer um único *mercado*, cuja insegurança estimula investimentos mais duradouros, como é o caso da força bélica de alguns territórios. Esse cenário causa profundas misérias humanas em decorrência desse estado perpétuo de conflito, bem como demonstra o número significativo de imigrantes os quais deixam a sua terra natal devido a ausência de qualquer estabilidade cultural, política ou jurídica.

Uma das primeiras formulações históricas do conceito de patriarcalismo remonta a Aristóteles (19--). O *patriarcalismo* constitui-se na base de todos os processos de dominação política ou penal, sempre se apresentando de maneira difusa (FIRESTONE, 2009).

Em suma, politicamente, esse modelo do depredador patriarcal configura uma realidade que prima pelo abstrato sobre o concreto; axiologicamente, impõe um conjunto de crenças que se supõem superiores; e sociologicamente, constitui a base de exclusão. Dever-se-ia falar, então, para sermos exatos, de um capitalismo patriarcal, racional, étnico, sexual e classistamente estruturado (HERRERA FLORES, 2005, 30-33).

No entanto, esse argumento refere-se a um sistema que impõe como modelo a ideia de masculino, branco, proprietário e cidadão. Excluem-se todos os demais humanos pondo-os em situação marginal, ou seja, fora desses padrões econômicos, não há qualquer condição de *empoderamento*, especialmente feminino¹⁴, a fim de se insistir na *humanização da humanidade* junto com os Direitos Humanos.

Não é demais insistir: esse é um discurso tradicional desses direitos que, equivocadamente, faz crer como o Estado, ao se autolimitar por meio de nor-

¹⁴ Nas palavras de Sen (2000, p. 235): “O enfoque sobre o papel da condição de agente das mulheres tem influência direta sobre o bem-estar feminino, mas o seu alcance é bem maior. [...] O grande alcance da condição de agente das mulheres é uma das áreas mais negligenciadas nos estudos sobre o desenvolvimento e requer correção urgente. Pode-se dizer que nada atualmente é tão importante na economia política do desenvolvimento quanto um reconhecimento adequado da participação e da liderança política, econômica e social das mulheres. Esse é, de fato, um aspecto crucial do ‘desenvolvimento como liberdade’”.

mas de garantias, garante os direitos humanos via previsão em textos normativos — as Cartas, as Declarações, os Tratados, os Pactos, entre outros —, quando, na realidade, desvia a atenção dos contextos, ou melhor, subtrai os contextos concretos e materialistas do âmbito político e jurídico, principalmente os contextos social, econômico e cultural, e mostra os problemas da exclusão, da dominação e da desigualdade, por exemplo, como problemas estritamente políticos que podem ser resolvidos pela via normativa dos direitos.

Diante desse fato, os Estados que detêm em seu bojo o sistema capitalista de produção continuam ciclicamente a criar os mecanismos de primazia de direitos individuais e políticos sobre direitos sociais, econômicos e culturais, universalizando um culturalismo específico e fazendo crer que somente a democracia liberal tem o condão de garantir os Direitos Humanos.

Essa garantia institucional e normativa dos Direitos Humanos, todavia, deve ser confrontada com a imanência da vida. Por certo, não se pode negar que houve um avanço no desenvolvimento humano¹⁵, isto é, houve melhoria mundial no que toca à saúde, à longevidade, à instrução, ao acesso a bens e serviços e ao rendimento, correspondentes ao avanço tecnológico.

Não obstante, a História não se faz apenas de aspectos positivos. Vislumbra-se, também, um aumento considerável da desigualdade, no interior dos países e entre países, bem como a insustentabilidade dos padrões de produção e consumo. Essa condição implica considerar que a universalidade¹⁶ não é a melhor opção quando se trata de desenvolvimento dos contextos locais.

Em primeiro lugar, houve um aumento de 18% da média anual do índice de desenvolvimento humano (IDH), do ano de 1990 até o ano de 2010, bem como de 41%, desde o ano de 1970. Esse progresso se refere à esperança de vida, à educação, à dignidade, etc. Mais do que isso, a evolução abrange 92% da população mundial, considerando-se os 135 países avaliados (NAÇÕES UNIDAS, 2010, p. 3-10).

¹⁵ O desenvolvimento humano não deve ser visto como um preceito estático, mas como uma ideia em evolução. Tem muito a ver com o alcance de resultados positivos no decorrer da história e com o combate aos processos de desigualdade, de empobrecimento e de opressão e injustiça. Uma abordagem dinâmica do desenvolvimento nos leva a percebê-lo como a “[...] ampliação das liberdades das pessoas para que tenha vidas longas, saudáveis e criativas”. Essa liberdade não se sobrepõe à igualdade. Caminham conjuntamente. Aliada à noção de liberdade, está a intenção de um progresso do desenvolvimento humano de forma equitativa e sustentável em um planeta partilhado. Além disso, não se refere tão somente à satisfação das necessidades básicas, mas igualmente com o desenvolvimento como um processo participativo (NAÇÕES UNIDAS, 2010, p. 1-2, 12).

¹⁶ E insiste Pérez-Luño (2006, p. 221/222): “A universalidade não pode ser um dogma ou um simples princípio apriorístico ideal e vazio, de contornos tão etéreos que terminem por não significar nada. [...] A universalidade não pode ser relegada aos postulados ilusórios, mas reclama um esforço construtivista que permite a sua realização. Para se cumprir esse esforço, a universalidade é uma tarefa que precisa ser constituída nos debates policentricos multinacionais e multiculturais”. Tradução livre da obra original em espanhol dos autores deste texto.

Todavia, nem todo o crescimento é equivalente. Enquanto alguns países têm progredido com rapidez, a exemplo do percentual de um quarto dos países que cresceram mais de 65%, também existe o percentual de um quarto dos países que cresceu apenas menos de 20%. No quesito saúde, notou-se profundas reversões em 19 países. Em nove deles, sendo seis localizados na África Subsaariana e três na antiga União Soviética, a esperança de vida caiu bem abaixo dos padrões de 1970, principalmente em virtude das epidemias do VIH e do acréscimo da mortalidade adulta (NAÇÕES UNIDAS, 2010, p. 3-10).

No que toca à educação, por exemplo, o progresso muito mais se refere à quantidade e ao acesso ao ensino do que propriamente à sua qualidade. Se nos referirmos ao rendimento, o fosso que separa os países ricos dos países pobres persiste ao longo dos últimos 40 anos, sendo que um pequeno número de países continuou a permanecer no topo da distribuição de rendimento. Conforme as Nações Unidas (2010, p. 5):

O rendimento é crítico para determinar o domínio das pessoas sobre os recursos necessários para obter acesso a alimento, abrigo e vestuário e para possibilitar opções muito mais amplas — como trabalhar em atividades significativas e intrinsecamente compensadoras ou passar mais tempo com os entes queridos. [...] O rendimento é também a fonte dos impostos e de outras receitas de que os governos precisam para poderem prestar serviços e empreender programas redistributivos. [...] Os nossos resultados também não negam a importância de um rendimento mais elevado para aumentar o acesso das pessoas pobres aos serviços sociais, uma relação sustentada por extensos indícios microeconômicos. A forte correlação entre a situação socioeconômica e a saúde reflecte, com frequência, a vantagem relativa das pessoas mais abastadas na obtenção de acesso aos serviços de saúde.

Além desse argumento, desde a década de 80, do século XX, a desigualdade de rendimento aumentou em muito mais países do que aqueles nos quais diminuiu. “Para cada país em que a desigualdade melhorou nos últimos 30 anos, há mais dois em que ela piorou, mais notoriamente em países da antiga União Soviética”. Conforme o RDH 2010 das Nações Unidas:

A perda média do IDH devido à desigualdade é de cerca de 24% - ou seja, ajustado à desigualdade, o IDH global de 0,68 em 2010 cairia para 0,52, o que representa uma queda na categoria do IDH elevado para médio. As perdas vão dos 6% (República Checa) aos 45% (Moçambique), com quatro quintos dos países a perderem mais de 10% e quase dois quintos a perderem mais de 25%. [...] Os países com menor desenvolvimento humano tendem a ter maior desigualdade em mais dimensões — e, por conseguinte, maiores perdas no desenvolvimento humano. As pessoas na Namíbia perderam 44%, na República Centro-Africana perderam

42% e no Haiti perderam 41% devido à desigualdade multidimensional. [...] As pessoas da África Subsaariana sofrem as maiores perdas do IDH devido à desigualdade substancial em todas as três dimensões (NAÇÕES UNIDAS, 2010, p. 7).

No que tange propriamente à medida multidimensional da pobreza, verificamos o número de pessoas pobres (que sofre um determinado número de privações), vindo a constatar que aproximadamente 1,75 mil milhões de pessoas dos 104 países analisados pelo IPM (índice de pobreza multidimensional) vive em estado de pobreza multidimensional, isto é, com pelo menos um terço dos indicadores a refletir privações graves na saúde, educação ou padrão de vida. Conforme o Relatório, esse dado excede a estimativa de 1,44 mil milhões de pessoas que vivem com no máximo de 1,25 dólares por dia.

Dentre essa população, a África Subsaariana tem a mais elevada incidência de pobreza multidimensional. “[...] O nível varia entre um mínimo de 3% da África do Sul e uns enormes 93% no Níger; a proporção média de privações varia entre os 45% (no Gabão, no Lesoto e na Suazilândia) e os 69% (no Níger)”. Além disso, metade dos “multidimensionalmente pobres de todo o mundo vive no Sul da Ásia (51% ou 844 milhões de pessoas) e mais de um quarto vive em África (28% ou 458 milhões de pessoas)” (NAÇÕES UNIDAS, 2010, p. 8).

Contrariamente ao mito universalista, o próprio Relatório das Nações Unidas (2010, 2011, p. 9) afirma que as tentativas de transplante de políticas e situações institucionais normalmente fracassam, visto que existe uma variabilidade contextual vinculada às limitações institucionais e políticas de cada região porque as políticas devem emergir dos cenários locais, assim como devem ser adaptadas aos contextos específicos se intentarem originar alguma mudança.

O que ocorre, em suma, é o elogio à homogeneização e ao discurso mítico dos Direitos Humanos a partir do *patriarcalismo*, fazendo com que se perpetuem os conflitos de identidades — étnicas, culturais e outros similares —, os conflitos de manutenção das diferenças, bem como fazendo com que continuem a aumentar os bolsões de miséria e as desigualdades sociais, econômicas e culturais, abafando as vozes plurais e dissidentes sob o manto da globalização do capital transnacional¹⁷.

¹⁷ Nunes (2003, p. 73-75) rememora esse argumento: “O processo de *globalização financeira* assume uma importância fundamental no quadro da globalização, traduzindo-se, *grosso modo*, na criação de um *mercado único de capitais* à escala mundial, que permite aos grandes conglomerados transnacionais colocar o seu dinheiro e pedir dinheiro emprestado em qualquer parte do mundo. A desintermediação, a descompartimentação e a desregulamentação são as três características essenciais deste processo. Esta ‘liberdade’ de que tanto se fala tem permitido uma enorme aceleração da mobilidade geográfica dos capitais, facilitando a acção predadora dos grandes operadores financeiros que jogam na especulação e colocando muitos países situados na ‘reserva de caça’ dos especuladores à mercê da chantagem retirada dos capitais para países

Se persistir esse discurso de encobrimento e aniquilação das diferentes culturas no mundo, os propósitos, as lutas de integração e mitigação de todas as formas de violência contra a Dignidade Humana se tornam, apenas, nomes vazios. O interesse puramente egoísta — seja o individual, o coletivo ou da espécie — impede o reconhecimento e a abertura dialogal¹⁸ com outras pessoas. Somente a lógica da multiculturalidade, da cooperação, da tolerância, da solidariedade é capaz de nos sinalizar os caminhos da justiça e injustiça na medida em que se vivencia as virtudes e vícios de cada manifestação cultural no planeta.

Por esse motivo, o *patriarcalismo*, a criação de um mercado único e homogêneo no mundo, o isolamento das fronteiras nacionais diante dos conflitos e misérias a que são submetidos os seres humanos em países vizinhos, a insistência na manutenção perpétua dos conflitos bélicos, a eliminação do estrangeiro — imigrante ou refugiado — diante de um supervalorizado espírito nacionalista¹⁹ são apenas alguns exemplos de como os Direitos Humanos não podem ser encarados como “simples direitos”, como programas cuja falha ou não cumprimento trará, ainda mais, o flagelo humano.

Não! Esses direitos representam genuína esperança de outra vida possível que se manifesta pela habitual ação do Homem junto ao seu(s) semelhante(s). Baudelaire (2006, p. 139), na segunda parte do poema já citado neste texto, afirma algo que não se pode esquecer na perene constituição histórica dos Direitos Humanos e Dignidade Humana: “[...] Eis que alcancei o outono de meu pensamento,/ E agora o ancinho e a pá se fazem necessários/ Para outra vez compor o solo lamacento,/ Onde profundas covas se abrem como ossários”.

O desenvolvimento humano não pode se pautar por políticas uniformes ou universalizadas sem considerar quais manifestações humanas são capazes de, mais e mais, trazer vida, significado aos enunciados dos Direitos Humanos sem que haja uma postura ideológica mais fechada na qual impeça o

mais atractivos. Vários destes países já nem ousam tributar os rendimentos de capital, o que é um bom contributo para os escandalosos superlucros dos especuladores”. Grifos originais da obra estudada.

¹⁸ “[...] O homem é antropológicamente existente não no seu isolamento, mas na integridade da relação entre homem e homem: é somente a reciprocidade da ação que possibilita a compreensão adequada da natureza humana. [...] É somente quando há dois homens, dos quais, cada um, ao ter o outro em mente, tem em mente ao mesmo tempo a coisa elevada que a este é destinada e que serve ao cumprimento de seu destino, sem querer impor ao outro algo da sua própria realização, é somente aí que se manifesta de uma forma encarnada toda a glória dinâmica do ser do homem”. (BUBER, 2007, p. 152).

¹⁹ Nesse sentido, destaca-se as palavras de Pérez-Luño (2006, p. 217): “O nacionalismo radical constitui um absurdo lógico e ético, muito embora já tenha gozado no passado e goza no presente de uma ampla aceitação política”. Tradução livre da obra original em espanhol dos autores deste texto.

cumprimento dessas medidas. É necessário reconhecer a individualidade dos países e das comunidades, em que pese a importância de princípios básicos a servir de base às estratégias e políticas de desenvolvimento das regiões.

4. CONCLUSÃO

Este artigo teve por objeto os direitos humanos e objetivou problematizar e analisar criticamente a utopia individualista e patriarcal que continua, mesmo que ocultamente, na base da concepção de *Direitos Humanos* que temos hoje em dia de maneira globalizada (universalizada).

Nesse sentido, em primeiro lugar, analisou-se o desenvolvimento dos Direitos Humanos no marco da ideologia mundo, desde a sua configuração como direitos do homem e do cidadão, até as Declarações de Direitos Humanos do Século XX. Por meio dessa análise, compreendeu-se que esses direitos, percebidos por uma ótica liberal e individualista, primam pela justificação ideológica no campo do discurso jurídico, a qual persiste desde a Guerra Fria.

Esse é o ponto no qual se observa a degradação — histórica, material e institucional — de eficácia e eficiência dos Direitos Humanos porque: a) insiste-se no argumento de que a simples existência desses direitos — de se “ter direitos” — é a resposta capaz de solucionar todas as mazelas humanas em seus diferentes cenários culturais e; b) ao se ignorar as diferentes e diversas vozes que habitam o mundo, os Direitos Humanos não se tornam universais a fim de alcançar todas as pessoas, todos os povos que anseiam, temporalmente, por uma vida digna e tempos de paz mais duradouros.

Nesse discurso dos direitos humanos, existe um depredador patriarcal, que que naturaliza valores na sociedade e, conseqüentemente, guia a construção social do direito e da política, estabelecendo uma divisão entre a dimensão dos visíveis — os iguais perante a lei — e dos invisíveis, que são os outros diferentes.

O objetivo do artigo, nesse momento, foi o de analisar o patriarcalismo como um componente extrajurídico dos Direitos Humanos que influi negativamente na promulgação das normas de direitos, bem como na sua eficácia diante dos cenários multiculturais.

A positivação desses direitos não pode ser observada como o “fim das mazelas humanas”, porém, ao contrário, deve trazer a seguinte indagação: quais reformas globais, quais arranjos institucionais, em nome dos Direitos Humanos, são constituídos a partir das diferenças culturais a fim de se identificar e combater as injustiças humanas? Eis um desafio complexo, cuja resposta não pode depender de um modelo patriarcal, neutro, indiferente aos conflitos vivenciados todos os dias em tantos territórios na Terra, porém das variáveis

que surgem desse debate e da sua seleção para contribuir no zelo da Dignidade Humana.

O modelo patriarcalista dos direitos não pactua, em nenhum momento, com essas proposições, e, sim, impõe um conjunto de crenças as quais se classificam como sociologicamente superiores. É a partir dessa atitude que se dissemina a exclusão social, as misérias humanas, a ausência de espaços democráticos fundamentados por uma razão pública dialogal, bem como se utiliza o instrumento da guerra para se eliminar culturas mais conflituosas e/ou instituir outros modelos “aceitáveis” para a convivência naquele território.

Trata-se de um discurso tradicional dos Direitos Humanos que, equivocadamente, faz crer que o Estado, ao se autolimitar por meio de normas de garantias, garante e torna acessível esses direitos via previsão em textos normativos — as Cartas, as Declarações, os Tratados, os Pactos, entre outros —, quando, na realidade, desvia a atenção dos contextos, ou melhor, subtrai os contextos concretos e materialistas do âmbito político e jurídico, principalmente os contextos social, econômico e cultural, e mostra os problemas da exclusão, da dominação e da desigualdade, por exemplo, como problemas estritamente políticos que podem ser resolvidos apenas pela via normativas de direitos. Ao se realizar essa conduta, os Direitos Humanos esvaziam-se de significado à preservação universal da Dignidade Humana.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **A ética**. Rio de Janeiro: Tecnoprint S.A. 19--.
- BAUDELAIRE, Charles. **As flores do mal**. Tradução de Ivan Junqueira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BUBER, Martin. **Do diálogo e do dialógico**. Tradução de Marta Ekstein de Souza Queiroz e Regina Weinberg. São Paulo: Perspectiva, 2007.
- CAPELLA, Juan Ramón. **Elementos de análisis jurídico**. Madrid: Trotta, 2004.
- ESTÉS, Clarisse Pinkola. **Mulheres que correm com os lobos**. Rio de Janeiro: Rocco, 1999.
- FIRESTONE, Sulamith. **Dialéctica del sexo**. Barcelona: Kairos, 2009.
- HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009a.

_____. **De habitaciones propias y otros espacios negados**: uma teoría crítica de las opresiones patriarcales. Spain: Universidad de Deusto, 2005.

_____. **Teoria crítica dos direitos humanos**: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

JULLIEN, François. **O diálogo entre as culturas**: do universalismo ao multiculturalismo. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo, vol.1. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

LAZZARATO, Maurizio; NEGRI, Antonio. **Trabajo inmaterial**: formas de vida y producción de subjetividade. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2001.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

MATTEI, Ugo. **Bienes comunes**: un manifiesto. Traducción de Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2013.

NAÇÕES UNIDAS. **Relatório de desenvolvimento humano 2010**. A verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2010_PT_Complete_reprint.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2011.

NUNES, Antonio José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **La tercera generación de derechos humanos**. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzandi, 2006.

POPPER, Karl. **O conhecimento e o problema corpo-mente**. Lisboa: Edições 70, 1996.

RUBIO, David Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: de emancipações, libertações e dominações. Tradução de Ivone Fernandes Morcilio Lixa e Helena Henkin. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. **Entre a realidade e a utopia**: ensaios sobre política, moral e socialismo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. *In:* TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo.** Tradução de Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

* **Recebido em 17 fev. 2016.**



SOFTWARE LIVRE, LICENCIAMENTO DE SOFTWARE E ACESSO AO CONHECIMENTO

*Marcella Furtado de Magalhães Gomes**

*Roberto Vasconcelos Novaes***

*Mariana Guimarães Becker****

Resumo

Num mundo em que cada vez mais as nossas atividades dependem do bom desempenho dos softwares que as estruturam, a criação e a divulgação de softwares livres proporcionou acesso ao conhecimento, à pesquisa e ao desenvolvimento em países como o Brasil, que sem a utilização destas plataformas sofreriam ainda mais em razão de sua defasagem tecnológica se os compararmos aos desenvolvidos. O *open source* software difere do licenciamento de direitos autorais tradicional ao permitir a distribuição e a modificação pelos usuários dos softwares que utilizam. Todavia, apesar da nomenclatura comum, há diferentes modalidades de abertura e utilização destas ferramentas e estas diferenças têm repercussões jurídicas, tecnológicas e econômicas sérias. Temos desde softwares abertos que permitem ao usuário todo e qualquer tipo de uso de seu código, inclusive o econômico; até aqueles que exigem que todo uso seja também liberado em código aberto. Nos EUA existe uma bem estruturada legislação e já formada jurisprudência sobre estas modalidades de utilização do *open source* software. No Brasil, o mundo jurídico ainda não se deteve sobre a regulamentação precisa destas modalidades de software livre, suas possíveis utilizações e sobre as consequências jurídicas do descumprimento destas regras. Entretanto, nas últimas décadas o governo brasileiro tem apoiado a utilização de softwares livres em suas organizações. Nesse artigo, discutiremos sobre a legislação brasileira em relação ao licenciamento de software livre e analisamos as justificativas de ganho de produtividade e economia financeira utilizadas para a adoção desses sistemas. Assim, pretendemos demonstrar que a utilização de softwares livres é fundamental à promoção do desenvolvimento econômico e tecnológico, em especial em países como o nosso. O acesso aos softwares livres é vital para a melhor organização de governos e possibilita a transparência e a efetivação dos direitos humanos.

* Professora Adjunta do Departamento de Direito do Trabalho e Introdução ao Estudo do Direito da Faculdade de Direito da UFMG. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2002), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2005) e doutorado em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2009). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Ética, atuando principalmente nos seguintes temas: filosofia e filosofia do direito, história do direito e direito romano, sociologia jurídica, hermenêutica jurídica, introdução ao estudo do direito, teoria geral do direito e do direito privado, metodologia científica e metodologia da pesquisa em direito, lógica e lógica jurídica.

** Doutor e Mestre em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor do IBMEC Minas Gerais no Curso de Direito.

*** Graduanda em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Palavras-chave

Software livre, licenciamento de software, acesso ao conhecimento.

OPEN SOURCE SOFTWARE, ACCESS TO KNOWLEDGE AND SOFTWARE LICENSING

Abstract

The world depends more and more on computers. Open source and free software create the ideal conditions to access the fundamental digital tools, allowing the advance of knowledge, research and development in countries such as Brazil that would be otherwise deprived of these kinds of benefits. In spite of the common terms, there are different ways to license and distribute open source software. The open source spectrum ranges from complete grant of commercial uses to those that demand that derivative works are distributed under the same license terms. These differences have important economical, legal and technical consequences. Those different structures affect software development, longevity of projects and software distribution. In USA there is a better developed and structured legal precedent collection. In Brazil, however, the legal sphere is yet to study the precise rules and consequences of open source software, especially concerning intellectual property and patents. Nevertheless, in the past decade Brazil government had supported the utilization of the open source software in its internal organizations. There is also a new legislation that illuminates the uses and advantages of those technologies. In this paper we present this Brazilian legislation regarding open source software licensing, and also analyses the gains of productivity or economic benefits derived from the adoption of those systems. This way, we intend to show that the availability of open source and free tools is a fundamental factor to promote development that could otherwise be halted due to high costs and private control of technology. The access and availability of open source software is a vital way to create better governments, public transparency and human rights enforcement.

Keywords

Free Software, Software Licensing, Access to knowledge

1. INTRODUÇÃO

Num mundo em que as nossas atividades dependem do bom desempenho dos softwares que as organizam, a criação e a divulgação de softwares livres, ou seja, de programas que possibilitam o acesso do usuário à sua estrutura, tem o poder de dar acesso tecnológico relevante a diversas sociedades.

Apesar da nomenclatura comum, há diferentes modalidades de abertura e utilização destas ferramentas e estas diferenças têm repercussões jurídicas, tecnológicas e econômicas sérias.

Os defensores desta tecnologia argumentam que seu uso proporciona acesso às ferramentas digitais mais avançadas, favorecendo o avanço do conhecimento, da pesquisa e do desenvolvimento em países, como o Brasil, que sem a utilização destas plataformas sofreriam de forma mais drástica a sua ausência, em razão de sua defasagem tecnológica se os comparamos aos países desenvolvidos.

Neste trabalho apresentamos o que é um software livre, quais as modalidades jurídicas de abertura de código existem e quais as conseqüências destes diferentes tipos de licenciamento, bem como as repercussões da utilização do

software livre, em especial no Brasil, que adotou política governamental de incentivo à utilização desta ferramenta.

2. CONCEITO DE *FREE SOFTWARE* E DE *OPEN SOURCE SOFTWARE*

Em 1985 foi criada a *Free Software Foundation*, uma organização sem fins lucrativos, voltada à eliminação de restrições sobre a execução, cópia, distribuição, estudo e modificação de softwares. Estas ações constituem os pilares da definição de software livre, ainda que esta definição esteja em constante construção, em razão das diferentes demandas sociais e também da constante evolução tecnológica no âmbito de TI.

De acordo com a *Free Software Foundation* (FSF), por software livre devemos entender softwares que respeitam a liberdade e o senso de comunidade de seus usuários. Reafirmam-se, assim, os fundamentos que ensejaram a criação da FSF, ou seja, os usuários de softwares livres possuem a liberdade de executar, copiar, distribuir, estudar, mudar e melhorar o software de forma a controlar o programa e o que ele seria capaz de fazer. (<http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.pt-br.html>)

Essa liberdade volta-se tanto para o uso e execução dos softwares, quanto para sua capacidade de processamento e adaptação de dados às novas necessidades e aplicações, e, somente é possível ser concretamente exercida, pela disponibilização do código fonte que compõe o software para a análise e alteração por parte do usuário.

A disponibilização do código fonte possibilita um alto grau de produção tecnológica de caráter inovador. Um programa pode ser destrinchado e remodelado de forma a gerar diversos outros programas diferentes de seus originais. Permite-se, também, certa liberdade social, pela formação de parcerias entre diversos programadores e usuários que não são possíveis no contexto da produção de softwares sob licenças proprietárias.¹

A pluralidade de colaboradores também proporciona maior confiabilidade aos softwares pelo simples fato de vários programadores, de todo o mundo e com todo tipo de habilidades, trabalharem para melhorá-los. Além disso, os usuários desses programas podem relatar de forma mais completa as limitações e erros no seu funcionamento e se encontram em uma posição melhor para lidar com essas falhas, pois tem acesso à estrutura do software que utilizam.

¹ O termo proprietário é usado para se referir a programas e licenças que não possam ser considerados livres segundo a definição apresentada.

Todos esses fatores contribuem para a maior longevidade dos programas. Softwares proprietários podem sair de linha impedindo a sua reciclagem em programas mais modernos ou com novas aplicações. Softwares livres, apesar de estarem também sujeitos a cair em desuso, são facilmente acessíveis para serem reutilizados.

As diversas licenças que regem a utilização de softwares livres², antes de tudo, objetivam impedir a exploração comercial de caráter exclusivo de seus códigos-fonte. Isso não quer dizer que não possa ocorrer nenhum tipo de exploração econômica dos softwares livres ou de seus códigos-fonte; mas, apenas, que o usuário deve ter acesso ao seu código-fonte, o que possibilita para além do ganho econômico que o usuário usufrua do valor intelectual do software e tenha controle sobre o programa que utiliza.

O software livre é assim chamado porque seu usuário é livre para conhecer e utilizar a estrutura sobre a qual se construiu aquele sistema:

Assim sendo, 'software livre' é uma questão de liberdade, não de preço. Para entender o conceito, pense em 'liberdade de expressão', não em 'cerveja grátis'. (<http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.pt-br.html>)

A FSF definiu quatro liberdades essenciais que devem estar presentes em um software para que ele possa ser chamado de livre:

A liberdade de executar o programa, para qualquer propósito (liberdade 0).

A liberdade de estudar como o programa funciona, e adaptá-lo às suas necessidades (liberdade 1). Para tanto, acesso ao código-fonte é um pré-requisito.

A liberdade de redistribuir cópias de modo que você possa ajudar ao próximo (liberdade 2).

A liberdade de distribuir cópias de suas versões modificadas a outros (liberdade 3). Desta forma, você pode dar a toda comunidade a chance de se beneficiar também das mudanças que você fez no software. Para tanto, acesso ao código-fonte é um pré-requisito. (<http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.pt-br.html>)

A única limitação a essas liberdades, em especial à liberdade 3, é o *copyleft*, ou seja, a possibilidade de imposição pela licença de que as cópias distribuídas sejam licenciadas da mesma forma que o software original, não sendo permitida a adição de restrições contrárias às liberdades centrais. Essa regra impede que os softwares livres percam no processo de sua modificação pela comunidade as qualidades que os caracterizam como tais.

² As licenças de software livre para que realmente sejam consideradas livres, não podem restringir as liberdades mencionadas, tendo como intuito garanti-las.

Open Source Software ou software de código aberto são outros termos comumente usados para se referir aos softwares livres, e, de fato, definem basicamente a mesma classe de programas. Apesar disso, o uso dessas duas denominações como sinônimas pode ser considerado equivocado. Os softwares de código aberto não estão necessariamente focados na liberdade dos usuários, questão central dos softwares livres. Para este tipo de programa, o que importa são os aspectos práticos da abertura do código fonte, ou seja, sua forma de desenvolvimento, seus benefícios, sua grande capacidade de inovação e sua confiabilidade. Os movimentos de software livre apresentam uma visão mais política e socialmente engajada e, por isso, se preocupam com o acesso ao conhecimento e a liberdade de uso desse conhecimento.

3. DIREITO DE SOFTWARE E LICENÇAS

No Brasil, os programas de computador, livres ou proprietários, regem-se pela Lei nº 9.609/98 — Lei do Software e pela Lei nº 9.610/98 — Lei do Direito Autoral. Em relação ao software livre, é necessário destacar que a aplicação do direito autoral deve ser, primeiro, reconhecida para que, posteriormente, possa haver sua renúncia em favor de outros usuários e programadores. Porém a regulamentação dos softwares livres depende muito das licenças desenvolvidas especialmente para este tipo de programa, pois são elas que estipulam, em grande parte, as consequências jurídicas do uso deste tipo de software.

Verificamos pela leitura da Lei do Software que o usuário não pode fazer quase nada com um programa adquirido a não ser utilizá-lo em computador próprio e fazer uma única cópia para salvaguarda. Cabe somente ao autor autorizar usos menos restritivos dos programas. Essas permissões geralmente são concedidas por licenças que, por sua vez, garantem as liberdades que permeiam o próprio conceito de software livre.

O caráter permissivo das licenças de softwares livres não é absoluto. Existem certas licenças, como a Licença BSD (*Berkeley Software Distribution*) original, que exigem menção da autoria do programa, e outras, como a GNU GPL (*General Public License* do Projeto GNU), que endossam o *copyleft*.

As licenças de software livre podem ser classificadas em dois grupos, as licenças permissivas e as que aplicam o *copyleft*. As licenças permissivas, como a Licença MIT e a Licença Apache, somente fazem referência ao uso, redistribuição e modificação do software. Elas não impõem que a redistribuição do software se mantenha livre e não exigem que versões com o código aberto sejam distribuídas, o que permite que o software livre, na cadeia de redistribuições, venha a se tornar proprietário. Estas licenças são interessantes de serem usadas quando o projeto visa a ampla divulgação do programa.

De certa forma, as licenças permissivas podem ser compreendidas como a máxima expressão da garantia de liberdade, tendo-se autonomia para utilizar o software livre da maneira desejada. Por outro lado, a licença permissiva pode acabar por restringir essa liberdade na medida em que se omite quanto às liberdades de terceiros que viriam na cadeia de redistribuição. O grande problema dos programas distribuídos sob essas licenças, modificados ou não, é o fato de que o código antes livre pode vir a se tornar fechado. A licença permissiva admite que o redistribuidor combine o código aberto com material baseado em código fechado e isso permite que os desenvolvimentos posteriormente adicionados ao código de um software livre possam ser feitos sob uma licença proprietária. Ora, os softwares são estruturas dinâmicas que somente são úteis se acompanham as constantes mudanças e necessidades novas da realidade e dos usuários. Portanto, ainda que o código original permaneça livre, se os desenvolvimentos posteriores feitos sobre ele se tornam proprietários, no longo prazo, isso pode inviabilizar sua utilização sem a aquisição das modificações posteriores, o que acaba por forçar o usuário a adquirir os desenvolvimentos posteriores.

As licenças que aplicam o *copyleft*, por outro lado, impõem, em caso de redistribuição, condições que asseguram que o software mantenha suas liberdades originais, agindo de forma a prevenir que uma versão posterior venha a se tornar fechada. Essa limitação à máxima expressão da garantia de liberdade imposta pelo *copyleft* pode ser considerada uma precaução para que a liberdade de terceiros continue sendo garantida.

A Licença GNU GPL foi a primeira a aplicar o conceito de *copyleft*, desenvolvido por Richard Stallman, autor original da GPL. O *copyleft* faz uso da legislação de Direitos Autorais (*copyright*) para assegurar a livre disponibilidade do código:

To copyleft a program, we first state that it is copyrighted; then we add distribution terms, which are a legal instrument that gives everyone the rights to use, modify, and redistribute the program's code or any program derived from it but only if the distribution terms are unchanged. Thus, the code and the freedoms become legally inseparable. Proprietary software developers use copyright to take away the users' freedom; we use copyright to guarantee their freedom. That's why we reverse the name, changing 'copyright' into 'copyleft.'. (Stallman, 2002, p.91)

Ao exigir que o código fonte seja disponibilizado, a GLP propicia que sejam feitas modificações nos softwares e, caso estas ocorram e o programa modificado seja redistribuído, o código fonte da nova versão também deverá ser disponibilizado, possibilitando novas modificações posteriores.

Em teoria a combinação do código aberto com código proprietário faria com que qualquer software que incluía o material derivado de uma combinação de códigos fosse considerado livre, o que terminaria por descaracterizar o software livre. Portanto, teoricamente, a combinação de licenças proprietárias com outras licenças livres incompatíveis com a GPL, em especial as licenças permissivas, seria impossível.

Na prática, porém, isso não quer dizer que não é possível usar simultaneamente programas com ambas as licenças, ou até combiná-los. Cada licença de software livre aplica os seus preceitos de formas e em graus diferentes, existindo diversas maneiras de combinar programas.

4. DESENVOLVIMENTO E EXPLORAÇÃO ECONÔMICA

A referência aos softwares como livres alude à sua ideologia de respeito às liberdades essenciais que são fundamentais para a sociedade, principalmente ao se considerar a digitalização de nossas atividades diárias, que dependem do bom desempenho dos softwares que as estruturam. Nesse contexto a criação e a divulgação de softwares livres tem o poder de dar acesso tecnológico relevante a diversas sociedades, promovendo o desenvolvimento econômico e a liberdade em geral.

O discurso anti software livre frequentemente argumenta que para que a produção de software seja possível é necessário que diversas pessoas, em especial os programadores, sejam remuneradas. O debate sobre a questão econômica dos softwares livres, ou seja, sobre a forma de gerar renda e lucros a partir de sua produção, é, na verdade, uma discussão sobre a durabilidade desse modelo, pois sempre haverá necessidade por recursos, sejam estes remuneratórios ou de mão-de-obra.

Os programadores de fato precisam ser, de alguma forma, remunerados, e as empresas que os desenvolvem precisam trabalhar com lucros. Porém diversos modelos já mostraram que é possível aliar os softwares livres à exploração que viabiliza a continuidade de sua produção.

A venda de softwares livres pode parecer, em um primeiro momento, algo contraditório, mas uma análise mais profunda mostra que é exatamente o contrário. Por serem livres e não gratuitos quem os adquire tem a liberdade de compartilhá-los, o que inclui a sua venda, reforçando sua tendência natural de se espalhar. Isso não ocorre com softwares proprietários, cuja distribuição sem autorização prévia é ilegal.

Além disso, uma das principais fontes de renda desses programas é a prestação de serviços, com cursos sobre a utilização dos softwares, assistências

técnicas, adaptações específicas que podem ser solicitadas por terceiros interessados. Como costuma dizer a comunidade de software livre: *softwares are free, people aren't* — “os softwares são livres para serem reproduzidos e distribuídos, mas pelo conhecimento das pessoas você terá que pagar”.

E geralmente, são os desenvolvedores originais que melhor podem oferecer essas melhorias. Os softwares livres são usados, também, como subsistemas e aplicativos de aparelhos eletrônicos, ou seja, como subprodutos de outra atividade principal que proporciona os rendimentos.

O mercado de softwares livres proporciona pessoas e empresas com capacidade de oferecer suporte técnico e manutenção para os programas e produtos que funcionam baseados neles. Em tese, qualquer um pode se tornar um especialista em dado programa, podendo ofertar esse tipo de serviço, principalmente porque não há, necessariamente, uma dependência do suporte do produtor de software e de assistências técnicas autorizadas. O usuário, desse modo, é livre para escolher quem contrata.

Os softwares livres vêm mudando a forma como lidamos com os programas de computador, que deixam de ser algo estático, dependente de seus desenvolvedores originários para que haja melhorias e novas aplicabilidades. Eles passam a assumir um caráter dinâmico e o usuário passa a ter controle para usá-los como quiser em quaisquer circunstâncias desejadas, podendo adaptá-los e torná-los melhores e mais úteis. Esse dinamismo proporciona o surgimento de diversas novas atualizações e programas derivados do original com uma celeridade que não é possível verificar nos softwares proprietários. A difusão de tecnologias novas ou adaptadas tem um potencial benéfico para a sociedade como um todo.

Além disso, um dos grandes méritos dos softwares livres está exatamente em demonstrar, com exemplos práticos bem-sucedidos, como modelos de produção baseados em estruturas não proprietárias podem funcionar. É possível extrapolar a utilização deste modelo para outras áreas econômicas e verificar seus impactos produtivos, financeiros, tecnológicos e sociais. Ora, a internet possibilitou a transmissão de conhecimento e cultura em níveis nunca antes sonhados.

A forma de se explorar comercialmente, por exemplo, o mercado fonográfico vem sendo modificada. A facilidade dos downloads ilegais diminuiu a venda dos CDs físicos tornando a venda de músicas pela internet a um preço reduzido possível. Há artistas que oferecem suas obras na internet para serem adquiridas pelo preço que o consumidor desejar pagar. Aplica-se aqui o modelo de prestação de serviços, em que a principal fonte de renda deixa de ser a venda de produtos e se volta para os lucros dos shows.

De certo modo, o *software* livre é uma vanguarda que está experimentando, desde muitos pontos de vista, novos modelos de produção de obras intelectuais. Modelos nos quais não se restringe a liberdade do usuário para proteger a dos autores. Modelos nos quais qualquer um pode melhorar o trabalho dos outros. Modelos nos quais, ao final, estamos redescobrimo como cooperar. (GONZÁLEZ-BARAHONA *et al.*, 2012, p.29)

5. A EXPERIÊNCIA DO GOVERNO BRASILEIRO

O governo brasileiro vem incentivando o desenvolvimento de software livre no país com intuítos diversos, como a economia de gastos públicos com licenças proprietárias e o desenvolvimento da indústria local de TI. Os softwares livres são apontados como uma excelente alternativa de compartilhamento de informações para atender às necessidades governamentais específicas.

Os gastos com softwares e TI em geral tem aumentado em todos os setores, inclusive no governo. Os softwares livres proporcionam a possibilidade de reduzir custos, com economia de recursos financeiros públicos por meio do não pagamento de licenças proprietárias. Há independência dos fornecedores, não ocorrendo o aprisionamento tecnológico usual, pois o governo não tem obrigação de adquirir novas licenças de um único fabricante com o lançamento de novas versões. Com os softwares livres, não há como criar essa dependência já que existe uma ampla disponibilidade de empresas a serem contratadas para atualizar um software livre. Isso incentivaria, inclusive, o mercado interno com a maior demanda por profissionais especializados em TI. Além disso, o uso do software livre também tem como objetivo a universalização de serviços para a cidadania com a inclusão digital da população, considerando-se direitos de comunicação e educação pelo acesso à tecnologia.

Buscando viabilizar este projeto o governo brasileiro vem adotando leis e medidas favoráveis ao software livre. Foi criado em 2005, tendo como referência básica o “*The IDA Open Source Migration Guidelines*” da Comunidade Europeia, em sua versão 02, o “Guia Livre: Referência de Migração para Software Livre do Governo Federal”. Este documento estabelece uma estratégia para implementação de softwares livres na esfera governamental:

Nos últimos três anos, implementamos uma forte política de independência tecnológica, de fortalecimento da pesquisa em computação de alto desempenho, de inclusão digital e de adoção do software livre. (Guia de Referência de Migração para Software Livre do Governo Federal — Organizado por Grupo de Trabalho Migração para Software Livre — Retirado do texto de Introdução do Lula)

A independência tecnológica evita, também, um problema que vem ocorrendo em alguns países, em que arquivos antigos não podem mais ser acessados em decorrência da mudança do padrão do código em que eles foram desenvolvidos. Softwares proprietários não permitem que seus códigos fontes sejam atualizados de forma que eles se tornam obsoletos e a informação neles contida inacessível.

A partir da iniciativa de implantação do software livre surgiu o conceito de Software Público, como forma de compartilhar softwares desenvolvidos pelo governo. A Licença GPL foi adotada para viabilizar o compartilhamento de soluções entre instituições públicas. Para isso, em 2004, o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI), responsável pelo Comitê Técnico para Implantação do Software Livre do Governo Eletrônico Brasileiro, encomendou um estudo sobre a constitucionalidade da GPL. O resultado foi o “Estudo sobre o Software Livre” da Fundação Getúlio Vargas, que concluiu que a GPL é condizente com o ordenamento jurídico brasileiro. O estudo gerou o livro “Direito do Software Livre e a Administração Pública”.

O software público é desenvolvido pelo governo e como tal é um bem público. A disponibilização de um software pelo setor público extrapola o universo do código livre, por isso, a base do conceito de software público foi definida como a manifestação do interesse público por determinada solução. A este respeito, o estudo acima mencionado comenta que “a nota que permite à Administração atribuir, conforme sua discricionariedade, o uso particular é a compatibilidade com o interesse público [...]” (Falcão, *et al.*, 2007, pág.161).

Em 2005, foi licenciado o primeiro software livre federal, tendo como base as diretrizes existentes no país à época, a Lei do Direito Autoral, a Lei do Software e a Resolução Nº58 do Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI). Esse programa, inicialmente desenvolvido para atender as demandas governamentais, ultrapassou o setor público federal.

O modelo de disponibilização do software em um ambiente público de colaboração possibilitou a intensificação de seu uso o que fez com que rapidamente surgisse uma rede de prestadores de serviço ao longo do país. A sociedade passou a assumir um papel dinâmico no processo de desenvolvimento do software público.

Em 2007 foi criado o Portal do Software Público Brasileiro cujo objetivo é sua efetivação como um bem público, promovendo um ambiente de colaboração de usuários, desenvolvedores e prestadores de serviço. Os serviços disponíveis são acessados até por outros países, como Uruguai, Argentina, Portugal, Venezuela, Chile e Paraguai e os softwares disponibilizados no portal seguem as diretrizes da Instrução Normativa nº 1/2011 da Secretária de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão:

Art. 2º O Software Público Brasileiro é um tipo específico de software que adota um modelo de licença livre para o código-fonte, a proteção da identidade original entre o seu nome, marca, código-fonte, documentação e outros artefatos relacionados por meio do modelo de Licença Pública de Marca — LPM e é disponibilizado na internet em ambiente virtual público, sendo tratado como um benefício para a sociedade, o mercado e o cidadão [...].

A Licença Pública de Marca (LPM), lançada em 2010, tem como principal objetivo legal proteger a marca dos softwares que são ofertados no Portal do Software Público Brasileiro. Sua representação gráfica foi uma ideia copiada do copyleft, utilizando o símbolo da marca registrada, a letra "R" dentro de um círculo, só que invertida. Ela se encontra em sua primeira versão e se baseia nos modelos desenvolvidos nas várias versões da GPL e na *Creative Commons*, em especial a Marca de Domínio Público:

Art. 3º [...]

V - Licença Pública de Marca — LPM: tipo de licença de uso de marca que preserva a identidade original entre o nome, a marca, o código-fonte, a documentação e outros artefatos relacionados ao Software Público Brasileiro e na qual o titular do registro consente genericamente, sem necessidade de qualquer tipo de autorização prévia e/ou específica, que outros utilizem gratuitamente a marca para fins de cópia, distribuição, compartilhamento e transmissão em qualquer dispositivo físico ou virtual, inclusive com propósitos comerciais [...]. (Instrução Normativa nº 1/2011 da Secretária de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão)

Tendo em vista a legislação brasileira de marcas e patentes, a LPM garante a estrutura original da marca e reconhece sua autoria, de forma que é possível ao autor da mesma renunciar à sua exclusividade sobre o programa desenvolvido. É permitido ao usuário da LPM certos princípios básicos dos softwares livres, a cópia, distribuição, compartilhamento, transmissão e comercialização da marca de forma permissiva, sem necessidade de autorização prévia desde que a marca continue inalterada e haja respeito à sua definição e proporcionalidade.

6. INTERFERÊNCIAS POLÍTICAS NA UTILIZAÇÃO DO SOFTWARE LIVRE: O CASO DO PARANÁ

Antes mesmo da criação do Guia do Governo Federal Livre para migração para Software Livre em 2005, o Estado do Paraná já se mostrava como uma referência nacional em independência e inovação tecnológica sustentável

sendo apontado como um dos maiores usuários e desenvolvedores de software livre do país. Essa política estratégica era executada pela Companhia de Tecnologia da Informação e Comunicação do Paraná (Celepar), órgão que centraliza as atividades de tecnologia da informação no Paraná.

Os objetivos do Governo do Paraná eram elevar a informática pública e intensificar o processo democrático, tendo consciência de que os investimentos públicos realizados nessa área devem ser feitos de forma responsável e sustentável.

Em 2003 foram sancionadas as leis estaduais 14.058/2003 e 14.195/2003 sobre o uso preferencial de tecnologias livres e de código-fonte aberto pelo Governo do estado. Essas leis prescrevem que, ao adquirir softwares, a administração do Paraná deve dar preferência aos softwares livres, Sistemas Operacionais e editores de documentos de código aberto e, em caso de aquisição de softwares proprietários³, deverá ser dada preferência para aqueles que operem em ambiente multiplataforma, permitindo sua execução sem restrições em sistemas operacionais baseados em software livre. Com essa medida, R\$ 127,3 milhões⁴ foram economizados dos cofres do estado somente nos três primeiros anos de sua implementação.

Assim, os softwares dos órgãos da administração pública estavam disponíveis para a sociedade pela edição de uma Licença Pública Geral (GPL) baseada na legislação internacional de *copyright*. A informática pública paranaense vinha progredindo por meio de uma administração mais participativa, com o suporte da tecnologia às decisões governamentais.

Porém, em abril de 2013 o então Governador do Paraná, Carlos Alberto, assinou um protocolo de intenções com a Microsoft cuja proposta consistia em disponibilizar gratuitamente soluções tecnológicas para capacitação de pessoas em TI e uso de plataforma de aprendizagem virtual pelo período de dois anos. Serão disponibilizadas opções de softwares a serem implantadas pelo governo nas áreas de educação, qualificação, inovação e empreendedorismo. Acordo similar já foi firmado junto ao Estado de São Paulo afirmando-se que foi resgatada a confiança de investidores nacionais e internacionais com as novas diretrizes de governo.

A desconsideração da Lei 14.058/2003, no que tange à aquisição de softwares proprietários multiplataforma, demonstra um problema comum da administração pública brasileira: a instabilidade das políticas públicas em relação às inclinações políticas que se encontram no poder. Além disso, essa situação

³ Lei 14.058/03 – Art. 3 - Entende-se por programa com licença proprietária aquele cuja licença de uso implica em pagamento de licença pela propriedade intelectual de sua criação, e que apresenta garantia do fabricante com relação a sua eficácia e exata utilização.

⁴ http://www.softwarelivre.gov.br/noticias/News_Item.2006-06-23.3734/

também retrata um problema sério que o movimento do software livre enfrenta, a pressão dos grandes grupos para que iniciativas de adoção de software livre sejam barradas.

O Estado do Paraná ao tratar o software como um meio de produção e não só como um produto, possibilitou o desenvolvimento de tecnologias que, por sua vez, impulsionaram o surgimento de novos empreendimentos econômicos, contribuindo, assim, para o progresso socioeconômico do estado e do país. Um exemplo nítido disso é o software desenvolvido pelo Paraná chamado de “Expresso”, que funciona como agenda, calendário, email, cuja comunidade, Expresso Livre, está constantemente aprimorando o programa. Contando com uma base de mais de meio milhão de usuários, distribuídos entre 167 instituições, o Expresso Livre demonstra que o desenvolvimento de soluções tecnológicas de alta qualidade e de forma colaborativa no Brasil é possível.

Nesse sentido, o acordo com a Microsoft pode significar um retrocesso na inclusão e independência digital, inclusive no que tange ao fator econômico, tendo em vista que o software oferecido tem sua gratuidade restrita a dois anos. Além disso, os softwares da Microsoft não são multiplataforma, o que impossibilita a utilização de programas de concorrentes.

No setor público, mostra-se imperativa a adoção de softwares livres. Não somente visando a economia de recursos, mas também porque o incentivo governamental leva ao surgimento e ao fortalecimento de comunidades de TI e de alternativas de software que beneficiam toda a sociedade.

7. CONCLUSÃO

Desde o início de seu desenvolvimento os softwares sempre foram associados à cooperação e ao compartilhamento sendo geralmente desenvolvidos em ambientes acadêmicos e de colaboração empresarial. O software não era visto como algo dissociado do hardware e costumava-se fornecer o seu código fonte para que possíveis falhas pudessem ser corrigidas e desenvolvimentos posteriores pudessem ser efetuados. O software era livre ao menos para aqueles que tinham acesso à tecnologia existente na época.

O conceito de software livre como o conhecemos hoje surgiu durante a década de 1980 como uma alternativa à tendência que se fortalecia de bloquear a capacidade do usuário de acessar o código fonte com o intuito de prevenir o seu estudo e modificação. A indústria de software estava mudando, tornando as restrições cada vez mais comuns. Richard Stallman, então membro do MIT, tentou obter acesso ao código de uma impressora Xerox para que pudesse cor-

rigir um erro, mas este acesso lhe foi negado. A partir dessa experiência Stallman idealizou o movimento de software livre, iniciando o Projeto GNU e posteriormente criando a *Free Software Foundation*.

Desde então, a comunidade do software livre se encontra em expansão, programas se tornam cada vez mais conhecidos e utilizados pelo usuário comum, permitindo que qualquer um tenha acesso aos softwares livres. Porém essa expansão ainda é, de certa forma, tímida principalmente no que tange à sua filosofia de liberdade e cooperação. Existem concepções vagas e errôneas e um grande desconhecimento que dificulta a compreensão de suas vantagens.

A forma como o conceito do software livre foi desenvolvido, considerando-se primordialmente o conjunto de liberdades que são garantidas em suas licenças, torna-o um conceito jurídico. As licenças que geralmente regem os softwares não livres, bem como as legislações sobre direitos autorais que regem os direitos sobre os softwares, impõem as condições sob as quais eles podem ser usados, distribuídos e modificados e sempre de maneira bastante restrigente. O usuário não possui direito para exercer essa liberdade de uso sobre um software que tenha adquirido exceto se explicitamente autorizado pelo detentor da licença.

A nossa sociedade está habituada à proibição e não à permissão. As licenças de software livre agem exatamente nesse sentido permissivo, garantindo a liberdade de uso, distribuição e modificação.

O software possui uma capacidade de adaptação incrível, podendo ser reproduzido em diversos contextos e adequado com facilidade para a realização de inúmeras tarefas. As legislações atuais proíbem a exploração desta capacidade, o que pode dificultar o desenvolvimento econômico de nações mais pobres. Essas limitações tornam os softwares extremamente imutáveis e rígidos, mesmo que o usuário possua conhecimentos técnicos para adaptá-lo, segundo seus interesses ou os de sua comunidade. É interessante observar que a adesão aos softwares livres também proporciona independência tecnológica dos fornecedores.

Argumenta-se que uma sociedade capitalista não pode ser baseada em produtos que não abarcam conceitos de propriedade, porém ao se tratar da geração de renda e lucros a partir dos softwares livres, diversos modelos já demonstraram que é possível aliá-los a várias formas de exploração econômica. Além disso a experiência de modelo livre de produção e distribuição de softwares vem superando o campo tecnológico, sendo percebida em diversos campos intelectuais. A internet teve um papel importante em possibilitar essa expansão, intensificando a transmissão de conhecimento e cultura.

Como exemplo de outra aplicabilidade interessante dos softwares livres aponta-se a experiência bem sucedida do governo brasileiro cujo incentivo aos

softwares livres no país gerou enorme economia de gastos públicos com licenças proprietárias e o desenvolvimento da indústria local de TI.

A partir dessa iniciativa surgiu o Software Público, que foi considerado uma manifestação do interesse público por determinada solução para compartilhar softwares desenvolvidos pelo governo. Para proteger a marca dos Softwares Públicos foi desenvolvida a Licença Pública de Marca (LPM) baseada nos modelos da GPL e na Licença Creative Commons. A LPM garante a estrutura original da marca e reconhece sua autoria, de forma que o autor possa renunciar sua exclusividade sobre o programa. Para facilitar a implantação do software público, o governo brasileiro desenvolveu um guia para a migração para os softwares livres.

Apesar de todos esses esforços para a introdução nos setores governamentais e para o desenvolvimento na sociedade, interesses individuais de grandes corporações e desavenças políticas atuam como um obstáculo à implantação dos softwares livres. A mudança dos grupos políticos que se encontraram no poder reflete, muitas vezes, em uma mudança nas políticas governamentais, de forma a beneficiar diferentes interesses que, muitas vezes, não coincidem com os da população.

O Estado do Paraná se encontrava na vanguarda da utilização de tecnologia sustentável no Brasil pela promulgação de duas leis estaduais que dão preferência ao uso de tecnologias livres ou, ao menos, que operem em ambiente multiplataforma.

Entretanto, a mudança do grupo político no poder do Estado provocou a assinatura de um protocolo de intenções com a Microsoft, o que marca não só um retrocesso para a comunidade do software livre, mas também para a sociedade brasileira que volta à prisão tecnológica da dependência de um único fornecedor. A escolha por parte da Microsoft de oferecer essa tecnologia gratuitamente (pelo período de dois anos) para áreas essenciais ao desenvolvimento do país como educação, inovação e qualificação de novos profissionais, pode ser vista como uma estratégia para o aprofundamento dessa dependência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 20 fev. 1998. Seção 1. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19609.htm> Acesso em: 05 maio 2013.

_____. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.** Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 20 fev. 1998. Seção 1. p. 3. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm> Acesso em: 05 maio 2013.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. **Guia livre:** Referência de Migração para Software Livre do Governo Federal. Brasília, DF: Governo Federal. 2005.

_____. _____. _____. **Instrução Normativa nº 01, de 17 de janeiro de 2011.** Dispõe sobre os procedimentos para o desenvolvimento, a disponibilização e o uso do Software Público Brasileiro — SPB. Disponível em: <http://www.softwarepublico.gov.br/spb/download/file/in_spb_01.pdf> Acesso em: 26 jun 2013.

COMPANHIA de Tecnologia da Informação e Comunicação do Paraná — Celepar. Disponível em: <<http://www.celepar.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=1044#>>. Acesso em: 02 set. 2013

GONZÁLEZ-BARAHONA, Jesús M. *et al.* **Copyleft:** Manual de Uso. Tradução de Arthur Jodorowsky, Daiane Hemerich, Felipe Burd. 1ª Versão. Brasil: 2012. 172 p. Disponível em: <<http://copyleftmanual.files.wordpress.com/2012/10/copyleft-final.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2013.

FALCÃO, Joaquim et al. **Estudo sobre o software livre:** comissionado pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI). Rio de Janeiro: FGV, 2005.

PARANÁ Wireless: cidades digitais, software livre e inclusão. Disponível em: <<http://www4.serpro.gov.br/inclusao/noticias/parana-wireless-cidades-digitais-software-livre-e-inclusao>>. Acesso em: 18 set. 2013

PORTAL do Software Público Brasileiro. Disponível em: <<http://www.softwarepublico.gov.br>>. Acesso em: 05 jul. 2013.

REVISTA LINUX MAGAZINE. São Paulo: Linux New Media do Brasil Editora Ltda. Jun. 2011. 84 p. Edição Especial. Disponível em <http://www.linuxnewmedia.com.br/images/uploads/pdf_aberto/LME_06.pdf> Acesso em: 24 jun 2013.

_____. São Paulo: Linux New Media do Brasil Editora Ltda. N. 49, Dez. 2008. Disponível em <http://www.linuxnewmedia.com.br/images/uploads/pdf_aberto/LM_49_28_32_05_corp_soft_livre.pdf> Acesso em: 24 jun 2013.

SOFTWARE Livre em xeque no Paraná. Disponível em: <<http://softwarelivre.org/portal/governos/software-livre-em-xeque-no-parana>>. Acesso em: 02 set. 2013

SOFTWARE Livre no Governo do Brasil. Disponível em: <<http://www.softwarelivre.gov.br/>>. Acesso em: 16 mar. 2013

ST. LAURENT, Andrew M. **Understanding Open Source and Free Software Licensing**. EUA: O'Reilly Media, 2004.

STALLMAN, Richard M. **Free Software, Free Society: Selected Essays of Richard M. Stallman**. Edited by Joshua Gay. (Boston: GNU Press, 2002)

_____. Why Open Source misses the point of Free Software. **GNU Operating System**, Philosophy, 10 fev. 2007. Disponível em: <<https://www.gnu.org/philosophy/open-source-misses-the-point.html>>. Acesso em: 10 fev. 2013

WILLIAMS, Sam. **Free as in Freedom (2.0): Richard Stallman and the Free Software Revolution**. 2ª ed.

* Recebido em 14 maio 2015.



CONCESSÃO DE INCENTIVOS FISCAIS PELA UNIÃO E OS REFLEXOS NOS VALORES REPASSADOS AO FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS

*Maria de Fátima Ribeiro**

Resumo

A concessão de incentivos fiscais pela União, tem gerado polêmica. Isto porque uma parte do produto da arrecadação de determinados impostos, conforme determina o art. 159, da Constituição Federal, é destinada ao Fundo de Participação dos Municípios. O governo Federal (União) tem a competência para legislar e também para conceder isenção do IPI e do Imposto de Renda conforme estabelece a Constituição Federal (art. 153). No entanto, o poder do Estado de desonerar é amplo, mas não ilimitado, sujeitando-se às diretrizes normativas e aos valores contidos no texto constitucional, que dão os contornos das normas tributárias. Considerando o RE nº 705.423 em trâmite no STF, é necessário verificar se há limites para a União isentar os tributos de sua competência. De igual modo, quais são as garantias constitucionais para o Município exigir o cumprimento por parte da União quanto ao repasse do Fundo de Participação do Município.

Palavras-Chave

Incentivos Fiscais. Fundo de Participação dos Municípios. Limitações Constitucionais.

GRANTING OF TAX INCENTIVES BY THE UNION AND REFLECTIONS ON THE VALUES PASSED TO THE REVENUE SHARING FUND OF THE MUNICIPALITIES

Abstract

The granting of tax incentives by the federal government, have generated controversy. This is because a portion of the proceeds from the collection of certain taxes, pursuant to the art. 159 of the Federal Constitution, is intended for Participation Fund of Municipalities. The Union has the competence to legislate and also to grant exemption from excise tax and income tax as stated in the Federal Constitution (art. 153). However, the power of the state to reduce taxes is broad, but not unlimited, being subject to the regulatory guidelines and values contained in the Constitution, which give the outlines of the tax rules. Considering the RE 705.423 pending in the Supreme Court, it must ensure that there are limits to the Union exempt taxes within their jurisdiction. Likewise, what are the constitutional guarantees to the municipality require performance by the Union regarding the transfer of the Municipality Participation Fund.

* Doutora em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Pós Doutora em Direito Fiscal pela Universidade de Lisboa, Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília (Unimar).

Keywords

Tax Incentives. Participation Fund of Municipalities. Constitutional Limitations.

1. INTRODUÇÃO

Devido as recentes crises econômicas, o Brasil vem adotando medidas de intervenção na economia. Dessa forma, o Governo Federal se valeu de inúmeras medidas fiscais, dentre as quais merece destaque a redução das alíquotas de diversos produtos do Imposto sobre Produtos Industrializados. Como parte da arrecadação do IPI, deve ser repassada obrigatoriamente aos Municípios, por intermédio do Fundo de Participação dos Municípios, os entes subnacionais ficaram prejudicados quanto à sua autonomia financeira, considerando a diminuição de recursos. A concessão de incentivos fiscais pela União, especialmente quanto às isenções de IPI e do Imposto sobre a Renda, tem gerado polêmica. Isto porque o percentual de 22,5% do produto da arrecadação de tais impostos, é destinado ao Fundo de Participação dos Municípios, conforme determina o art. 159 da Constituição Federal,

A União tem a competência para legislar e também para conceder isenção do IPI e do Imposto de Renda conforme estabelece a Constituição Federal (art. 153). No entanto, o poder para desonerar é amplo, mas não ilimitado, sujeitando-se às diretrizes normativas e aos valores contidos no texto constitucional, que dão os contornos para as normas tributárias.

Diante dos questionamentos destacados no RE nº 705.423 que se encontra em trâmite no STF, é necessário verificar se há limites para a União isentar os tributos de sua competência. De igual modo, quais são as garantias constitucionais para o Município exigir o cumprimento por parte da União, quanto ao repasse do Fundo de Participação do Município. O Ministro Relator, Ricardo Lewandowski, ao entender pela repercussão geral do Recurso (Tema 653 da Repercussão Geral - RE 705.423), considerou que a discussão é de extrema importância do ponto de vista econômico, jurídico e político. Ao delimitar seu alcance constitucional, o Relator manifestou-se no sentido de que “a questão constitucional versada neste recurso consiste em definir, sob o prisma constitucional, até que ponto a concessão de benefícios e incentivos fiscais relativos ao Imposto de Renda e ao Imposto Sobre Produtos Industrializados pode impactar nos valores transferidos aos Municípios a título de participação na arrecadação daqueles tributos”.

O tema em questão precisa ser amplamente discutido por afetar diretamente o pacto federativo, a autonomia financeira dos Municípios e a competência tributária da União e porque a presente discussão interessa a todos os Municípios do país, considerando a identidade de critérios de repartição das receitas federais aos Municípios.

Daí questionar: até que ponto as concessões de benefícios e incentivos fiscais relativos ao Imposto de Renda e ao IPI podem impactar nos valores transferidos aos Municípios a título de participação na arrecadação desses tributos? Diversos municípios recorreram ao Poder Judiciário para ver cumprido os ditames constitucionais (art. 158 e 159) que garantem o repasse do percentual do IR e do IPI, sem descontar os valores correspondentes aos incentivos fiscais concedidos pela União. Essa discussão está longe ainda de ser resolvida porque envolve questões polêmicas sobre a autonomia financeira do município e a competência legislativa para a instituição dos impostos mencionados. Até então, era aceito na doutrina e na jurisprudência o repasse referente ao percentual que incidia somente sobre o montante realmente arrecadado. Mesmo com algumas transferências voluntárias isso não afasta a inconstitucionalidade presente no ato de renúncia fiscal, praticado pela União, uma vez que estas transferências são obrigatórias.

Uma questão que merece especial atenção refere-se ao modelo atual do federalismo fiscal cooperativo e o seu papel atual na forma de governo existente no Brasil. Isto porque há notório desequilíbrio financeiro na distribuição e arrecadação de recursos financeiros, comprometendo a autonomia financeira e política dos estados e municípios.

Se a União tem competência para legislar sobre o IPI e IR, teria competência plena para conceder isenções desses impostos? Em princípio parece que sim, conforme inúmeros pronunciamentos dos tribunais pátrios e da doutrina. No entanto, uma releitura dos textos constitucionais releva a questão para os comandos gerais e específicos. Se a União tem competência para isentar deve ser interpretada com prevalência sobre o artigo 159 (repasse aos Fundos que menciona), sem respeitar o limite estabelecido? Poderá no caso ser aplicado o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade?

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DO MUNICÍPIO DE RECEBER OS VALORES QUE NÃO FORAM RECOLHIDOS MEDIANTE A CONCESSÃO DE INCENTIVOS FISCAIS

Por meio do Recurso Extraordinário nº 705.423 o Município de Itabi, em Sergipe, contesta acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que negou àquele Município o direito de receber os valores que não tenham sido recolhidos devido à concessão de isenções fiscais de IPI e Imposto de Renda. A Quarta Turma do respectivo Tribunal, ao dar provimento à Apelação e à Remessa Oficial nº 10424/SE, assentou que a competência tributária da União para instituir Imposto de Renda e Imposto Sobre Produtos Industrializados não poderia sofrer restrições em decorrência do repasse de parte do produto da arrecadação dos tributos ao Fundo de Participação dos Municípios — FPM.

O município solicita que a União seja proibida de incluir a parte dos impostos devidos aos municípios nas desonerações que vier a conceder. Também requer que a União seja condenada a devolver o que as prefeituras deixaram de receber nos benefícios já praticados. O Fundo de Participação dos Municípios é composto de 22,5% da arrecadação do IR e do IPI, e segundo o Município de Itabi, a Constituição não determina que sejam deduzidos os incentivos fiscais de IPI e IR do cálculo do montante do FPM. Para o município de Itabi, os incentivos, isenções, créditos presumidos, perdão de dívidas e outros favores podem ser concedidos pela União, mas somente poderiam afetar a parcela de recolhimento de IR e de IPI que lhe compete, ou seja, os 52% do total recolhido.

Como já mencionado, as polêmicas têm início na discussão da autonomia financeira do Município decorrente do pacto federativo, razão pela qual a concessão dos benefícios não poderia incidir sobre a parcela repassada ao FPM. A defesa do governo federal argumenta que a sua competência tributária compreende a competência legislativa plena, conforme estabelece o parágrafo único do art. 6º do Código Tributário Nacional, ou seja: “Os tributos cuja receita seja distribuída, no todo ou em parte, a outras pessoas jurídicas de direito público pertencem à competência legislativa daquela a que tenham sido atribuídos”. Argumentou também que a competência tributária da União para instituir imposto de renda e imposto sobre produtos industrializados não sofre qualquer alteração pela circunstância de parte da arrecadação de tais tributos para ser destinada ao Fundo de Participação dos Municípios.

Conforme preceitua o art. 159, inciso I da Constituição a União deverá entregar 48% da arrecadação do IPI e do IR para entes federativos e fundos constitucionais, restando-lhe apenas 52% do montante arrecadado. E não poderá fazer renúncia fiscal além desses 52%, que é a parte que lhe cabe da arrecadação, seja sob a forma de incentivo, isenção, política anticíclica ou outro nome que se lhe atribua. (SCAFF, SILVEIRA, 2009)

O município de Itabi afirma que o STF já teria analisado o tema no julgamento do RE 572.762, quando o Tribunal garantiu a municípios catarinenses parcela da arrecadação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). No entanto, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski, ressalta que a questão constitucional em discussão no Recurso Extraordinário do município, revela matéria mais abrangente do que a situação do município de Timbó - SC, discutida no RE 572.762. O tema 653 da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 705.423 (Itabi) envolve discussões sobre o pacto federativo, a autonomia financeira dos Municípios e a competência tributária da União, portanto é bem mais complexo.

A título de informação comparativa, teceremos algumas considerações sobre o Recurso Extraordinário RE nº 572.762. Trata-se de Recurso que envolveu o município de Timbó e o Estado de Santa Catarina. O Estado criou uma

política de incentivos fiscais em que permitia desonerar até 100% do ICMS devido pelas empresas instaladas em seu território, denominado Programa de Desenvolvimento da Empresa Catarinense (PRODEC). Referido Programa apresenta propostas de desenvolvimento sócio econômico do estado, que permite que empresas instaladas em Santa Catarina sejam beneficiadas com financiamento por meio de uma instituição financeira oficial ou com a postergação do recolhimento do ICMS. O município alegou, com base na Constituição Federal, que teria direito a 25% do ICMS sobre o que o estado estava desonerando. O STF decidiu que a parcela do ICMS referida no artigo 158, inciso IV, da Constituição, pertence de pleno direito aos municípios. Fernando Scaff e Alexandre Silveira destacaram os principais aspectos que foram considerados pelos ministros, quando da análise da decisão do STF:

- a) deve ser preservada a autonomia financeira do município, vedando qualquer condicionamento ao repasse constitucional, e assim efetivando a autonomia política;
- b) o valor a ser repassado sequer constitui receita do ente arrecadante;
- c) este não pode livremente dispor da arrecadação, sob pena de ofensa ao pacto federativo;
- d) o estado-membro, ao instituir benefício fiscal que reduz a arrecadação, atingindo a parcela de repasse aos municípios, faz “cortesia com o chapéu alheio”, na expressão do ministro Ricardo Lewandowski;
- e) os incentivos fiscais devem ser instituídos com exclusão da parcela de repartição tributária; e
- f) há um condomínio federativo no plano das receitas, para sustentar a autonomia tributário-financeira dos municípios, e assim suportar sua autonomia político-administrativa. (SACAFF, SILVEIRA, 2009)

O STF entendeu que o direito ao repasse não estava condicionado ao valor efetivamente arrecadado, mas lhe é preexistente. Logo, “não pode o ente arrecadante dispor livremente do tributo, sob pena de afetar o valor a ser repassado, prejudicando a receita e assim a autonomia municipal (e o custeio de suas atividades básicas)”. Deve dispor apenas da parte que lhe pertence (da sua receita pública que, como lembra o Ministro Eros Grau, é apenas o valor que fica com o ente, excluída a percentagem de transferência obrigatória). (SCAFF, SILVEIRA, 2009)

Conforme exposto, os benefícios concedidos pelo Estado de Santa Catarina colocam em risco a autonomia política e financeira dos municípios, diminuindo o valor das verbas destinadas ao custeio das suas atividades básicas,

contrariando a Constituição. A concessão de incentivo fiscal não é argumento para um estado deixar de repassar aos municípios valores correspondentes ao ICMS. A decisão é do Supremo Tribunal Federal, que manteve entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que reconhecia que a concessão de incentivos fiscais pelo estado não pode afetar o repasse do ICMS, constitucionalmente assegurado aos municípios.

O STF declarou que os repasses não podem ser prejudicados pela política fiscal. O relator, ministro Ricardo Lewandowski, negou provimento ao recurso do Estado de Santa Catarina e destacou a necessidade de o município ter autonomia financeira para poder agir com independência. Ressaltou que o repasse da cota constitucionalmente devida aos municípios não pode se sujeitar à condição prevista em programa de benefício fiscal estadual.

No caso em questão, ficou demonstrado que o ICMS já havia sido efetivamente arrecadado, e o Estado de Santa Catarina ao reter a parcela pertencente aos municípios, interferiu indevidamente no sistema constitucional de repartição de rendas, conforme ressaltado pelo Tribunal de Justiça.

O Ministro relator demonstrou que o Programa de Desenvolvimento da Empresa Catarinense foi instituído por lei ordinária estadual, contrariando o artigo 155, § 2º, alínea “g”, da Constituição. Isto porque compete à lei complementar regular, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, a forma como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão revogados. De igual modo, destacou que benefícios tributários concedidos unilateralmente por estados-membros afrontam o princípio federativo por incentivarem a guerra fiscal. No recurso, o estado argumentou que o recolhimento do imposto é diferido e que, assim, não seria possível falar em arrecadação da tributação e muito menos do direito dos municípios à repartição da receita dele decorrente.

O STF, por unanimidade, negou provimento ao recurso do estado de Santa Catarina e reconheceu o direito do município de Timbó a receber, imediata e integralmente, a fração do produto da arrecadação do ICMS a que teria direito, independentemente do que dispunha a legislação estadual. O diferimento acabava por reduzir também os valores repassados aos municípios do Estado, que receberiam imediatamente só 25% dos 25% a que fariam jus, de acordo com o artigo 158, IV, da Constituição.

A Procuradoria Geral de Santa Catarina alegou que os municípios só têm direito aos valores quando o ICMS deixar de existir como tributo e passar a existir como receita pública, ou seja, quando for arrecadado, mas o Plenário do STF considerou que o fato gerador já havia acontecido, o que criara o direito de o município receber sua parte.

O IPI tem características diferentes se comparado ao ICMS. O IPI tem função extrafiscal de regulação do mercado, e não apenas arrecadatória e é controlado por alíquotas. Não é necessária sequer uma lei para a concessão de benefícios.

No caso da ação proposta pelo município catarinense de Timbó, houve retenção do governo do estado, de receita constitucionalmente garantida aos municípios, enquanto que, no caso da redução do IPI, o governo federal reduziu o repasse aos municípios, portanto houve redução da alíquota do imposto.

3. A PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS NO FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO

A característica fundamental do federalismo é a autonomia do ente federado conforme afirma Sacha Navarro Coelho:

No âmbito tributário, a sustentar a autonomia política e administrativa do Estado Membro e do Município — que no Brasil, como vimos tem dignidade constitucional — impõe-se a preservação da autonomia financeira dos entes locais, sem a qual aquelas outras não existirão. Essa autonomia resguarda-se mediante a preservação da competência tributária das pessoas políticas que convivem na Federação e, também, pela equidosa discriminação constitucional das fontes de receita tributária, daí advindo a importância do tema referente à repartição das competências no Estado Federal. (COELHO, 1999, p. 62/3)

Nos termos da Constituição, a Federação brasileira é constituída pela União, Estados, Distrito Federal e pelos Municípios (art. 1º). Os entes federados possuem autonomia administrativa, política, organizativa, financeira bem como independência. Tanto os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem competência para exercer atividade financeira específica no intuito de viabilizar a sua existência, seja cobrando os tributos da sua competência, seja recebendo parcelas da repartição de receitas tributárias obrigatórias, decorrentes do próprio texto constitucional, como o Fundo de Participação dos Municípios - FPM. Alguns municípios dependem praticamente dos repasses dos governos estaduais e federal para executar políticas públicas¹. A Constituição Federal trata, em seu Título VI (Da Tributação e do Orçamento), Capítulo I (Do

¹ Denise Lucena Cavalcante e Raimundo Márcio Ribeiro Lima, em interessante artigo, escrevem que inexistente pacto federativo cooperativo, ainda que permeado num engendrado sistema de repartição de competências e de receitas tributárias, quando existe ente federados num inevitável regime de sujeição financeira e, assim, corporificando intoleráveis obstáculos político-econômicos de transformação social por meio da prestação dos serviços públicos, tal como denuncia a parca qualidade e quantidade dos serviços públicos ofertados à sociedade pelos Municípios. Concluem, também que a discussão sobre o federalismo fiscal não se limita à mera definição

Sistema Tributário Nacional), Seção VI (Da Repartição das Receitas Tributárias), ponto importante para fortalecer o Federalismo Fiscal.

Considerando o Princípio Federativo, a Constituição em sua Seção VI, Capítulo I, sob a denominação de Repartição de Receitas Tributárias, estabeleceu três modalidades diferentes de participação dos Estados, Distrito Federal e Municípios na Receita Tributária da União, a saber: a) Participação direta no produto da arrecadação de imposto de competência impositiva da União: artigos 157, I e 158, I da CF. b) Participação no produto de imposto de receita partilhada: artigos 157, II, 158, II, III e IV e 159, III da CF; c) Participação em fundos:

Art. 159. A União entregará:

I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados quarenta e oito por cento na seguinte forma:

a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;

b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;

c) três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semi-árido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer;

d) um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano.

É oportuno esclarecer o enunciado do artigo quando afirma que *a União entregará*. Trata-se aí de um comando legislativo que deve ser observado pela União para *entregar* o percentual do produto da arrecadação. Ao creditar aos demais entes, a União compensa os valores já repassados, retidos na fonte (artigos 157, I e 158, I da CF).

Ricardo Lobo Torres ressalta que a repartição constitucional de receitas tributárias configura “instrumento financeiro, e não tributário, que cria para

dum sistema de repartição fiscal, mas também sobre os encargos a serem suportados por cada ente político, ou seja, sobre o dimensionamento das competências administrativas e, conseqüentemente, o nível de descentralização na prestação dos serviços públicos. Cf. CAVALCANTE, Denise Lucena; LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. Ilusão do pacto federativo cooperativo e os custos dos direitos sociais. **Nomos**: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, v. 35.1, jan./jun. 2015, p. 151-152.

os entes políticos menores o direito a uma parcela da arrecadação do ente maior". (TORRES, 2006, p. 366)

Regis Fernandes de Oliveira ao escrever sobre o termo federalismo fiscal envolve a suficiência da receita do ente, de modo a lhe garantir a consecução satisfatória de suas competências. Significa a partilha dos tributos pelos diversos entes federativos, de forma a assegurar-lhes meios para o atendimento de seus fins, sendo que para tanto, mister se faz, coadunar no texto magno, as necessidades financeiras do membro com os encargos que lhe são atribuídos. (OLIVEIRA, 2008, p. 40)

O Princípio Federativo define a forma de Estado. É a união indissolúvel de organizações políticas autônomas. A Constituição Federal estabelece no art. 1º que é indissolúvel a união dos Estados, Distrito Federal e Municípios, e que, tais entes integram a República Federativa do Brasil, confirmando o pacto federativo. Referida Carta estabelece a competência legislativa, inclusive a competência legislativa tributária, de cada membro da Federação bem como a repartição das receitas tributárias.

Sobre a autonomia dos entes políticos, escreve Hely Lopes Meirelles, reforçando por sua vez, a autonomia municipal:

A Autonomia não é poder originário. É prerrogativa política concedida e limitada pela Constituição Federal. Tanto os Estados-membros como os Municípios têm a sua autonomia garantida constitucionalmente, não como um poder de autogoverno decorrente da Soberania Nacional, mas como um direito público subjetivo de organizar o seu governo e prover a sua Administração, nos limites que a Lei Maior lhes traça. No regime constitucional vigente, não nos parece que a autonomia municipal seja delegação do Estado-membro ao Município para prover a sua Administração. É mais que delegação; é faculdade política, reconhecida na própria Constituição da República. Há, pois, um minimum de autonomia constitucional assegurado ao Município, e para cuja utilização não depende a Comuna de qualquer delegação do Estado-membro. (MEIRELLES, 1993, p. 82/3)

Os artigos 157 e 158 da Constituição estabelecem os repasses constitucionais obrigatórios de recursos provenientes da arrecadação de impostos federais ou estaduais aos demais entes da federação. Dessa forma, esse sistema de repartição de receitas tributárias é estabelecido entre os entes e a União, sendo instituídas transferências de rendas entre as unidades federativas.

A carência financeira dos Municípios, segundo Luís Roberto Barroso, não se deve apenas à repartição de rendas, mas também, à repartição de encargos. A receita tributária tanto de arrecadação quanto de repasse pelo Estado ou pela União é essencial à consolidação de um sistema federativo, na medida

em que, efetivando a autonomia econômica dos entes da federação, por meio da distribuição de receita, permite que as unidades federativas tenham força suficiente para manterem parte da autonomia política, sem serem, nesse aspecto, totalmente subjugadas pela União (BARROSO, 2006, p. 145). Sobre o federalismo, o autor registra um momento crítico na Federação brasileira e um grave problema de natureza fiscal, que tem comprometido o funcionamento adequado das instituições e serviços estaduais e municipais. O reconhecimento deste cenário é imperativo para qualquer atividade de interpretação e construção jurídica acerca da matéria. (BARROSO, 2006, p. 149)

Pelo exposto é possível afirmar que a autonomia política dos entes federados pressupõe a sua autonomia financeira, conforme determina a Carta constitucional. As distorções na repartição geram desequilíbrio político e fiscal à medida que tornam os entes menos favorecidos extremamente dependentes dos recursos externos. Assim, sendo a Federação um pacto de igualdade entre as pessoas políticas e “sendo a autonomia financeira o penhor da autonomia dos entes federados, tem-se que qualquer agressão, ainda que velada, a estes dogmas, constitui inconstitucionalidade”. (ROCHA, 1997, p.185)

4. INCENTIVOS FISCAIS CONCEDIDOS PELA UNIÃO E OS REFLEXOS NOS VALORES REPASSADOS AO FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS — FMP

A Constituição Federal determina que os Municípios devem receber 22,5% do produto da arrecadação do Imposto de Renda e do Imposto sobre Produtos Industrializados. O produto da arrecadação desses impostos é destinado um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano. (art. 159, I, “d”)

Seguindo a doutrina de Luciano Amaro, “no que respeita às receitas (ou, mais genericamente, aos ingressos) de natureza tributária, optou a Constituição por um sistema misto composto por dois mecanismos o de competência constitucional e de partilha do produto da arrecadação”. (AMARO, 2002, p. 93/4) Assim, nos impostos de receitas partilhadas há, necessariamente, mais de um titular, pelo que cabe à entidade contemplada com o poder impositivo restituir e não repassar a parcela pertencente à outra entidade política. O imposto já nasce, por expressa determinação do Texto Magno, com dois titulares no que tange ao produto de sua arrecadação. (HARADA, 1999).

E qual seria então o conceito de Fundo de Participação? O professor Roque Carrazza conceitua o Fundo como: “Em rigor, o que a Constituição da República Federativa do Brasil faz é estipular que, na hipótese de ser criado o tributo, pela pessoa política competente, o produto de sua arrecadação será total ou parcialmente destinado a outra pessoa política”. (CARRAZZA, 2010, p. 401)

Na mesma linha já ensinava Baleeiro: “No Sistema Tributário Brasileiro, introduziu-se a participação de uma pessoa de Direito Público Interno no produto da arrecadação de imposto de competência de outra. Esta decreta e arrecada um imposto e distribui tantos por cento da receita respectiva entre as várias pessoas de Direito Público que a compõe”. (BALEEIRO, 2008, p. 69) O Fundo de Participação “é a reserva, em dinheiro, ou o patrimônio público, constituído de dinheiro, bens ou ações, afetado pelo Estado a determinado fim. É o patrimônio público, sem personalidade jurídica, mas com competência postulacional, afetada a um fim público”, conceitua Cretella Junior. (CRETELLA JUNIOR, 2002, p. 3718)

Assim, a partilha do produto da arrecadação de determinados tributos, instituídos por certo ente político, não é por este totalmente apropriado, mas partilhado com outros entes políticos. Desse modo, as decisões sobre o nível de “incidência e arrecadação dependem do ente político titular da competência, mas a arrecadação resultante das leis que ele editar não lhe pertence integralmente, pois é partilhado”. (AMARO, 2002, p. 96)

Nas lições de Cretella Junior, “deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei (art. 34, “b” da Constituição de 1988), que corresponde à regra paralela anterior, deixar de entregar aos Municípios as quotas tributárias a eles destinadas (art. 10, V, “b” da EC n.º de 1969) — eis outra causa determinante da intervenção federal”. (CRETELLA JUNIOR, 1991, p. 2076/7)

Ainda sobre a partilha da receita tributária, escreve Celso Bastos sobre os repasses pelos Estados:

O que o presente dispositivo visa dar garantia à co-participação tributária de umas pessoas jurídicas de direito público em outras. No caso, o Estado tem a obrigação de entregar ao Município determinada verba, o que permite a lei é estabelecer, posteriormente, os critérios de partilha, conforme previsto no parágrafo único do art. 158 da Constituição Federal. Da aplicação desse preceito resulta o crédito de cada município. A entrega dessas quantias deve ser feita em dinheiro, e não são suscetíveis de desconto com fundamentos tais como os de indenizarem despesas com a arrecadação (ônus que cabem integralmente ao Estado-Membro). (BASTOS, 2002, p. 391)

E continua o professor ao descrever os repasses para os municípios:

Queremos ressaltar que o Estado-Membro é devedor do Município quanto às receitas fixadas na Constituição, e, por sua vez, o Município constitui-se credor das quotas tributárias a ele destinadas. O Município possui o direito subjetivo público, além do poder-dever de exigir do Estado-Membro o pagamento do que lhe

corresponde, sendo que o não-cumprimento da obrigação implica a intervenção federal por parte da União no Estado-Membro. (BASTOS, 2002, p. 392)

Fernanda Vargas e Thiago Botelho entendem que está clara disposição do parágrafo único do artigo 6º do CTN, que ressalta que a competência tributária pertence plenamente à União, mesmo que a receita arrecadada com o tributo seja repartida. Mas, ressaltam os autores que deveria ser criado um fundo destinado a restituir aos Municípios das perdas com as desonerações de IPI e IR concedidas pelo Governo Federal, por não ser justo, legal ou proporcional o benefício concedido com o chapéu dos outros. (VARGAS, BOTELHO, 2013)

5. LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS PARA A CONCESSÃO DE INCENTIVOS FISCAIS

Tanto o Imposto de Renda quanto o imposto sobre Produtos Industrializados são da competência tributária da União conforme determina o artigo 153 (inciso III e IV) da Constituição Federal. Ao mesmo tempo o parágrafo primeiro do referido artigo, faculta ao Poder Executivo, alterar as alíquotas do IPI, nos limites estabelecidos em lei. Embora, sendo prerrogativa constitucional quanto ao poder de tributar, devem ser observados os limites que a própria Constituição expressa ou implicitamente estabelece.

Ao lado do poder de tributar, o Estado possui o poder de desonerar. Poderá reduzir o ônus da carga tributária por meio da concessão de incentivos fiscais entre as formas de desoneração. Esse poder de desonerar é imanente ao poder de tributar. Ambos figuram como o verso e o averso da mesma moeda. (BORGES (2007, p. 30). Entretanto, se por um lado são explícitos constitucionalmente diversos limites ao exercício do poder de tributar, por outro há uma margem de vagueza e poucas restrições expressas ao poder de desonerar. (AS-SUNÇÃO, 2010, p. 14)

É comum afirmar-se que a atribuição de cobrar tributos e a de exonerá-los:

[...] são como dois lados de uma só moeda — a competência tributária. Há, no entanto, diferença essencial de ponto de vista entre a análise jurídica dos tributos e a das exonerações. As preocupações que, em geral, ocupam o centro do debate tributário não são exatamente as mesmas que ganham destaque quando estão em questão os incentivos e as renúncias fiscais. Já não se trata de limitar o poder tributário e proteger o contribuinte contra o tributo indevido, excessivo ou extemporâneo, mas o inverso: definir instrumentos e parâmetros de controle da não tributação. É preciso pensar o conceito e o regime jurídico dos incentivos e renúncias fiscais pelo caminho

oposto — ver o tributo ao avesso. (CORREIA NETO, 2014)

Não é mais oportuno, o Poder Judiciário dizer apenas que se trata mais de um juízo de conveniência e oportunidade do Poder Executivo, sem enfrentar questões bem mais complexas como os limites de controle ao poder de exonerar.

Pode-se então afirmar que a renúncia fiscal precisa estar devidamente pautada em finalidades constitucionais de interesse público, sob pena de contrariar os próprios fundamentos da intervenção estatal sobre a ordem econômica.

Souto Maior Borges destaca que os incentivos fiscais se afirmam como instrumentos indutores de comportamentos voltados ao alcance de objetivos constitucionalmente estipulados como relevantes no contexto de um Estado Social e Democrático de Direito. Sua utilização deve conciliar-se com a busca do bem comum, ditando-se por considerações de interesse coletivo, como a promoção do desenvolvimento econômico. (BORGES, 2007, p. 70/1).

Assim, a análise da legitimidade da concessão de benefícios fiscais fundamenta-se na verificação das finalidades da medida e na sua pertinência com relação aos valores refletidos no texto constitucional. Será “legítimo o incentivo fiscal concedido sob o amparo de desígnios constitucionais, como instrumento de promoção de finalidades relevantes à coletividade”. (ASSUNÇÃO, 2010)

Do mesmo modo que a tributação tem como vetor o da proibição de excesso também deve ser interpretada a exoneração do tributo. A norma que dispensa o pagamento do tributo ou posterga o seu recebimento não pode ir além do ponto necessário para alcançar os objetivos constitucionais. Tampouco deve ser editada sem prévia análise econômica da sua potencial eficiência na busca dos fins pretendidos pelo Estado. Precisa, enfim, observar a regra da proporcionalidade na intervenção econômica. NABAIS (2009, p. 648).

A exoneração do tributo deve levar em conta a regra da proporcionalidade. O exame da proporcionalidade deverá ser realizado com base em três elementos que se relacionam entre si: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. (ASSUNÇÃO, 2010).

Diante da necessidade de observância ao princípio da igualdade como parâmetro limitador para a concessão de incentivos fiscais, só será considerado legítimo quando: a) não configurar irrazoável benefício individual; b) estiver ancorado em finalidade constitucional; c) decorrer de fator de discriminação e medida de comparação adequada. (PAPADOPOL, 2009, p. 83)

Tendo em vista que os incentivos fiscais se sujeitam rigorosamente aos ditames da Constituição, “devem ser concedidos a partir de análises técnicas da economia, que deve fornecer ao direito os instrumentos úteis de busca das soluções para os problemas sociais”. (ELALI, 2007, p. 117)

Os incentivos fiscais referentes ao IPI e ao Imposto de Renda, concedidos no período da crise iniciada em 2008, embora coerentes com a regra da proporcionalidade não significam, porém, a ausência de reflexos financeiros negativos das medidas adotadas pelo governo federal sobre o equilíbrio das finanças públicas dos entes subnacionais.

Esse equilíbrio, por sua vez:

[...] é fundamental para que possa ser garantido o desenvolvimento econômico nacional de modo harmônico na Federação brasileira. Daí por que a correção de assimetrias financeiras negativas, decorrentes do uso de normas tributárias indutoras, se revela indispensável para a preservação da compatibilidade das medidas extrafiscais com as finalidades constitucionais que as lastreiam. (ASSUNÇÃO, 2010)

A renúncia fiscal tanto do IPI quanto do Imposto sobre a renda teve reflexos representativos nos repasses para os Estados, Distrito Federal e Municípios com impactos no Fundo de Participação.

Políticas fiscais que produzam impactos severos e contínuos nas receitas dos entes subnacionais precisam ser previamente discutidas, buscando-se um denominador comum, a fim de evitar que decisões centralizadas não acarretem a perda de autonomia financeira das unidades descentralizadas, abalando os pilares da cooperação federativa. (ASSUNÇÃO, 2010)

Por intermédio da Lei nº 12.058, de 13/10/2009, por exemplo, o governo federal compensou financeiramente os municípios, das perdas com as isenções dos impostos (IPI e IR) concedidas pós-crise de 2008. Referida Lei dispõe sobre a prestação de apoio financeiro pela União aos entes federados que recebem recursos do Fundo de Participação dos Municípios - FPM, no exercício de 2009, com o objetivo de superar dificuldades financeiras emergenciais.

Na exposição de motivos da Medida Provisória nº 462/2009 (que transformou na Lei nº 12.058/2009), o Poder Executivo federal justificou:

Nesse contexto, as transferências da União, bem como as receitas próprias, vêm se realizando ao longo de 2009 **abaixo das expectativas e das projeções das administrações municipais, trazendo dificuldades para o cumprimento de compromissos financeiros** com fornecedores, prestadores de serviço e com a folha de pagamento dos servidores. Os reflexos sobre a prestação de serviços municipais e a continuidade dos projetos de investimento afetam

especialmente aqueles realizados em parceria com o governo federal, sobretudo a capacidade de aporte de contrapartida, no âmbito do Programa de Aceleração do Crescimento — PAC. A desaceleração das obras, além de implicar a elevação de custos futuros e atraso no atendimento das necessidades da população, poderá ainda agravar os efeitos da retração econômica no plano local. Assim, o Ministério da Fazenda propõe a Vossa Excelência a **edição de medida provisória regulamentando a transferência de recursos pela União aos Municípios, no exercício de 2009, a título de apoio financeiro destinado à superação das dificuldades emergenciais de recursos**. Tal transferência será calculada a partir da variação negativa entre o valor nominal do Fundo de Participação dos Municípios — FPM — repassado em 2008 e o valor transferido em 2009. (destacamos)

Todavia, vale lembrar que os reflexos financeiros das reduções de alíquotas do IPI e das alterações de faixas do IR eram perfeitamente previsíveis desde o momento em que foram cogitadas como medidas de política fiscal anticíclica. Os instrumentos equalizadores demoraram muito para ser editados em um contexto emergencial. A concessão do apoio financeiro por meio de medida provisória, (que pressupõe casos de urgência, por força do art. 62 da Constituição Federal) evidencia que não houve planejamento prévio de compensação financeira concomitante à concessão dos incentivos.

Com isso, é possível afirmar que:

O modelo de federalismo fiscal cooperativo adotado no Brasil, entretanto, não pode reduzir-se ao apoio conjuntural da União. **É preciso aprimorar mecanismos que garantam a autonomia financeira dos entes subnacionais, mesmo em face de políticas fiscais anticíclicas, a fim de evitar a dependência de auxílios emergenciais**, sob liberalidade do Poder Executivo Federal.

Nessa perspectiva, caso o emprego de normas tributárias indutoras pela União acarrete situações de **desequilíbrio no arranjo de repartição de receitas com os entes subnacionais, deverão ser adotadas medidas de compensação financeira** suficientes para corrigir as assimetrias negativas geradas, preservando os pilares do federalismo fiscal. (ASSUNÇÃO, 2010, p. 34/5) (destacamos)

Assim, os desconfortos financeiros dos entes subnacionais poderiam ser evitados se houvesse um planejamento prévio das ações isentivas do governo federal, dos repasses ou das respectivas compensações.

Os incentivos fiscais, via de regra, são concedidos por meio de políticas públicas. Estas, por sua vez, são definidas pelo legislador e executadas pelo Poder Executivo. Com isso, vedaria ao Poder Judiciário exercer o controle so-

bre as opções feitas, porque isto afrontaria o princípio da separação de poderes. E, na realidade, as grandes metas governamentais são traçadas pela própria Constituição e respectivas Emendas. O legislador disciplina as matérias postas na Constituição. No entanto, o Poder Judiciário vem interferindo nas políticas públicas, na tentativa de suprir as lacunas deixadas pela inércia dos demais poderes a partir do exame de casos concretos.

A interferência do Poder Judiciário vai ganhando adeptos, sob o argumento de que, ao interferir em políticas públicas, ele não está invadindo matéria de competência dos outros Poderes do Estado, nem a discricionariedade que lhes é própria, porque está fazendo o seu papel de intérprete da Constituição. Assim, o Poder Judiciário não estaria analisando aspectos de discricionariedade, mas fazendo cumprir a Constituição. (DI PIETRO, 2015)

Ao escrever sobre políticas públicas, Maria Sylvania Di Pietro entende que o Poder Judiciário deve analisar com muita cautela os pedidos formulados, seja quanto à matéria de fato em que se fundamentam, seja quanto à razoabilidade em relação ao fim que se pretende alcançar. A observância do princípio da razoabilidade, inclusive quanto ao aspecto da proporcionalidade, é obrigatória e impõe os seguintes questionamentos pelo magistrado: a medida solicitada é realmente necessária para o fim pretendido? Ela é adequada? Ela é proporcional? (DI PIETRO, 2015)

Essa observação pode ser aplicada diante das questões que envolvem os incentivos fiscais, como por exemplo, referentes ao IPI e ao Imposto de Renda e os respectivos repasses aos entes subnacionais.

Considerando as constantes solicitações junto ao Poder Judiciário para considerar inconstitucionais os repasses financeiros para os Estados e Municípios que contrariam a Constituição, diversos projetos de lei e proposta de emenda constitucional são objetos de análise pelo legislativo federal².

O Supremo Tribunal Federal suspendeu a publicação da Súmula nº 30 que declara a inconstitucionalidade de lei estadual que institui incentivo fiscal

² O Projeto de Lei 5.154/13 protocolado na Câmara dos Deputados limitava a concessão de incentivos fiscais às parcelas que não impliquem na alteração dos valores repassados aos Estados e Municípios, de autoria de Inocêncio Oliveira (PR-PE). Referida proposta regulamenta o art. 151, inciso I, da Constituição Federal, estabelecendo que não seja admitida a concessão de incentivos fiscais de impostos compartilhados com os Estados e Municípios. O Congresso Nacional procurou prever regra destinada a afastar os efeitos financeiros de incentivos fiscais concedidos pela União, no que tange ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE) e ao Fundo de Participação dos Municípios (FPM). A Câmara dos Deputados apresentou o Projeto de Lei Complementar 288/2013, que deu origem à Lei Complementar n. 143/2013 para dispor sobre os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE). O texto original: “Eventuais desonerações concedidas pelo Governo Federal incidirão apenas na cota de arrecadação destinada à União, não sendo consideradas para efeito de repasse do FPE e do FPM”, foi vetado, sob o fundamento de inconstitucionalidade e contrariedade ao interesse público, uma vez que limita o escopo de política econômica característico das desonerações.

e retém parcela do ICMS que seria destinada aos municípios. O texto, aprovado era aguardado por prefeituras que buscam uma solução para acabar com a guerra fiscal entre os Estados. Resta saber se súmula também serviria para atender os interesses dos municípios sobre os repasses dos valores referentes aos incentivos fiscais concedidos pela União. O Plenário, em 3 de fevereiro 2010, aprovou a Proposta de Súmula Vinculante 41, que deu lugar à Súmula Vinculante 30, com o seguinte teor: “É inconstitucional lei estadual que, a título de incentivo fiscal, retém parcela do ICMS pertencente aos Municípios”. Apesar de aprovada pelo Plenário, houve controvérsia quanto ao texto e ao alcance do enunciado sumulado. Referida súmula foi suspensa por um pedido do ministro Dias Toffoli, para tornar o texto mais abrangente.

Tramita na Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda Constitucional PEC nº 16/2011 (apensada a PEC nº 148/12 e com diversas modificações) que prevê a compensação financeira para os municípios que perderem repasse por conta de concessão de incentivos fiscais. O projeto de autoria do deputado Reinaldo Azambuja (PSDB-MS), estipula que essa compensação seria necessária caso a União e os estados decidam conceder incentivos fiscais nos impostos sujeitos à repartição de receita (IPI e IR), autoriza a União a suplementar as transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios, de que tratam o inciso I e II do art. 159, da Constituição entre outras providências. Autoriza, portanto, a suplementação dos repasses constitucionais do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) devido à queda da arrecadação do imposto de renda e IPI.

Desta forma, se aprovadas tais medidas ou outras correlatas podem ser amenizadas as situações financeiras dos entes subnacionais, embora a necessidade ainda permaneça quanto a aprovação de parâmetros adequados para a situação dos repasses.

6. CONCLUSÕES

Com a crise econômica mundial de 2008, o Brasil adotou medidas anticíclicas de intervenção na economia com o fito de diminuir as repercussões negativas no mercado. Dessa forma, o Governo Federal se valeu de inúmeras medidas fiscais, dentre as quais merece destaque a redução das alíquotas de diversos produtos do Imposto sobre Produtos Industrializados. Contudo, como parte da arrecadação do IPI, por exemplo, comporta os repasses constitucionais obrigatórios aos Municípios, por intermédio do Fundo de Participação dos Municípios, os entes subnacionais ficaram prejudicados quanto à sua autonomia financeira por conta dos diversos incentivos fiscais concedidos pela União.

Como foi observado, diversos municípios recorreram ao Poder Judiciário para o atendimento dos ditames constitucionais (art. 158 e 159) que garantem os repasses do percentual do IR e do IPI, sem descontar os valores correspondentes aos incentivos fiscais concedidos pela União. Essa discussão está longe ainda de ser resolvida porque envolve questões polêmicas sobre a autonomia financeira do município e a competência legislativa para a instituição dos impostos mencionados. Até então, era aceito na doutrina e na jurisprudência o repasse referente ao percentual que incidia somente sobre o montante realmente arrecadado. Mesmo com algumas transferências voluntárias isso não afasta a inconstitucionalidade presente no ato de renúncia fiscal, praticado pela União, pois estas transferências são obrigatórias, ou seja, possuem outra natureza jurídica.

Uma questão que merece especial atenção refere-se ao modelo do federalismo fiscal cooperativo e o seu papel atual da forma de governo existente no Brasil. Referido modelo parece também estar em crise. Isto porque há notório desequilíbrio financeiro na distribuição e arrecadação de recursos financeiros, comprometendo a autonomia financeira e política dos estados e municípios. É necessário um ajuste constitucional para uma distribuição mais proporcional às incumbências e encargos de cada ente político.

Se a União tem competência para legislar sobre o IPI e IR, teria competência plena para conceder isenções desses impostos? Em princípio parece que sim, conforme inúmeros pronunciamentos dos tribunais pátrios e da doutrina. No entanto, uma releitura dos textos constitucionais releva a questão para os comandos gerais e específicos. Se a União tem competência para isentar deve ser interpretada com prevalência sobre o artigo 159 (repasses aos Fundos que menciona), sem respeitar o limite estabelecido? Poderá no caso ser aplicado o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. Ou seja, como não há limite constitucional, de forma clara sobre a concessão de incentivos fiscais, os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade precisam ser colocados em prática pelos tribunais. Não é uma tarefa simples, mas é um começo para tentar solucionar a questão para o bem da segurança jurídica. O poder do Estado de desonerar é amplo, mas não ilimitado, sujeitando-se às diretrizes normativas e aos valores contidos no texto constitucional como foi destacado.

Os governos federal e estadual devem planejar as concessões de incentivos fiscais e os respectivos repasses ou medidas de compensação financeira aos entes subnacionais de forma a causar menos transtornos aos mesmos.

Enquanto aguarda-se uma posição, os municípios devem continuar convivendo com a possibilidade de transferências voluntárias da União para compensar as perdas com os incentivos fiscais concedidos.

REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 2002.
- ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. **Incentivos Fiscais e Desenvolvimento Econômico**: a função das normas tributárias indutoras em tempos de crise. In *Finanças Públicas – XV Prêmio Tesouro Nacional – 2010*.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**, Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **A derrota da federação**: o colapso financeiro dos estados e municípios. In: *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**, 3º volume, tomo II, São Paulo: Saraiva, 2002.
- BORGES, José Souto Maior. **Teoria geral da isenção tributária**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**, São Paulo: Malheiros, 2010.
- CAVALCANTE, Denise Lucena; LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. Ilusão do pacto federativo cooperativo e os custos dos direitos sociais. **Nomos**: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, v. 35.1, jan./jun. 2015.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**, Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CORREIA NETO, Celso de Barros. **O Averso do Tributo**. São Paulo: Almedina, 2014.
- CRETELLA JUNIOR, José, **Comentários à Constituição Brasileira**, Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. **Comentários à Constituição de 1988**, volume IV, Rio de Janeiro: Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1991.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Judicialização de políticas públicas pode opor interesses individuais e coletivos**, in <http://www.conjur.com.br/2015-mai-28/interesse-publico-judicializacao-politicas-publicas-opoe-interesses-individuais-coletivos> 28/12/15.
- ELALI, André de Souza Dantas. **Tributação e regulação econômica**: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais. São Paulo: MP, 2007.

HARADA, Kiyoshi. Vinculação, pelo município, das cotas do ICMS para garantia de operações de crédito: efeitos. **Repertório IOB Jurisprudência**, 3, fevereiro/99.

MARTINS, Tomás Imbroisi. **As Desonerações do IPI realizadas pelo governo federal desde a crise de 2008: Análise do Recurso Extraordinário 705.423/SE**. Monografia. Curso de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**, São Paulo: Malheiros, 1993.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do Estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 2009.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PAPADOPOL, Marcel Davidman. **A extrafiscalidade e os controlos de proporcionalidade e de igualdade**. Dissertação. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/16164>>.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil – Traços constitucionais da organização política brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VARGAS, Fernanda e BOTELHO, Thiago Ramos Paixão. **Concessão de Incentivos Fiscais pela União Federal e seus Efeitos nos Valores Repassados ao FPM (Fundo de Participação dos Municípios)**, Publicado em 12 de julho de 2013, Martins Freitas Consultoria Tributária.

Recebido em 18 jan. 2016.



RESERVAS DE SURFE E A PROTEÇÃO DA SOCIOBIODIVERSIDADE†

*Solange Teles da Silva**
*Mauricio Duarte dos Santos***
*Carolina Dutra****

Resumo

O presente artigo realiza uma reflexão sobre o estatuto jurídico das “reservas de surfe” como uma emergente categoria de espaço especialmente protegido. Analisou-se a experiência da Nova Zelândia e da Austrália na adoção desse instituto, bem como o modelo das “Reservas Mundiais de Surfe”, proposto por organizações não-governamentais. Pautado pela lógica da governança ambiental, sua finalidade é contribuir à proteção da sociobiodiversidade marinha e marinho-costeira e de atributos excepcionais dessas áreas, em particular os escassos e finitos *surf breaks* e a cultura do surfe. Nessa linha, propõe-se o aprimoramento da política brasileira voltada à conservação da sociobiodiversidade nos referidos biomas, seja a partir da inserção das reservas de surfe no SNUC ou da efetiva proteção dos *surf breaks* pelas categorias já existentes. Os parques nacionais marinhos e as áreas de proteção ambiental marinhas e costeiras podem cumprir esse papel. Na esfera federal, há ao menos 04 APA e 06 PARNA marinhos com esse perfil. O reconhecimento jurídico da reserva de surfe alinha-se ao objetivo do Plano Nacional de Áreas Protegidas (PNAP) de consolidar um sistema de áreas protegidas que seja abrangente, ecologicamente representativo e efetivamente manejado. Assim como pode ser considerado no cumprimento da meta nacional de elevar em quantidade e qualidade a cobertura das áreas marinhas protegidas, em face dos compromissos assumidos pelo Brasil no regime da Convenção da Diversidade Biológica (CDB) e da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.

† Esse artigo foi desenvolvido no âmbito do Projeto de Pesquisa “A gestão sustentável dos recursos marinhos vivos e não vivos”, UNB/UFC/UPM - CAPES.

* Professora da Graduação e do Programa de Pós-graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Doutora e Mestre em Direito Ambiental pela Universidade Paris I. Bolsista de Produtividade em Pesquisa CNPq. Líder do Grupo de Pesquisa Direito e Desenvolvimento Sustentável.

** Professor universitário e advogado. Doutorando em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Membro do Grupo de Pesquisa Direito e Desenvolvimento Sustentável.

*** Professora universitária e advogada. Doutoranda em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Membro do Grupo de Pesquisa Direito e Desenvolvimento Sustentável.

Palavras-chave

Reservas de surfe; *surf breaks*; sociobiodiversidade; unidades de conservação; direito ambiental; políticas públicas.

SURFING RESERVES AND THE PROTECTION OF SOCIO-BIODIVERSITY

Abstract

This article presents a reflection on the legal status of “surfing reserves” as an emerging category of protected area. The experience of New Zealand and Australia in the adoption of this institute was analyzed, as well as the model of ‘World Surfing Reserves’, proposed by non-governmental organizations. Based on environmental governance, it aims to contribute to marine and coastal socio-biodiversity protection and the exceptional attributes of those areas, particularly the scarce and finite surf breaks and the surf culture. In this sense, it argues an improvement of Brazilian national policy on socio-biodiversity protection in those biomes through insertion of surfing reserves in the National System of Units of Conservation (SNUC) or protecting surf breaks by already existing categories. The national marine parks (PARNA) and the environmental protection marine and coastal areas (APA) can realize this role. Concerning federal areas, there are at least 04 APA and 06 PARNA marines with this profile. The legal recognition of surfing reserves is linked with the National Plan for Protected Areas (PNAP) objective of consolidating a comprehensive, ecologically representative and effectively managed system of protected areas. It also can be considered regarding the national goal of increasing in quantity and quality the coverage of marine protected areas, respecting Brazil’s commitments under the Convention of Biological Diversity (CBD) and the Agenda 2030 for Sustainable Development

Keywords

Surfing reserves; surf breaks; socio-biodiversity; protected areas; environmental law; public policy.

1. INTRODUÇÃO

As áreas marinhas protegidas ou unidades de conservação marinhas compõem um sistema de gestão territorial voltado à conservação e proteção dos ecossistemas marinhos e costeiros, garantindo o uso desses espaços e recursos neles existentes pela coletividade, em especial por populações tradicionais que vivem na zona costeira.¹ Envolvem biomas dotados de ampla diversidade de recursos vivos e não-vivos, proporcionando serviços essenciais ao equilíbrio ecológico, e são tão importantes quanto as áreas terrestres protegidas do ponto de vista ambiental, social e econômico.²

Contudo, não recebem a mesma atenção governamental.³ Enquanto as áreas terrestres protegidas cobrem a média de 15,4% da zona terrestre mundial, as áreas marinhas protegidas cobrem cerca de 8,4% das áreas marinhas e costeiras sob jurisdição nacional.⁴ No âmbito da Convenção sobre Diversidade

¹ KELLEHER, G. (org.). **Guidelines for Marine Protected Areas**. Best Practice Protected Area Guidelines Series. n. 03. Switzerland: IUCN, 1999.

² JOLY, Carlos A. et al. “Diagnóstico da pesquisa em biodiversidade no Brasil”. In: **Revista USP**. n. 89. mai. São Paulo: 2011, p. 117.

³ BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. **Panorama da conservação dos ecossistemas costeiros e marinhos no Brasil**. Brasília: MMA/SBF/GBA, 2010, p. 09-10.

⁴ JUFFE-BIGNOLI, D.; BURGESS, N. D.; BINGHAM, H. et al. **Protected Planet Report 2014: Tracking progress towards global targets for protected areas**. Cambridge, UK: UNEP-WCMC,

Biológica (CDB), um dos compromissos assumidos pelos Estados é aumentar em quantidade e qualidade a proteção dessas áreas até 2020. No caso das áreas marinhas e costeiras, especialmente áreas de importância particular para a biodiversidade e para os serviços ecossistêmicos, a previsão é de alcance de 10% dessas áreas conservadas por meio de gerenciamento eficiente e equitativo até 2020, segundo a métrica das Metas de Aichi, (Meta 11).⁵ Nesse sentido, as áreas marinhas protegidas também figuram como relevante mecanismo de conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos, conforme a Agenda 2030 de Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (Objetivo 14).

Se de um lado é preciso investir no processo de criação e manejo de áreas marinhas e costeiras protegidas, ato essencialmente dependente do aparato estatal, orientado por sistema mandatário, instituído conforme legislação específica; por outro lado é necessário observar o surgimento de fórmulas inovadoras de conservação desses espaços e de seus atributos via governança, igualmente relevantes para se atingir as referidas metas.

Novas configurações, com ocorrência no cenário internacional e nacional, valorizam o protagonismo das áreas marinhas e costeiras protegidas na preservação de patrimônios tangíveis e intangíveis, com destaque aos valores culturais, dentre outras funções. Logo, o ordenamento jurídico não pode se furtar às novas fronteiras que se descortinam em termos de áreas marinhas e costeiras protegidas. Emerge aqui, o modelo das “reservas de surfe” como espaços de conservação do meio ambiente marinho e costeiro, fundado em uma lógica de governança ambiental, que, ao contrário do que pode sugerir sua nomenclatura, não visa apenas preservar o espaço onde se dá a prática do surfe, e sim reforçar a implementação do sistema de áreas protegidas juridicamente constituído, dentre outros mecanismos protetivos.

2014, p. 11. Disponível: <https://www.unep-wcmc.org/system/dataset_file_fields/files/000/000/289/original/Protected_Planet_Report_2014_01122014_EN_web.pdf?1420549522>. Acesso: 20.08.2016. No caso do Brasil, as áreas marinhas protegidas representam apenas 1,5 % de sua área oceânica (BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. Cadastro Nacional de Unidades de Conservação – “Unidades de Conservação por Bioma”. Disponível: <http://www.mma.gov.br/imagens/arquivo/80112/CNUC_Agosto%20-%20Biomass%201.pdf>. Acesso: 20.08.2016).

⁵ Ove Hoegh-Guldberg analisa o valor econômico dos oceanos e as evidências científicas de destruição dos recursos marinhos apontando para oito ações fundamentais para reverter a degradação do ecossistema marinho dentre as quais destaca-se a criação de áreas marinhas protegidas e seu manejo (HOEGH-GULDBERG, O. et al. **Reviving the Ocean Economy: the case for action - 2015**. Gland, Switzerland: WWF International, 2015, p. 04. Disponível: <<https://www.wwf.de/fileadmin/fm-wwf/Publikationen-PDF/WWF-Report-Reviving-the-Ocean-Economy-Summary.pdf>>. Acesso: 20.08.2016).

O objetivo do presente artigo é realizar uma reflexão sobre o estatuto jurídico das “reservas de surfe” a partir de uma pesquisa bibliográfica⁶ e experiências de outros países — em especial Nova Zelândia e Austrália —, destacando os elementos essenciais que fundamentam sua instituição e sua relação com a proteção da sociobiodiversidade. Tanto no sistema *common law* como no *civil law*, nota-se um despertar do direito para a proteção dos *surf breaks*, revelado por diversos instrumentos jurídicos, com destaque às áreas protegidas.⁷ Tal consideração permite-nos indagar sobre a possibilidade de inserção de uma nova categoria de unidade de conservação — “reservas de surfe” — para auxiliar a proteção da sociobiodiversidade no espaço marinho e costeiro no Brasil. Ou, alternativamente, recomendar a consideração, à luz do existente aparato jurídico brasileiro, de atributos específicos dessas áreas, em particular os *surf breaks*, com ocorrência na faixa de transição entre o mar aberto e a zona de ocorrência de ondas. Assim, inicialmente, analisa-se o conceito de *surf breaks* e sua relação com a cultura do surfe e a proteção da sociobiodiversidade. Em uma segunda etapa, são estudados sob o prisma da governança ambiental os modelos de proteção dos *surf breaks*, destacando-se o exemplo neozelandês e a experiência australiana das reservas de surfe, bem como o modelo das reservas mundiais de surfe. Realizadas essas etapas, apontam-se pistas ao aprimoramento da política pública brasileira voltada ao desafio da conservação da sociobiodiversidade nos biomas marinho e marinho-costeiro, considerando-se particularmente a importância dos *surf breaks*.

2. SURF BREAKS, CULTURA DO SURFE E PROTEÇÃO DA SOCIOBIODIVERSIDADE

Os *surf breaks* — **espaços de transição entre o mar aberto e a zona de ocorrência de ondas** — são espaços sensíveis, finitos, que constituem um recurso natural escasso e, quando extintos, não podem ser restaurados.⁸ Na Nova Zelândia, o *New Zealand Coastal Policy Statement* indica elementos que compõe o *surf break*, definindo-o como:

⁶ Foram realizadas buscas no Portal de Periódicos da CAPES e na internet com as seguintes palavras-chaves “reserva de surfe”, “surf breaks”. A maioria dos resultados apontou para estudos desenvolvidos em diversas áreas do conhecimento, vocacionadas ao estudo do uso sustentável dos recursos e espaços marinhos e costeiros. Raras, todavia, são as análises jurídicas a respeito dessa temática, notadamente no cenário brasileiro.

⁷ ORAM, Wendy; VALVERDE, Clay. “Legal protection of surf breaks: putting the breaks on destruction of surf”. In: *Stanford Environmental Law Journal*, v. 13. mai. 1994. No mesmo sentido: BALL, Scott. “The green room: a surfing-conscious approach to coastal and marine management”. In: *UCLA Journal of Environmental Law and Policy*. n. 33. v. 2. 2015, p. 366-404.

⁸ SKELLERN, Matt. PERYMAN, Bailey. ORCHARD, Shane. RENNIE, Hamish. **Planning approaches for the management of surf breaks in New Zealand**. Auckland, New Zealand: Auckland Council, 2013, p. 7-9. Disponível: <<http://www.aucklandcouncil.govt.nz/sitecollectiondocuments/aboutcouncil/planspoliciespublications/technicalpublications/planningapproachesformanagementsurfbreaksnz.pdf>>. Acesso 20.08.2016.

Um recurso natural que é composto de ondas, correntes, níveis de água, morfologia do fundo do mar e do vento. A característica hidrodinâmica do oceano (ondulação, correntes e níveis de água) combina com a morfologia do fundo do mar e dos ventos criando 'ondas surfáveis'. O Surf Break inclui o 'corredor da ondulação' pelo qual esta viaja, e a morfologia do fundo do mar do corredor da onda, até o ponto onde as ondas criadas pela ondulação dissipam-se e tornam-se não-surfáveis. 'Corredor de ondulação' significa a região a alto mar de um surf break onde a ondulação viaja e transforma-se numa 'onda surfável'. 'Onda surfável' significa, uma onda que pode ser capturada e montada por um surfista. Ondas surfáveis têm um ponto de quebra que se espalha ao longo da crista da onda para que o surfista seja impulsionado lateralmente ao longo dela.⁹

Enquanto as ondas correspondem a "distúrbios em alguma forma de meio causada por transferências de energia"¹⁰, no caso das ondas marinhas, ou seja, aquelas que se movem ao longo da superfície do mar, sua origem pode ter relação com os ventos, os terremotos ou a atração gravitacional entre o sol e a lua¹¹. Características topográficas geomorfológicas dos *surf breaks* imprimem assim nas ondas certas características físicas (tamanho, extensão, velocidade, formato, dentre outras), atraentes ou não à prática do surfe.¹² Ao analisar essas noções, Jesse Reiblich indica a necessidade de uma reformulação do conceito de *surf breaks* partindo de seus três elementos constitutivos: os corredores de ondulação, as terras submersas sobre as quais as ondas quebram e o direito de acesso a esse espaço.¹³ Aqui, ao refletir sobre a proteção dos *surf breaks*, poder-se-ia adicionar ao referido conceito um quarto elemento, a sociobiodiversidade, envolvendo surfistas e comunidades locais na proteção desses espaços.

Em realidade, a importância dos *surf breaks* vai além da conhecida capacidade de proporcionar lazer ou trabalho aos praticantes do esporte. Várias são as dimensões que se relacionam com esses espaços e recursos ali existentes — a ambiental, a social, a econômica e a cultural —, dimensões que podem ser analisadas como pilares do desenvolvimento sustentável. Para in-

⁹ NEW ZELAND, Department of Conservation. **New Zealand Coastal Policy Statement**, 2010. Disponível: < <http://www.doc.govt.nz/Documents/conservation/marine-and-coastal/coastal-management/nz-coastal-policy-statement-2010.pdf> >. Acesso: 20.08 2016.

¹⁰ BASCOM, Willard. *Waves and beaches: the dynamics of ocean surface*. New York, USA: Anchor Books, 1964, p. 103.

¹¹ Idem, *ibidem*, p. 103.

¹² REIBLICH, Jesse. "Greening the Tube: Paddling Toward Comprehensive Surf Break Protection". In: **Environs U. C. Davis Environmental Law and Policy Journal**, 2013, p. 48.

¹³ Idem, *ibidem*, p. 47.

tegrar tais dimensões, a participação, notadamente dos surfistas e das comunidades locais, se faz necessária auxiliando na delimitação e adoção de estratégias de proteção e conservação de tais espaços e recursos ambientais.

A cultura que envolve o surfe comporta um estilo de vida diverso, considerando-se, entretanto, distintos padrões de subculturas que emergem em diferentes contextos sociais, políticos e econômicos. Nesse sentido, é possível analisar o desenvolvimento do surfe e da cultura que envolve essa prática, sob o prisma histórico, destacando a sua origem em sociedades tribais na Polinésia, com significados socioreligiosos, em uma relação intrínseca com a natureza; passando contemporaneamente, pela expansão e formação da subcultura do surfe norte-americana, fundada em um modo de vida alternativo, até alcançar sua absorção pelo mercado e a própria institucionalização do esporte.¹⁴

Em meados da década de 1970, John Irwin, ao discorrer sobre o estilo do surfe, já fez alusão à figura do surfista não apenas como o praticante de um esporte, mas como um sujeito que adota um estilo de vida atraente, que permite diferenciá-lo da sociedade enquanto grupo, já que, “[e]sse grupo possui uma visão diferente do mundo, fala uma linguagem própria e possui símbolos, como a prancha de Surf, que o caracteriza”.¹⁵ O autor assim identifica, ainda que de forma embrionária, algumas características personalizadas. O rol de características intrínsecas na relação entre os indivíduos praticantes do surfe, que conduz à possibilidade de análise desses indivíduos como um grupo, foi pouco a pouco sendo intensificado. Conseqüentemente, conquistou uma gama de simpatizantes não apenas à modalidade esportiva, mas a um estilo de vida que adota traços de comportamento que conectam o surfista, os espaços de surfe e os recursos naturais. Ford e David apontam que apesar do retrato desse estilo de vida variar conforme fatores históricos, sociais, econômicos e políticos, prevalece um senso geral de reconhecimento do surfe como cultura ou subcultura.¹⁶

Independentemente dos pontos controversos na caracterização do surfe e da cultura a ele associada, há um ponto de interconexão: os espaços e recursos marinhos e costeiros, quer dizer, o ambiente marinho e as áreas próximas às costas marítimas que, a depender da legislação de cada país, são denominadas com termos específicos e recebem ou não uma proteção especial, que pode direta ou indiretamente abranger os espaços referenciados como *surf*

¹⁴ RIBEIRO, Alexandre Guilherme. **Uma história social do surfe**. Monografia de Bacharelado em Historia na Universidade Federal do Paraná. Orientador Luiz Carlos Ribeiro. Curitiba, 2003. Disponível: <http://www.historia.ufpr.br/monografias/2002/alexandre_guilherme_ribeiro.pdf>. Acesso: 20.08.2016.

¹⁵ IRWIN, John. “Surfing: The Natural History of An Urban Scene”. In: **Journal of Contemporary Ethnography**, n. 2, 1973, p. 131-160.

¹⁶ FORD Nick; DAVID, Brown. **Surfing and Social Theory: Experience, Embodiment and Narrative of the Dream Glide**. London; New York: Routledge, 2006, p. 59.

breaks, “reservas de surfe” ou zonas de surfe. O Brasil, por exemplo, adota a terminologia “zona costeira” para designar “o espaço geográfico de interação do ar, do mar e da terra, incluindo seus recursos renováveis ou não, abrangendo uma faixa marítima e outra terrestre” a ser definido pelo Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro (art. 2º, parágrafo único da Lei n. 7.661/88). E, embora a Lei n. 7.661/88 já garanta o livre acesso às praias e ao mar (art. 10), outros elementos constitutivos desses espaços ainda não são objeto de proteção específica.¹⁷ É certo que a construção de uma lógica protetiva de tais espaços deve considerar as demais atividades desenvolvidas no meio ambiente marinho, bem como deve pautar-se na governança ambiental.¹⁸

3. OS MODELOS DE PROTEÇÃO DOS ESPAÇOS COSTEIROS E MARINHOS E A GOVERNANÇA AMBIENTAL: SURF BREAKS E RESERVAS DE SURFE

O conceito de governança pode ser analisado, tal qual define James Rosenau: como um “fenômeno mais amplo que governo”, ao abranger, ao mesmo tempo, as instituições governamentais e “mecanismos informais, de caráter não governamental, que fazem com que as pessoas e as organizações dentro da sua área de atuação tenham uma conduta determinada, satisfaçam suas necessidades e respondam às suas demandas”.¹⁹ A governança corresponde assim a um “sistema para reger comportamentos envolvendo interações entre estruturas, processos e tradições que determinam como o poder e

¹⁷ Não se trata apenas da demarcação das áreas de pesca, lazer ou recreação das praias banhadas por mar, lagoas ou rios, tal qual dispõe o Substitutivo ao Projeto de Lei n. 668/2015, cuja finalidade diz respeito à regulamentação das práticas de surf e pesca através de sinalizações, considerando-se os inúmeros óbitos de surfistas nos últimos anos. Trata-se de uma reflexão sobre a proteção dessas áreas e de seus atributos através da adoção de instrumentos jurídicos que determinem a sua proteção, seja como *surf breaks*, “reservas de surfe”, zonas de surfe ou áreas de surfe protegidas, quer dizer, espaços especialmente protegidos.

¹⁸ Podem ser identificados alguns conflitos entre a prática do surfe e outras atividades, como por exemplo a pesca. Nesse sentido, a Lei Municipal n. 539/1995 de Garopaba, que proibiu a prática do surf nas praias municipais no período compreendido entre 1º de maio e 15 de julho, época da pesca da tainha, foi declarada inconstitucional em razão da competência para legislar sobre as praias marítimas e o mar territorial ser da União. Em realidade, essa lei municipal “dá ensejo a uma apologia segregacionista e preconceituosa contra uma classe de desportistas que é a dos surfistas. Ora, a lei municipal não fala[va] em mais nada a não ser na proibição da prática de ‘surf’ no município” (BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão. Apelação cível em mandado de segurança n. 97.008973-2, de Imbituba. Mandado de Segurança Coletivo. Lei Municipal que proíbe a prática de surf em período dedicado à pesca da tainha. Ilegalidade e inconstitucionalidade. MS 89732 SC 1997.008973-2. Relator Carlos Prudêncio. 1998-06-09).

¹⁹ ROSENAU, James N. “Governança, ordem e transformação da política mundial”. In: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto (orgs.). **Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial**. Brasília: UNB, 2000, p. 15-16.

responsabilidades são exercidos, como decisões são tomadas e como os cidadãos e outros atores tem uma palavra a dizer”.²⁰ Ou, em outras palavras, trata-se de “guiar o comportamento humano através de pessoas, do Estado e de incentivos de mercado para alcançar determinados objetivos estratégicos”.²¹

Enquanto espécie desse gênero político, a governança ambiental — ou governança dos recursos naturais, no caso da sociobiodiversidade dos biomas marinho e marinho-costeiro — pode ser compreendida como “a articulação de metas e ações sociais dirigidas à gestão dos recursos naturais”²². Para alcançar a sustentabilidade opera, enquanto objetivo estratégico, em diferentes níveis (local, regional e global) e perspectivas: a) *top-down*, centrada no controle estatal para a promoção da proteção da biodiversidade marinha; b) *bottom-up*, fundada na abordagem participativa da comunidade local, geralmente atuante em rede, o que demanda o estabelecimento de processos decisórios descentralizados e o empoderamento dos indivíduos e comunidades locais; c) adoção de incentivos de mercado para a promoção da conservação da biodiversidade. Como então os *surf breaks* e as reservas de surf se inserem no contexto da governança dos recursos marinhos e marinhos-costeiros?

3.1. *Surf Breaks* na Nova Zelândia

O modelo neozelandês de proteção dos *surf breaks* é apontado por Jesse Reiblich como o mais progressista, já que incorpora a proteção desses espaços e recursos em decisões de planejamento do desenvolvimento da costa do país.²³ Isso ocorre em razão de uma emenda ao New Zealand Coastal Policy Statement (NZCPS) de 2010²⁴, fruto da mobilização de comunidades de surfistas, que levou à previsão da preservação dos *surf breaks* entre os objetivos dessa declaração política. Assim, a Nova Zelândia tornou-se líder mundial na proteção dos *surf breaks*, o que, na visão Skellern et. al., importa não apenas aos praticantes do esporte, e sim a todas as comunidades dependentes dos

²⁰ (Tradução livre) MARTIN, Paul; BOER, Ben; SLOBODIAN, Lydia. “Framework for Assessing and Improving Law for Sustainability – Introduction”. In MARTIN, Paul; BOER, Ben; SLOBODIAN, Lydia (eds.) **Framework for Assessing and Improving Law for Sustainability: a Legal Component of Natural Resource Governance Framework**. IUCN, Gland, Switzerland, 2016, p. 02. Disponível: < http://www.lawforsustainability.org/sites/default/files/eplp_87_web.pdf> Acesso 20.08.2016.

²¹ (Tradução livre) JONES, Peter; QIU, Wanfei; De Santo, Elizabeth. **Governing Marine Protected Areas - Getting the Balance Right**. Technical Report, United Nations Environment Programme, 2011, p. 01. Disponível: < <http://www.mpag.info/governing-mpas-final-technical-report-web-res.pdf>> Acesso 20.08.2016.

²² MARTIN, Paul et al. (orgs.). *Environmental Governance and Sustainability*. United Kingdom: E. Elgar, 2012, p. 24.

²³ REIBLICH, Jesse. *Op. cit.*, p. 57.

²⁴ NEW ZELAND, Department of Conservation. **New Zealand Coastal Policy Statement**, 2010. *Op. cit.*

recursos marinhos, bem como ao desenvolvimento científico, sobretudo à política pública de planejamento e gestão costeira.²⁵

Há a previsão de proteção dos surf breaks de representatividade nacional (Policy 16) e de suas características naturais (Policy 13), além da proteção dos recursos naturais das paisagens naturais (Policy 15), que conduz, nessa última perspectiva, a proteção dos surf breaks por ricochete. No primeiro caso, trata-se da proteção dos aspectos físicos-ambientais dos surf breaks, assegurando-se, por um lado, que atividades desenvolvidas no ambiente costeiro não lhe causem efeitos adversos e, por outro lado, o acesso, uso e gozo dos surf breaks. Aqui, uma lista de 17 surf breaks de representatividade ou importância nacional foi estabelecida, determinando-se que eles necessariamente devem ser considerados em decisões de planejamento do desenvolvimento da costa. No segundo caso, da preservação das características naturais do meio ambiente costeiro, protegendo-o de fragmentação, usos e desenvolvimento considerados não apropriados, incluem-se entre seus elementos os surf breaks. Aqui não se trata de proteger a paisagem em si, mas os elementos vivos e não-vivos do meio ambiente costeiro. A última política refere-se aos recursos naturais e as paisagens naturais, incluindo as paisagens marinhas, com o intuito de protegê-las de fragmentação, usos e desenvolvimento inapropriados.

É certo que considerar os surf breaks nas decisões de planejamento do desenvolvimento costeiro significa apenas um passo procedimental. Todavia, sob o prisma de uma gestão costeira integrada a proteção dos surf breaks passa a figurar como um elemento dessa gestão e pode propiciar a adoção de estratégias de cogestão para as comunidades locais, envolvidas nos processos de decisão do planejamento de desenvolvimento de tais espaços.²⁶

3.2. Reservas de Surfe na Austrália

A declaração de determinadas áreas como reservas de surfe podem ter como objetivos, tal qual apontam Brad Farmer e Andrew Short: a) o reconhecimento do sítio como uma área representativa e de qualidade para o surfe; b) a consagração da relação entre surfistas e o surfe; e c) a adoção de instrumentos de preservação a longo termo dessa área para presentes e futuras gerações.²⁷

²⁵ SKELLERN, Matthew; RENNIE, Hamish G.; DAVIS, Monique. "Working towards the protection of surf breaks". In: *Coastal Planning*. 2009, p. 12-15.

²⁶ EDWARDS, Aaron Mark. **Surf Break Co-Management: options for the protection and enhancement of surf breaks in New Zealand**. Thesis Master of Planning. University of Otago, Dunedin, New Zealand, November 2012. No mesmo sentido: EDWARDS, Aaron Mark; STEPHENSON, Wayne. "Assessing the potential for surf break co-management: evidence from New Zealand". In: *Coastal Management*, 2013, p. 537-560.

²⁷ FARMER, B.; SHORT, Andrew D. Australian National Surfing Reserves – rationale and process for recognising iconic surfing locations. In *Journal of Coastal Research* 99, 100 (2007), pp. 99-103.

Assim, a expressão “reserva de surfe” expressa tanto a um reconhecimento simbólico, com bases em um programa nacional ou internacional, como vai além, referindo-se a um instrumento jurídico estratégico para proteção de determinadas áreas.

A primeira reserva de surfe foi estabelecida na Austrália, no estado de Victoria em 1973, a *Bells Beach Surfing Recreation Reserve*, como uma “*land-based reserve*” (reserva baseada na terra), incluindo assim uma estreita faixa de terra, um estacionamento, calçadas e rampas de acesso à praia que conduzem até a borda costeira.²⁸ Essa proteção foi estabelecida em razão da importância histórica e cultural desse sítio para o surfe. Além de ter relevância nacional, *Bells* também figura internacionalmente como um ícone da cultura de surfe australiana. Foi então adotado um plano de manejo, elaborado de acordo com o *Coastal Management Act* de 1995 e a *Victorian Coastal Strategy* de 2008. O plano de manejo 2015-2025 dessa reserva estabelece “dois princípios diretores — respeito e proteção — e três valores centrais — meio ambiente natural, patrimônio indígena e cultura do surfe — que sustentam a visão, objetivos, ações e resultados do plano”.²⁹ Destaque-se ainda que, em 2011, *Bells* foi inserida na lista do Patrimônio Nacional na Austrália,³⁰ motivando a aplicação do *Environment Protection and Biodiversity Conservation Act* de 1999, que cria requisitos especiais em termos de proteção e conservação.

Essa reserva serviu de modelo para o movimento mais recente que em 2005 criou o Programa Australiano das “Reservas Nacionais de Surfe” — *National Surfing Reserve (NSR)*, que pode ser definido como uma “colaboração voluntária dedicada a reconhecer sítios ícones de surfe”, mediante parceria entre comunidade e governo para a identificação de sítios com significado ambiental, cultural e histórico para a cultura de surfe australiana.³¹

Uma reserva de surfe pode então ser definida como:

[...] uma parte do meio ambiente costeiro reconhecido pela NSR-A (*National Surfing Reserves-Australia*) e pela comunidade local em razão da qualidade e consistência de suas ondas, sua permanência temporal e durável relação entre o surfe e os surfistas. Abrange geralmente a praia e as zonas de surfe no entorno, mas podem incluir características do meio marinho e da zona costeira, que intrinsecamente fortalecem os aspectos e a experiência no

²⁸ *Idem, ibidem* p. 99.

²⁹ Bells Beach Surfing Recreation Reserve Coastal Management Plan 2015-2025. Disponível: < http://www.surfcoast.vic.gov.au/My_Environment/Bells_Beach_and_other_coastal_land_in_the_Surf_Coast_Shire/Bells_Beach_Management_Plans_Works_Updates> Acesso: 20.08.2016.

³⁰ Australia's National Heritage eNewsletter – Issue 3. Disponível: < <https://www.environment.gov.au/heritage/publications/australias-national-heritage-e-newsletter-issue-3>> Acesso em 20.08.2016.

³¹ (Tradução livre). National Surfing Reserves. Disponível em: < <http://www.surfingreserves.org/who-is-nsr.php>>, Acesso em 20.08.2016.

surfe, incluindo estruturas, tais como clubes de surfe ou localidades, como locais de origem de surfe em cada estado ou lugares considerados sagrados pelos surfistas por um motivo especial. Uma reserva de surfe não tenta excluir qualquer grupo de usuários e não há nenhuma previsão de dispositivo legal aí.³²

São três os critérios para que um *surf break* seja designado como NSR: a) que as ondas tenham uma determinada qualidade, quer dizer, que elas sejam nacionalmente classificadas como *surf breaks*; b) que seja um sítio consagrado local e nacionalmente pela comunidade do surfe; e c) que as praias e ondas tenham um uso considerado de longo termo pela comunidade local e nacional de surfe.³³ Atualmente, há 19 NSR e a proposta de declaração de mais duas reservas, incluindo aqui a primeira reserva indígena de surfe — *Black Rock* em *New South Wales (NSW)*,³⁴ o que aponta efetivamente para a possibilidade de proteção do surfe, da biodiversidade e da cultura e modo de viver dos povos indígenas em conjunto. Há também um Programa de “Reservas Regionais de Surfe” — *Regional Surfing Reserves (RSR)*, que leva em conta os referidos critérios, bem como que as ondas sejam regionalmente classificadas como *surf breaks* e que a consagração e utilização dos sítios sejam realizados especialmente pela comunidade local de surfe.

Todavia, como aponta Jesse Reiblich:

[...] a designação de um *surf break* na lista de NSR é amplamente simbólica na maior parte da Austrália, [e para que efetivamente uma] (...) NSR tenha uma proteção jurídica, deve ser acompanhada por uma legislação do estado ou nacional que proteja essa NSR.³⁵

Na Austrália, o único estado que reconhece juridicamente as reservas de surfe e protege os *surf breaks* é *New South Wales (NSW)*. Essa proteção jurídica tem fundamento no *Crown Lands Act* de 1989, existindo atualmente em *NSW* 07 reservas de surfe.³⁶

³² (Tradução livre) FARMER, Brad, SHORT, Andrew D. *Op. cit.*, p. 02.

³³ **National Surfing Reserves.** Disponível: <<http://www.surfingreserves.org/who-is-nsr.php>>. Acesso: 20.08.2016.

³⁴ **National Surfing Reserves. Decidated Reserves.** Disponível: <<http://www.surfingreserves.org/maroubra.php>>, Acesso em 20.08.2016. National Surfing Reserves. Proposed Reserves. Disponível: <<http://www.surfingreserves.org/blackrock.php>>. Acesso: 20.08.2016.

³⁵ Jesse Reiblich. *Op. cit.*, p. 60.

³⁶ **New South Wales Government. Department of Industry. Lands. National Surfing Reserves.** Disponível em: <http://www.crownland.nsw.gov.au/about_recreation/national_surfing_reserves>, Acesso em 20.08.2016.

3.3. Reservas Mundiais de Surfe

O modelo australiano inspirou a criação de um programa pela organização não governamental norte-americana *Save the Waves Coaliton* instituindo as chamadas **Reservas Mundiais de Surfe** (*World Surfing Reserves — WSR*) nos seguintes termos:

Reservas mundiais de surfe, um programa da *Save the Waves* que proativamente identifica, designa e preserva as ondas de caráter notório, zonas de surfe e ambientes circunjacentes ao redor do mundo. O Programa serve como um modelo global para a preservação dos espaços de surfe e suas áreas do entorno, reconhecendo e protegendo os atributos centrais do meio ambiente, cultura, economia e sociedade para as áreas de surfe.³⁷

Lançado em 2009, conjuntamente pela ONG *Save the Waves Coalition*, com seus parceiros *National Surfing Reserves (NSR)* da Austrália e *International Surfing Association (ISA)*, esse programa tem como objetivo a promoção das reservas de surfe mundialmente.³⁸ Ele também objetiva reunir lideranças da área, ambientalistas e a comunidade científica para discutir estratégias de proteção dos surf breaks e das áreas costeiras para concretização global das reservas de surfe.

Há um procedimento para declaração de um sítio como reserva mundial de surfe, no qual devem ser elencadas as características que o tornam elegível como tal. Essas características são expressas a partir de um rol de 04 (quatro) critérios: a) qualidade e consistência das ondas; b) características ambientais; c) cultura e história do surfe; e d) capacidade e envolvimento local. No que diz respeito ao critério características ambientais, ele relaciona-se a indicadores como, por exemplo, a existência de reconhecidos hotspots de biodiversidade, quer dizer, áreas de elevada riqueza em termos de diversidade biológica e com uma necessidade urgente de conservação; presença de espécies ameaçadas de extinção; ameaças (passadas ou presentes) às ondas a serem mitigadas; e a existência de áreas não urbanizadas ou ainda o fornecimento de serviços ecossistêmicos.³⁹

Até o momento, 09 áreas de surfe obtiveram reconhecimento como WSR. São elas: em 2009, Malibu (Califórnia, EUA); em 2010, Manly Beach (New South Wales, Austrália); em 2011, Ericeira (Distrito de Lisboa, Portugal) e Santa Cruz (Califórnia, EUA); em 2013, Huanchaco (Trujillo, Peru), Bahia de Todos

³⁷ (Tradução livre). **World Surfing Reserves**. Disponível: <<http://www.savethewaves.org/programs/world-surfing-reserves/>>. Acesso: 20.08.2016.

³⁸ *Idem, ibidem*.

³⁹ **World Surfing Reserves. The Process**: <<http://www.savethewaves.org/programs/world-surfing-reserves/the-process/>>.

Santos (Baja, México) e Punta de Lobos (Pichilemu, Chile); em 2015, Gold Coast (Queensland, Austrália); e, recentemente em dezembro de 2016, Guarda do Embaú (Estado de Santa Catarina, Brasil).⁴⁰

Vale apontar que, em 2015, a vencedora Gold Coast concorreu pela nomeação de “Reserva Mundial de Surfe” com Noosa, área de surfe também australiana, e ainda com a praia brasileira Guarda do Embaú, localizada no município de Palhoça, em Santa Catarina. Sendo a única concorrente do Brasil no programa, a candidatura dessa área foi reapresentada em 2016 pela Associação de Surfe e Preservação da Guarda do Embaú (ASPG), sendo eleita no dia primeiro de dezembro do mesmo ano.⁴¹ De acordo a ASPG, a praia da Guarda do Embaú consiste em “[...] uma comunidade com profundo compromisso com seu legado de surfe, forte conexão com o ambiente e capacidade de utilizar esta nomeação para a proteção a longo prazo de seus recursos costeiros”⁴². Nesse processo, contou com o apoio da comunidade local, do Poder Público e de outras instituições da sociedade civil nacionais e internacionais, a exemplo do Programa Bandeira Azul⁴³. A área em questão insere-se no Parque Estadual da Serra do Tabuleiro, protetiva do bioma Mata Atlântica.⁴⁴

Após a designação de um sítio como reserva mundial de surfe, a gestão dessa reserva envolve a criação de um conselho de gestão local e implementação de um plano de manejo. Todavia, deve-se ressaltar que essa designação não tem o condão de por si só proteger essa reserva, já que carece de mecanismos jurídicos para tanto. Há, assim, a necessidade de adoção de normas jurídicas locais para propiciar a efetiva proteção e conservação dos surf breaks e áreas do entorno. Considerando-se a experiência de outros países, esse seria o

⁴⁰ **World Surfing Reserves. Save the Waves.** Disponível: <<http://www.savethewaves.org/final-call-for-world-surfing-reserve-applications/>> Acesso: 20.08.2016.

⁴¹ BRUNO, Marcus. “Guarda do Embaú é eleita primeira Reserva Mundial de Surfe no Brasil”. Disponível: <<http://horadesantacatarina.clicrbs.com.br/sc/esportes/noticia/2016/12/guarda-do-embau-e-eleita-primeira-reserva-mundial-de-surfe-no-brasil-8583767.html>>. Acesso: 06.12.2016.

⁴² Idem, ibidem. Acesso: 06.12.2016.

⁴³ Trata-se de um programa europeu de certificação de praias e marinas, criado em 1987 pela ONG Foundation for Environmental Education, que visa promover educação ambiental voltada à proteção do meio ambiente marinho e costeiro. Disponível: <<http://www.bandeiraazul.org.br/guarda-do-embau-ganha-apoio-do-bandeira-azul-na-busca-do-titulo-de-reserva-mundial-do-surfe-2/>> e <<http://www.blueflag.global/>>. Acesso: 20.08.2016.

⁴⁴ BRASIL, Estado de Santa Catarina. LEI nº 14.661, de 26 de março de 2009, Reavalia e define os atuais limites do Parque Estadual da Serra do Tabuleiro, criado pelo Decreto nº 1.260, de 1º de novembro de 1975, e retificado pelo Decreto nº 17.720, de 25 de agosto de 1982, institui o Mosaico de Unidades de Conservação da Serra do Tabuleiro e Terras de Massiambu, cria o Fundo Especial de Regularização, Implementação e Manutenção do Mosaico - FEUC, e adota outras providências.

primeiro passo na constituição de formas alternativas de gestão sustentável desses espaços.⁴⁵

4. POLITICA NACIONAL DE BIODIVERSIDADE, UNIDADES DE CONSERVAÇÃO E RESERVAS DE SURFE

Uma das estratégias de proteção da sociobiodiversidade marinha e marinho-costeira é a criação de “áreas protegidas”, que correspondem a áreas de terra ou de mar cuja delimitação atenda especificamente a objetivos de proteção e de manutenção “da diversidade biológica e dos recursos naturais e culturais associados”⁴⁶, tendo sua gestão realizada por meios legais ou outros que possam ser considerados efetivos. No Brasil, essa nomenclatura, adotada na esfera internacional, também é utilizada, englobando, entretanto, apenas unidades de conservação, terras indígenas e territórios quilombolas.⁴⁷ De forma mais ampla, o texto constitucional refere-se a “espaços territoriais especialmente protegidos” como uma das estratégias para implementar o direito de todos e de todas ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O compromisso internacional de conservação da biodiversidade *in situ* foi assumido pelo Brasil ao ratificar a Convenção da Diversidade Biológica (CDB), o que significa definir geograficamente áreas, destinadas ou regulamentadas, e administradas para alcançar os objetivos da convenção.⁴⁸ Assim, adotou-se o Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas — PNAP, que delimitou ações para serem realizadas visando “o estabelecimento de um sistema abrangente de áreas protegidas ecologicamente representativo, efetivamente manejado, **integrado a áreas terrestres e marinhas mais amplas**” (grifo nosso).⁴⁹ Entre os princípios do PNAP estão, por exemplo, a valorização dos

⁴⁵ Nesse sentido, vale citar a conclusão de Martin e Assenov, em estudo que recomenda a adoção de uma métrica de avaliação do uso sustentável do recurso *surf break* na ilha de Phuket, na Tailândia, “através da sensibilização, da proteção legal e da gestão dos espaços para o surf, a aptidão geral de conservação para a ilha pode ser consideravelmente reforçada” (MARTIN, Steven A.; ASSENOV, Ilian. “Measuring the conservation aptitude of surf beaches in Phuket, Thailand: an application of Surf Resource Sustainability Index”. In: **International Journal of Tourism Research**, n. 17. 2015, p. 105-117).

⁴⁶ IUCN, International Union for Conservation of Nature. **Guidelines for Protected Areas Management Categories**. Cambridge, United Kingdom and Gland, Switzerland: IUCN, 1994, p. 29

⁴⁷ SILVA, Solange Teles da; LEUZINGER, Marcia Dieguez. Biodiversity and Connectivity Conservation in Brazilian Law. In FARRIER, D. ; HARVEY, M. ; SILVA, Solange Teles da; LEUZINGER, Marcia Dieguez ; VERSCHUUREN, J. ; GROMILOVA, M. ; TROUWBORST, A. ; PATERSON, A. R. . The legal aspects of connectivity conservation - Case Studies. 1. ed. Gland, Switzerland: IUCN, 2013, pp. 26-46.

⁴⁸ MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota; MATIAS, Joao Luís Nogueira. Reflexões acerca dos objetivos da Convenção da Biodiversidade. In **Nomos – Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC**, v. 30, n. 1(2010), jan./jul. 2010, pp. 179-196.

⁴⁹ Decreto n. 5.758, de 13 de abril de 2006, institui o Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas – PNAP, seus princípios, diretrizes, objetivos e estratégias, e dá outras providências.

aspectos culturais da conservação da natureza; o reconhecimento das áreas protegidas como um dos instrumentos eficazes para a conservação da diversidade biológica e sociocultural; o desenvolvimento das potencialidades de uso sustentável das áreas protegidas; a sustentabilidade como premissa do desenvolvimento nacional e a promoção da participação. Esses princípios certamente estão presentes ao refletirmos sobre a proteção dos *surf breaks*. A questão que se coloca, então, é como executar esse dever. Alguma categoria de unidade de conservação existente seria adequada para a proteção desses espaços e recursos?

Considerando os grupos e respectivas categorias de unidades de conservação (UC) que compõe o Sistema Nacional de Unidades de Conservação — SNUC, no grupo de proteção integral, a categoria parque nacional (PARNA) marinho ou marinho-costeiro poderia ser utilizada para a proteção dos *surf breaks* enquanto elementos da natureza a serem protegidos — no caso, belezas cênicas —, existindo a possibilidade de recreação e turismo ecológico, ou seja, estaria aqui inserida a possibilidade da prática do surfe, conforme disposto no seu plano de manejo. Já no grupo de UC de uso sustentável, é possível apontar, notadamente, a aptidão da categoria das áreas de proteção ambiental (APA) marinhas ou marinhas-costeiras para proteger os *surf breaks*. Afinal, seu objetivo central é a conservação de grandes áreas de diversidade biológica, existindo a possibilidade de uso sustentável dos recursos naturais ali existentes, o que possibilita a prática de surfe, igualmente de acordo com o estabelecido no plano de manejo.

Dados do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade — ICMBio, órgão competente para a criação e gestão de UC na esfera federal, apontam que o país apresenta 63 áreas marinhas protegidas, sendo 24 de proteção integral e 39 de uso sustentável. Diversos biomas são por elas protegidos: marinho (33 UC), amazônico (11 UC), mata atlântica (11 UC), marinho-costeiro (02 UC), pampa (02 UC) e cerrado (01 UC).⁵⁰ Nesse universo, há uma variedade de UC que englobam áreas de *surf breaks*. Considerando-se as citadas categorias cuja proteção poderia se estender sobre esse recurso, identificam-se 12 APA e 09 PARNA.

Desse conjunto, o quadro a seguir relaciona quantitativa e geograficamente essas unidades de conservação marinhas federais — APA e PARNA —

⁵⁰ SILVA, Solange Teles da; DUTRA, Carolina; BORGES, Fernanda Salgueiro; ALBUQUERQUE, Márcia Fajardo Cavalcanti; SANTOS, Maurício Duarte dos; SOUZA, Patrícia Borba de. "Brazil: Participation principle and marine protected areas". In: MARTIN, Paul; BOER, Ben; SLOBODIAN, Lydia (Org.). **Framework for Assessing and Improving Law for Sustainability: A Legal Component of a Natural Resource Governance Framework**. 1ed. Gland: IUCN, 2016, v. 1, p. 33-50.

já existentes e que apresentam notório potencial de proteção dos *surf breaks*⁵¹. Ao menos 12 das 21 unidades de conservação federais marinhas apresentam notórios *surf breaks* existentes e cultura associada ao surfe como recursos carecedores de proteção, sendo 05 APA e 07 PARNA, cabendo ressaltar que tais áreas são exemplificativas, não constituindo uma relação exaustiva a respeito. Portanto, essa lista poderia ser ampliada para incluir *surf breaks* presentes em unidades de conservação estaduais e municipais, como é o caso: a) da praia de Itamambuca (Ubatuba/SP) situada na APA Marinha do Litoral Norte; b) da Praia Branca e Praia do Tombo (Guarujá/SP), na APA Marinha do Litoral Centro; c) da Prainha (Rio de Janeiro/RJ), salvaguardada pelo Parque Natural Municipal da Prainha; d) Praia de Saquarema (Saquarema/RJ) situada no Parque Estadual da Costa do Sol; e e) Praia do Frances (Marechal Deodoro/AL) situada no espaço que abrange a Reserva Ecológica do Saco da Pedra e a APA de Santa Rita.

Contudo, nota-se que essas categorias de unidades de conservação não têm como objetivo central a proteção dos *surf breaks*, nem tampouco de seus elementos essenciais. Daí a plausibilidade de inserção no SNUC das reservas de surfe como uma nova categoria de UC — ainda que sob nomenclatura diversa. Seu propósito consistiria em auxiliar na tarefa de proteção da sociobiodiversidade no espaço marinho e costeiro no Brasil, em especial a relacionada à prática do surfe. Sua gestão seguiria os moldes das demais UCs, porém contando com conselho gestor do tipo deliberativo — contemplando a participação de atores estatais e não estatais, sobretudo os usuários do mar, no processo de tomada de decisão de ações sobre a área — e plano de manejo, a fim de normatizar o acesso, uso e zoneamento do espaço.

Com essa iniciativa, o Brasil reforçaria sua política pública voltada à conservação e proteção de sua mega-sociobiodiversidade. O reconhecimento jurídico das reservas de surfe não apenas propulsionaria a governança ambiental nesses espaços, mas representaria avanço considerável em termos de cumprimento da meta nacional de elevar em quantidade e qualidade a cobertura das áreas marinhas protegidas, em face dos compromissos assumidos pelo Brasil no regime da CDB e da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Na América Latina, o país passaria a figurar ao lado do Peru que, após promulgar em 07 de maio de 2000 uma legislação dispondo sobre a proteção dos *surf breaks* levou mais de uma década para adotar uma regulamentação para implementá-la, o que ocorreu em 2013. O advento da chamada *Ley de*

⁵¹ Importante lembrar que não são todos os *surf breaks* apresentados na tabela que atendem as características inerentes às reservas de surfe, por exemplo, aqueles situados na ilha de Trindade e Fernando de Noronha, não frequentados habitualmente e com frequência de ondulações e qualidade destas ainda incertas. Todavia, tal fato não diminui o potencial de espaço a ser especialmente protegido.

Preservación de las Rompientes apropiadas para la Práctica Deportiva serviu para fortalecer a aprovação de Huanchaco como WSR em 2013.⁵²

Quadro 1 — Unidades de conservação federais e proteção dos *surf breaks*

| Grupo da Unidade de Conservação | Categoria | Número | UF | UC | <i>Surf breaks ou espaços com potencial de reservas de surfe- exemplos</i> |
|---------------------------------|-----------|--------|---------|---|--|
| Uso Sustentável | APA | 12 | ES | Costa das Algas | Praia de Regência |
| | | | SC | Baleia Franca | Praias da Guarda do Embaú ⁵³ , do Silveira, de Ibiraquera, da Vila e do Cardoso |
| | | | SC | Anhatomirim | NI |
| | | | PB | Barra do Rio Mamanguape | NI |
| | | | PE e AL | Costa dos Corais | NI |
| | | | RJ | Cairuçu | Praia do Cepilho |
| | | | SP | Cananéia-Iguape-Peruíbe | Praia do Guaraú |
| | | | PE | Fernando de Noronha - Rocas - São Pedro e São Paulo | NI |
| | | | RJ | Guapimirim | NI |
| | | | PR | Guaraqueçaba | Praia Grande, |
| | | | | | Ilha do Mel |

⁵² MONTEFERRI, Bruno. Un resumen para entender el Reglamento de la Ley de Rompientes y sus implicancias. Disponível: <http://www.fenta.pe/noticia.asp?id_noticia=287>. Acesso: 20.08.2016.

⁵³ Conforme item 3.3 supra, a Guarda do Embaú é a primeira área nomeada como reserva mundial de surfe no Brasil, o que reforça seu reconhecimento jurídico como unidade de conservação com o propósito de proteção da sociobiodiversidade marinha, com destaque à proteção dos *surf breaks* e à cultura associada ao surfe.

| | | | | | |
|-------------------|-------|----|-------------|------------------------|---|
| | | | AL | Piaçabuçu | NI |
| | | | PI, MA e CE | Delta do Parnaíba | NI |
| Proteção Integral | PARNA | 09 | RS | Lagoa do Peixe | NI |
| | | | RJ | Restinga de Jurubatiba | Praia do Cepilho |
| | | | CE | Jericoacoara | Praia de Jericoacoara ⁵⁴ |
| | | | AP | Cabo Orange | NI |
| | | | PR | Superagui | Praia Grande, Ilha do mel |
| | | | MA | Lençóis Maranhenses | Lagoas de Santo Amaro ⁵⁵ |
| | | | PR | Ilhas dos Currais | NI |
| | | | PE | Fernando de Noronha | Praias da Cacimba do Padre e do Boldró. |
| | | | BA | Abrolhos | Praia do Príncipe, Ilha da Trindade |

NI — Não identificado

Fonte: Adaptado de SILVA, Solange Teles da et al. (2016).

Nesse sentido, há a mobilização de organizações não-governamentais, como a ONG Ecosurf, que apresentou à Câmara dos Deputados um requerimento para a previsão de “áreas de surfe protegidas”, como espécie de espaço territorial especialmente protegido, no Projeto de Lei 6969/2003, que visa instituir a Política Nacional para a Conservação e o Uso Sustentável do Bioma Marinho Brasileiro (PNCMar). Esse pleito resulta de uma mobilização da comunidade do surfe e sociedade civil, mensurada por um abaixo assinado na internet propondo uma Política Nacional de Áreas de Surf Protegidas (PNASP).⁵⁶

⁵⁴ Ao contrário dos demais exemplos de espaços, a principal modalidade praticada no local é o *kitesurf*, que possui como fonte de propulsão o vento, logo não se enquadram na descrição dos *surf breaks*.

⁵⁵ As lagoas de Santo Amaro são propícias à prática do *kitesurf*.

⁵⁶ HAWAD, Fernando. Projeto de ONG almeja criar Áreas de Proteção ao Surfe. Disponível: <<http://www.esporteessencial.com.br/pratique/projeto-de-ong-almeja-criar-areas-de-protecao-ao-surfe>>. Acesso: 21.08.2016.

A importância de refletir sobre essa questão passa necessariamente por indagar-se sobre os instrumentos jurídicos que podem assegurar a preservação dos recursos e espaços no mar e na zona costeira, necessários à prática do surfe e à preservação dessa cultura, bem como sobre a necessária estratégia de governança dos recursos naturais marinhos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há várias modalidades de áreas protegidas e é notório que suas respectivas funções não somente alcançam o meio ambiente natural, mas também os campos social e econômico, coadunando com os princípios do desenvolvimento sustentável, participação, informação, entre outros e, seus respectivos processos de criação e gestão podem colaborar ao alcance de metas que visem a preservação e proteção de bens tangíveis e intangíveis indispensáveis ao bem-estar humano.

As reservas de surfe apresentam-se como um modelo viável a despertar a atenção de atores governamentais e não governamentais para fins de sua incorporação ao rol de áreas protegidas marinhas e costeiras para a proteção dos surf breaks, observando-se que para sua nomeação, seja como WRS ou NSR, devem obedecer um procedimento formal que abrange não somente aspectos voltados à prática do esporte, mas também à proteção dos ecossistemas envolvidos, da cultura, dos membros da sociedade praticantes ou não do surfe. Juridicamente, observa-se que a sua proteção ficou atrelada à tomada de decisão do governo regional e local, evidenciando o papel da sociedade civil nesse processo, a exemplo do ocorrido na trajetória de reconhecimento da Guarda do Embaú como a primeira reserva mundial de surfe no Brasil.

Se, por um lado, o conceito de “Reservas de Surfe” pode conduzir a refletir sobre o papel de áreas marinhas e costeiras protegidas já criadas para a proteção dos surf breaks, considerando-se as potencialidades seja das unidades de conservação marinhas de proteção integral — parques nacionais marinhos — ou de uso sustentável — áreas de proteção ambiental — para essa proteção; por outro lado, pode-se observar que pelo fato de tais categorias não protegerem os surf breaks em si mesmo, sustenta-se o papel das reservas de surfe como protagonistas, ou seja, enquanto categoria emergente para a proteção dos espaços costeiros e marinhos umbilicalmente relacionados à prática do surfe.

A construção de um processo de governança socioambiental é indispensável para a viabilização da proteção de tais espaços e recursos, em especial em um cenário em que os atos exclusivamente governamentais são insuficientes para a adequada gestão socioambiental dos ecossistemas, demandando a participação da sociedade civil e, aqui em particular dos surfistas e comunidade

local: seja a priori, no processo de inserção de tais áreas como nova categoria de unidade de conservação possibilitando a sua criação como espaço especialmente protegido; seja a posteriori, na cogestão de tais áreas marinhas, assegurando o desenvolvimento e a implementação de uma política pública para a proteção da sociobiodiversidade.

REFERÊNCIAS

AUSTRALIA, **Bells Beach Surfing Recreation Reserve Coastal Management Plan 2015-2025**.

_____, **Australia's National Heritage e Newsletter — Issue 3**.

_____, **New South Wales Government. Department of Industry. Lands. National Surfing Reserves**.

BALL, Scott. "The green room: a surfing-conscious approach to coastal and marine management". In: **UCLA Journal of Environmental Law and Policy**. n. 33. v. 2. 2015, p. 366-404.

BASCOM, Willard. **Waves and beaches: the dynamics of ocean surface**. New York, USA: Anchor Books, 1964.

BRASIL. Decreto n. 5.758, de 13 de abril de 2006, institui o Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas — PNAP, seus princípios, diretrizes, objetivos e estratégias, e dá outras providências.

_____. Ministério do Meio Ambiente. Cadastro Nacional de Unidades de Conservação — "Unidades de Conservação por Bioma".

_____. Ministério do Meio Ambiente. Panorama da conservação dos ecossistemas costeiros e marinhos no Brasil. Brasília: MMA/SBF/GBA, 2010.

BRUNO, Marcus. "Guarda do Embaú é eleita primeira Reserva Mundial de Surfe no Brasil". Disponível: <<http://horadesantacatarina.clicrbs.com.br/sc/esportes/noticia/2016/12/guarda-do-embau-e-eleita-primeira-reserva-mundial-de-surfe-no-brasil-8583767.html>>. Acesso: 06.12.2016.

EDWARDS, Aaron Mark. **Surf Break Co-Management: options for the protection and enhancement of surf breaks in New Zealand**. Thesis Master of Planning. University of Otago, Dunedin, New Zealand, November 2012.

_____; STEPHENSON, Wayne. "Assessing the potential for surf break co-management: evidence from New Zealand". In: Coastal Management, 2013, p. 537-560.

FARMER, B.; SHORT, Andrew D. Australian National Surfing Reserves — rationale and process for recognising iconic surfing locations. In **Journal of Coastal Research** 99, 100 (2007).

FORD Nick; DAVID, Brown. *Surfing and Social Theory: Experience, Embodiment and Narrative of the Dream Glide*. London; New York: Routledge, 2006.

HAWAD, Fernando. Projeto de ONG almeja criar Áreas de Proteção ao Surfe. Disponível: <<http://www.esporteessencial.com.br/pratique/projeto-de-ong-almeja-criar-areas-de-protacao-ao-surfe>>. Acesso: 21.08.2016.

HOEGH-GULDBERG, O. et al. **Reviving the Ocean Economy: the case for action - 2015**. Gland, Switzerland: WWF International, 2015.

IRWIN, John. "Surfing: The Natural History of An Urban Scene". In: **Journal of Contemporary Ethnography**, n. 2, 1973, p. 131-160.

IUCN, International Union for Conservation of Nature. **Guidelines for Protected Areas Management Categories**. Cambridge, United Kingdom and Gland, Switzerland: IUCN, 1994.

JOLY, Carlos A. et al. "Diagnóstico da pesquisa em biodiversidade no Brasil". In: **Revista USP**. n. 89. mai. São Paulo: 2011, p. 116-133.

JONES, Peter; QIU, Wanfei; DE SANTO, Elizabeth. **Governing Marine Protected Areas - Getting the Balance Right**. Technical Report, United Nations Environment Programme, 2011.

JUFFE-BIGNOLI, D.; BURGESS, N. D.; BINGHAM, H. et al. **Protected Planet Report 2014: Tracking progress towards global targets for protected areas**. Cambridge, UK: UNEP-WCMC, 2014, p. 11.

KELLEHER, G. (org.). **Guidelines for Marine Protected Areas**. Best Practice Protected Area Guidelines Series. n. 03. Switzerland: IUCN, 1999.

MARTIN, Paul et al. (orgs.). *Environmental Governance and Sustainability*. United Kingdom: E. Elgar, 2012.

_____; BOER, Ben; SLOBODIAN, Lydia. "Framework for Assessing and Improving Law for Sustainability — Introduction". In MARTIN, Paul; BOER, Ben; SLOBODIAN, Lydia (eds.) **Framework for Assessing and Improving Law for Sustainability: a Legal Component of Natural Resource Governance Framework**. IUCN, Gland, Switzerland, 2016.

MARTIN, Steven A.; ASSENOV, Ilian. "Measuring the conservation aptitude of surf beaches in Phuket, Thailand: an application of Surf Resource Sustainability Index". In: *International Journal of Tourism Research*, n. 17. 2015, p. 105-117.

MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota; MATIAS, Joao Luís Nogueira. "Reflexões acerca dos objetivos da Convenção da Biodiversidade". In **Nomos**

— *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC*, v. 30, n. 1(2010), jan./jul. 2010, p. 179-196.

MONTEFERRI, Bruno. Un resumen para entender el Reglamento de la Ley de Rompientes y sus implicancias. Disponível: <http://www.fenta.pe/noticia.asp?id_noticia=287>. Acesso: 20.08.2016.

NEW ZEALAND, Department of Conservation. **New Zealand Coastal Policy Statement**, 2010.

ORAM, Wendy; VALVERDE, Clay. "Legal protection of surf breaks: putting the breaks on destruction of surf". In: *Stanford Environmental Law Journal*", v. 13. mai. 1994.

REIBLICH, Jesse. "Greening the Tube: Paddling Toward Comprehensive Surf Break Protection". In: **Environs U. C. Davis Environmental Law and Policy Journal**, 2013.

RIBEIRO, Alexandre Guilherme. **Uma história social do surfe**. Monografia de Bacharelado em Historia na Universidade Federal do Paraná. Orientador Luiz Carlos Ribeiro. Curitiba, 2003.

ROSENAU, James N. "Governança, ordem e transformação da política mundial". In: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto (orgs.). **Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial**. Brasília: UNB, 2000.

SANTA CATARINA. **Lei nº 14.661, de 26 de março de 2009**, Reavalia e define os atuais limites do Parque Estadual da Serra do Tabuleiro, criado pelo Decreto nº 1.260, de 1º de novembro de 1975, e retificado pelo Decreto nº 17.720, de 25 de agosto de 1982, institui o Mosaico de Unidades de Conservação da Serra do Tabuleiro e Terras de Massiambu, cria o Fundo Especial de Regularização, Implementação e Manutenção do Mosaico - FEUC, e adota outras providências.

_____. Tribunal de Justiça. Acordão. Apelação cível em mandado de segurança n. 97.008973-2, de Imbituba. Mandado de Segurança Coletivo. Lei Municipal que proíbe a pratica de surf em período dedicado a pesca da tainha. Ilegalidade e inconstitucionalidade. MS 89732 SC 1997.008973-2. Relator Carlos Prudêncio. 1998-06-09.

SILVA, Solange Teles da; LEUZINGER, Marcia Dieguez. "Biodiversity and Connectivity Conservation in Brazilian Law". In: FARRIER, D. et al. **The legal aspects of connectivity conservation - Case Studies**. 1. ed. Gland, Switzerland: IUCN, 2013.

_____. et al. "Brazil: Participation principle and marine protected áreas". In: MARTIN, Paul; BOER, Ben; SLOBODIAN, Lydia (Org.). **Framework for Assessing and Improving Law for Sustainability: A Legal Component of a**

Natural Resource Governance Framework. 1ed. Gland: IUCN, 2016, v. 1, p. 33-50.

SKELLERN, Matthew; RENNIE, Hamish G.; DAVIS, Monique. "Working towards the protection of surf breaks". In: **Coastal Planning.** 2009, p. 12-15.

_____ et al. **Planning approaches for the management of surf breaks in New Zealand.** Auckland, New Zealand: Auckland Council, 2013.

Páginas eletrônicas:

National Surfing Reserves. Disponível: <<http://www.surfingreserves.org/who-is-nsr.php>>.

National Surfing Reserves. Decidated Reserves. Disponível: <<http://www.surfingreserves.org/maroubra.php>>.

National Surfing Reserves. Proposed Reserves. Disponível: < <http://www.surfingreserves.org/blackrock.php>>.

World Surfing Reserves. Disponível: <<http://www.savethewaves.org/programs/world-surfing-reserves/>>.

World Surfing Reserves. The Process: <<http://www.savethewaves.org/programs/world-surfing-reserves/the-process/>>.

Bandeira Azul. <<http://www.bandeiraazul.org.br/guarda-do-embau-ganha-apoio-do-bandeira-azul-na-busca-do-titulo-de-reserva-mundial-do-surfe-2/>>.

Blue Flag. <<http://www.blueflag.global/>>.

* Recebido em 30 nov. 2016.

DOUTRINA ESTRANGEIRA



DUAS DÉCADAS DE COOPERAÇÃO UE-MERCOSUL

*Elizabeth Accioly**

Resumo

A União Europeia e o Mercosul celebraram o Acordo-marco de cooperação inter-regional em 1995. O Acordo possui como objetivos o fortalecimento das relações existentes entre as Partes e a preparação de condições para a criação da associação inter-regional de caráter político e econômico. A associação inter-regional terá como base dois elementos: a cooperação política reforçada e a liberalização gradual e recíproca de todo o comércio entre as Partes. A intenção final do Acordo é o estabelecimento de uma zona de livre comércio. Entretanto, em duas décadas de negociações, os interesses políticos e protecionistas perduram nas negociações, a exemplo dos impactos negativos para a agricultura europeia. Na recente retomada das negociações, as principais questões colocadas são a definição sobre a forma da associação inter-regional pretendida e a coragem política para a formação de mega bloco econômico de livre comércio.

Palavras-Chave

Cooperação. União Europeia. Mercosul.

DEUX DÉCENNIES DE COOPÉRATION UE-MERCOSUR

Résumé

L'Union européenne et Marché commun du Sud (MERCOSUR) ont conclu, le 15 novembre 1995, un accord relatif à coopération interrégionale. L'accord a pour objectif le renforcement de la relation entre les parties et la préparation des conditions pour la création de l'association interrégionale de caractère politique et économique. L'association interrégionale sera basée sur deux éléments: la coopération politique renforcée et la libéralisation progressive et réciproque de tout le commerce entre les Parties. L'objectif ultime de l'Accord est la création d'une zone de libre-échange. Toutefois, deux décennies de négociations, intérêts politiques ou protectionnistes persistent dans les négociations, comme les impacts négatifs sur l'agriculture européenne. Dans la récente reprise des négociations, les principales questions qui se posent sont de la définition de la forme de l'association interrégionale souhaitée et de courage politique pour la formation de grand bloc économique de libre-échange.

Mots-clés

Coopération. Union européenne. Mercosur.

* Professora da Universidade Europeia de Lisboa. Professora visitante do Curso de Mestrado do Unicuritiba-Brasil. Professora visitante do Centro de Excelência Jean Monnet da Faculdade de Direito de Lisboa. Advogada no Brasil e em Portugal.

Abstract

On 15 November 1995, the European Union and the Southern Common Market (Mercosur) concluded an agreement on interregional cooperation. The objective of the agreement is to strengthen the relationship between the parties and to prepare the conditions for the creation of the interregional political and economic association. The interregional association will be based on two elements: enhanced political cooperation and progressive and reciprocal liberalization of all trade between the Parties. The ultimate objective of the Agreement is the creation of a free trade area. However, two decades of negotiations, political or protectionist interests persist in the negotiations, such as the negative impacts on European agriculture. In the recent resumption of negotiations, the main issues are the definition of the form of the desired interregional association and political courage for the formation of a large free trade bloc.

Keywords

Cooperation. European Union. Mercosur.

1. ACORDO UNIÃO EUROPEIA E MERCOSUL — RELATO HISTÓRICO

A União Europeia e os seus Estados-membros, por um lado, e o Mercosul e seus Estados-Parte, por outro, em 15 de novembro de 1995, celebraram o Acordo-marco inter-regional de cooperação, em cujo preâmbulo consideram

[...] a vontade política das partes de estabelecerem, como meta final, uma associação inter-regional de caráter político e econômico baseada numa cooperação política reforçada, numa liberalização gradual e recíproca de todo o comércio, tendo em conta a sensibilidade de certos produtos e em cumprimento das regras da Organização Mundial do Comércio, e baseada, por último, na promoção dos investimentos e no aprofundamento da cooperação.

O final do preâmbulo daquele instrumento menciona os termos da declaração solene conjunta

[...] pela qual ambas as partes se propõem celebrar um Acordo-marco inter-regional que abranja a cooperação econômica e comercial, bem como a preparação da liberalização gradual e recíproca das trocas comerciais entre as duas regiões, como fase preliminar preparatória para a negociação de um Acordo de associação inter-regional entre elas.

Em conformidade com a enunciação antecipada do conteúdo do Acordo de cooperação, os seus objetivos e o âmbito de aplicação constam do art. 2º:

1. O presente Acordo tem por objetivos o aprofundamento das relações entre as partes e a preparação das condições para a criação de uma associação inter-regional.

2. Para o cumprimento desse objetivo, o presente Acordo abrange os domínios comercial, econômico e de cooperação para a integração, bem como outras áreas de interesse mútuo, com o propósito de intensificar as relações entre as partes e respectivas instituições.

Os títulos II a VI são dedicados a cada âmbito de aplicação do Acordo: comercial, cooperação econômica, reforço da integração, cooperação interinstitucional e outras áreas de cooperação (formação e educação em matéria de integração regional, aprofundamento das relações culturais e fomento e divulgação dos processos de integração das Partes, coordenação e intensificação dos seus esforços na luta contra o tráfico de entorpecentes).

O Acordo tem dois objetivos iniciais: o aprofundamento das relações entre as Partes e a preparação das condições para a criação de uma associação inter-regional.

Quanto ao aprofundamento das relações entre as Partes, o art. 2º, nº 2, assinala os domínios que o Acordo deve cobrir: comercial, econômico, de cooperação para a integração e outras áreas de interesse mútuo. Também expressa que a intensificação das relações envolve as instituições das Partes, quer dizer, os órgãos da União Europeia e do Mercosul.

O Acordo regula o cumprimento dos objetivos que dizem respeito ao fortalecimento das relações existentes entre as Partes e a preparação de condições para a criação da associação inter-regional. O final do preâmbulo do Acordo qualifica de fase preparatória para a negociação da associação o conjunto das ações e medidas dedicadas ao aprofundamento das relações entre a União Europeia e o Mercosul e a liberalização gradual e recíproca das trocas comerciais entre as duas regiões.

O preâmbulo do Acordo esboça sua “meta final”, que é o estabelecimento de

[...] uma associação inter-regional de caráter político e econômico baseada numa cooperação política reforçada, numa liberalização gradual e recíproca de todo o comércio, tendo em conta a sensibilidade de certos produtos e em cumprimento das regras da Organização Mundial do Comércio, e baseada, por último, na promoção dos investimentos e no aprofundamento da cooperação.

O art. 3º prevê a instituição de um diálogo político regular, que acompanhará e consolidará a aproximação entre a União Europeia e o Mercosul, nos termos da declaração comum anexa ao Acordo. O diálogo será efetuado no âmbito do Conselho de Cooperação ou em outras instâncias do mesmo nível, tomadas as decisões por mútuo consenso.

O art. 4º dispõe sobre os objetivos do Acordo na área comercial (intensificação das relações entre as Partes, com o intuito de fomentar o incremento e a diversificação das suas trocas comerciais; preparação da futura liberalização progressiva e recíproca destas).

Em conformidade com o disposto no art. 5º, as áreas de cooperação comercial serão determinadas pelas Partes, de comum acordo, sem exclusão de qualquer setor. Também prescreve para esse efeito um diálogo econômico e comercial periódico, no âmbito do quadro institucional instituído pelo Acordo.

O “Comunicado Conjunto do Rio de Janeiro”, emitido pelos Chefes de Estado e de Governo do Mercosul, do Chile e da União Europeia, em 28 de junho de 1999, não contém nenhuma apreciação sobre a aplicação do Acordo. Limita-se a reafirmar o compromisso, exarado nesse instrumento, de

[...] intensificar suas relações para fomentar o incremento e a diversificação de seus intercâmbios comerciais, mediante uma liberalização progressiva e recíproca do comércio e criando condições que favoreçam o estabelecimento de uma associação inter-regional, tendo em conta, em conformidade com as normas da Organização Mundial do Comércio, a sensibilidade de determinados produtos e serviços.

Posteriormente à assinatura do Acordo com o Mercosul, a União Europeia celebrou um Acordo-marco de cooperação com o Chile, visando à criação de uma associação econômica e política. Nos termos do comunicado, “os resultados das negociações entre o Mercosul e a União Europeia e entre o Chile e a União Europeia constituirão um compromisso único, aplicável pelas Partes como um todo indivisível”.

Os dois processos de integração estão inter-relacionados, mas sujeitos à supervisão de órgãos distintos.

Como se deduz do art. 2º, nº 1, do Acordo, os seus objetivos preliminares deverão ser alcançados em duas etapas: a primeira de aprofundamento das relações existentes entre as Partes e a segunda de preparação das condições para a criação da associação inter-regional. Como dispõe o art. 4º, as Partes comprometem-se a intensificar as suas relações com tríplice finalidade: a) fomentar o incremento e a diversificação das trocas comerciais; b) preparar a futura liberalização progressiva e recíproca dos intercâmbios; e c) criar condições que favoreçam o estabelecimento da associação inter-regional.

O comunicado conjunto das Partes no momento da autenticação do Acordo revela a importância que lhe atribuíam:

À espera do cumprimento dos procedimentos necessários para a entrada em vigor do Acordo, as Partes declaram-se dispostas a acordar, antes da assinatura do Acordo, as modalidades que ga-

rantam a aplicação antecipada deste, no que respeita, em especial, às disposições de competências comunitárias sobre a cooperação comercial previstas no Título II do Acordo, assim como no que respeita ao quadro institucional estabelecido para esta cooperação.

Desde então (15/12/95) até o Comunicado Conjunto do Rio de Janeiro (28/6/99), decorreram aproximadamente três anos e meio, e os Chefes de Estado e de Governo reunidos na Cúpula da América Latina e do Caribe não tiveram o que avaliar. Disseram laconicamente que ambos os processos de cooperação iniciariam com a formulação de “propostas para a definição da estrutura, metodologia e calendário das negociações”.

O preâmbulo do Acordo exprime a vontade política das Partes com referência à sua meta final. A associação inter-regional deverá possuir caráter político e econômico e basear-se em dois elementos: a cooperação política reforçada e a liberalização gradual e recíproca de todo o comércio entre as Partes.

A vontade política de criar “uma associação inter-regional de caráter político e econômico baseada numa cooperação política reforçada, numa liberalização recíproca de todo o comércio”, exige uma definição, ainda na “fase preparatória para a negociação de um Acordo de associação inter-regional”. Não pode haver preparação das condições para criá-la se continuar dúbia a forma de associação pretendida.

Cumprir notar que o objetivo final do Acordo é o estabelecimento de uma zona de livre comércio, que é um tipo de integração entre as economias de dois ou mais países em que se verifica a livre circulação dos produtos originários dos seus territórios, em consequência da eliminação das barreiras prejudiciais ao comércio.

Um Acordo de associação pode ter entre os seus objetivos a criação de zona de livre comércio. Entretanto, o Acordo de associação inter-regional foi idealizado para ter caráter político e econômico, e não simplesmente econômico. O art. 3º, relativo à instituição do diálogo político, faz referência à “aproximação entre a União Europeia e o Mercosul” e o penúltimo considerando do preâmbulo, à “cooperação política reforçada” como bases da associação inter-regional.

Para a União Europeia o fundamento dos Acordos de associação está no art. 217 do TFUE. Segundo esta disposição: “a União pode celebrar com um ou mais países terceiros ou organizações internacionais Acordos que criem uma associação caracterizada por direitos e obrigações recíprocos, ações comuns e procedimentos especiais”.

Ainda de se destacar que este Acordo de cooperação resulta dos “profundos laços históricos, culturais, políticos e econômicos que unem as Partes,

e inspira-se “nos valores comuns aos seus povos”. É preciso, portanto, que os povos unidos por laços históricos, culturais, políticos e econômicos profundos não sejam ignorados nas negociações relacionadas com a execução do Acordo.

Werter Faria, um dos precursores do estudo da integração mercosurenha, com a sua profética sabedoria, há quase duas décadas, vaticinava:

Por vivermos num tempo em que tudo converge para as questões econômicas, temos de conscientizar-nos de que a mundialização liberal é incapaz de dissolver as identidades étnicas, religiosas e culturais; ao contrário, faz com que se robusteçam.

Nas negociações para concluir o Acordo de cooperação, as Partes deverão levar em consideração não somente os laços econômicos, mas os laços os históricos, culturais e políticos que as unem, e que se inspiram nos valores comuns aos seus povos. Esses laços e valores são os que devem reger o cumprimento das obrigações contraídas pela UE e pelo Mercosul.

2. ACORDO UNIÃO EUROPEIA E MERCOSUL — ESTADO DA ARTE

Após o breve relato histórico, passamos a analisar a evolução do Acordo UE-Mercosul, que, no início das rondas, inauguradas no limiar do século XXI, geraram a expectativa de que, em poucos anos, poderia estar concluída a maior integração regional do mundo.

Entretanto, as negociações não se avizinhavam fáceis - nunca o são quando há interesses conflitantes em jogo. Aliás, nestes assuntos é muito importante invocarmos a velha máxima: “comércio é comércio, amizade à parte”.

Argumentavam os europeus que uma abertura agrícola, como queriam os sócios mercosulistas, dizimaria a agricultura europeia. Por outro lado, os sócios sul-americanos não aceitavam liberalizar a indústria e os serviços sem uma contrapartida equilibrada.

O auge do embaraço ocorreu na reunião de 2004, quando os jornais brasileiros estamparam a seguinte manchete: “Quiseram-nos fazer de bobos”. O autor da frase, segundo os periódicos, foi o então Ministro das Relações Exteriores do Brasil, Celso Amorim, que dizia:

Que ninguém pense que nós estamos desesperados por um acordo. Nós queremos um acordo, sim, mas não a qualquer custo. [...] Amorim usou o exemplo da carne para ilustrar o incômodo do Brasil com a oferta dos europeus de parcelar em dez anos as cotas de exportação de produtos agropecuários com taxas mais flexíveis. Segundo ele, o Mercosul teria direito a exportar apenas 6.000 toneladas no primeiro ano. A parte brasileira seria, então, de 2.400 toneladas. ‘Isso é só um caminhão. É ridículo’. Depois,

em entrevista coletiva, Amorim falou sobre a decisão de interromper as negociações em Bruxelas¹.

Tal impasse custou seis anos de paralisação “entrevados por queixumes recíprocos de incompreensão e de birra burocrática [...] apesar dos elogios mútuos e dos decantados laços históricos, culturais e econômicos”², como atrás já destacamos.

Foi no primeiro semestre de 2010, na VI Cimeira UE-América Latina e Caribe, quando a Espanha exercia a presidência rotativa da União Europeia, que houve o relançamento das negociações UE-Mercosul, na busca de um Acordo “compreensivo, equilibrado e ambicioso”, que integrasse na dimensão comercial não apenas o comércio de mercadorias, mas também serviços, investimentos, contratos públicos, propriedade intelectual (incluindo as denominações geográficas), facilitação do comércio, medidas sanitárias e fitossanitárias, comércio e desenvolvimento sustentável, concorrência ou instrumentos de protecção do comércio.

Um relatório da Comissão Europeia publicado no dia 28 de abril de 2010 revelou que:

[...] o impacto geral de um possível tratado de livre comércio entre a UE e o Mercosul é negativo para o setor da agricultura europeia [...] os produtores agrícolas alertaram as autoridades comunitárias quanto ao ‘impacto catastrófico’ que a agricultura europeia sofreria com um Acordo de associação com o Mercosul, quarto bloco econômico do mundo e que é forte principalmente nos setores de carne, açúcar, sumos de fruta e milho³.

Os anos de 2010 a 2014 seguiram com reuniões de trabalho, sem definições importantes para uma convergência entre as partes. É fato que a crise econômica que se instalou nos países do sul da Europa desviou as atenções da retomada das negociações entre os dois blocos regionais. No Mercosul, muitos episódios ocorreram, desde a polémica suspensão do Paraguai, até o invulgar ingresso da Venezuela, em 2012, culminando com a crise política que manteve o Brasil em *stand by* até o início do segundo semestre de 2016, agravada pela crise econômica mundial, que respingou na América do Sul.

Porém, os bons ventos trazidos com a mudança de governo da Argentina, no início de 2016, apontada pelos negociadores de ser a grande vilã desta letargia, trouxe um novo impulso ao Acordo, com a troca de ofertas de acesso

¹ <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi2307200416.htm>, consulta em 06-09-2013

² Jorge Fontoura. União Europeia e Mercosul, a história inadiável. Jornal Gazeta do Povo, 18.07.2010. In <http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/conteudo.phtml?id=1026172&tit=Uniao-Europeia-e-Mercosul-a-historia-inadiavel>

³ <http://economia.ig.com.br/mercosul-e-ue-comecam-outra-rodada-de-negociacoes/n1300148668754.html>. Consulta em 06/09/2013

ao mercado, entre os dois blocos económicos, em maio de 2016. O Presidente Macri conseguiu, em poucas palavras, resumir os novos rumos do Mercosul:

Este é o desafio, acreditar no que podemos fazer e construir, se nos integramos. É vencer os medos. Sinto que, desde 1991 [ano de fundação do bloco] até aqui, tivemos muitos avanços; em outros momentos, retrocessos. Mas agora percebemos que o mundo tem uma enorme atração sobre o Mercosul.⁴

Importante trazer aqui o parecer do Comitê Econômico e Social Europeu (CESE), proferido em 2011, que naquela altura já alertava para o fato de “só ser possível chegar a um acordo se este for equilibrado, beneficiar as duas partes e não sacrificar nenhum sector (como o agrícola ou o industrial), região ou país”. Mais adiante vaticina:

[...] o Acordo não deve, em caso algum, basear-se num mau acordo. Nesse sentido, solicita que as partes negociadoras tenham a vontade política necessária para viabilizar o Acordo de Associação e que se empenhem ao máximo para superar as divergências que afectam, sobretudo, o pilar fundamental do Acordo, a saber, as questões comerciais⁵.

A muralha praticamente intransponível por parte da UE — o sensível setor agroindustrial —, avançou a partir das novas rondas de negociação, ocorridas neste ano de 2016, pese embora o braço de ferro em relação à carne bovina e o etanol, que a Europa insiste em deixar de fora. Isso obriga a cedências de ambas as Partes para encontrar formas de resolver os problemas de forma mais célere.

Será que as propostas que estão agora em cima da mesa trarão um desenvolvimento equilibrado para as duas partes? Ou será que estamos a caminhar para um mau Acordo? Por mais injusto que isso possa parecer, chega-se a um ponto em que um mau acordo é preferível a um não acordo, se analisarmos o contexto internacional e o xadrez econômico e geopolítico que vai se redesenhando nos dias de hoje.

Os acordos comerciais são a melhor solução para gerir a globalização, já que pela via do comércio mundial, com suas regras exigentes, torna-se quase impossível se chegar a bom porto, como temos assistido com os infundáveis ciclos de negociação multilateral, que já duram mais de uma década. E a falta de avanços na Ronda de Doha tem contribuído para a inércia do Acordo Mercosul-UE, posto que as Partes, por comodidade, se escoram na expectativa de

⁴ <http://www.dw.com/pt-br/macri-e-temer-defendem-flexibiliza%C3%A7%C3%A3o-do-merc-sul/a-35950130>, 04.10.16

⁵ Parecer do CESE “Para um Acordo de Associação UE-Mercosul: contributo da sociedade civil organizada”, cfr. JOUE em 15-06-2011, p. 5. http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/dmer/dv/cese_opinion_aa_eu_mercosur_2011/_cese_opinion_aa_eu_mercosur_2011_pt.pdf

avanços em sede multilateral, o que parece cada vez mais improvável, mais não seja pelas políticas protecionistas europeias, que beneficiam sobremaneira Estados que não querem perder tais benesses. Era importante que os 164 membros da OMC compreendessem que a melhor garantia contra o protecionismo se dá por meio de um sistema multilateral forte.

De se destacar, por oportuno, as certas palavras de Roberto Azevêdo: “O remédio que frequentemente está sendo prescrito é o protecionismo e esse é exatamente o tipo de medicamento que vai prejudicar o paciente, não ajudá-lo”. Quanto ao Acordo Mercosul-UE, diz o Diretor-Geral da OMC: “Todas as negociações comerciais são complexas, levam tempo. [...] Essas são negociações de peso e que podem trazer impulso importante para a economia dos dois blocos”. Mais adiante alerta: “As negociações comerciais avançam em vários caminhos ao mesmo tempo — bilateral, regional e multilateral. Os países — e a UE como bloco — procuram as oportunidades onde quer que elas estejam.”⁶

Por isso, de se louvar o passo firme do Mercosul nesta nova ronda de negociações, que teve início em maio deste ano, mostrando à Europa o componente que o acordo precisava: vontade política, ou melhor, coragem política. E o faz no prazo limite pois, por um lado, a União Europeia está fragilizada pela saída do Reino Unido e busca o fortalecimento do seu comércio — a recente assinatura do Acordo de Livre Comércio entre a União Europeia e o Canadá, conhecido por CETA⁷ é exemplo disso; e por outro, o Mercosul que perdeu, com o Brexit, um dos seus grandes aliados para o avanço do Acordo e precisa seguir em frente.

É urgente ainda acelerar as conclusões do Acordo Mercosul-UE antes da retomada das negociações entre os EUA e a UE, o Acordo de Parceria Transatlântica sobre Comércio e Investimento (TTIP, em inglês), que tiveram início em fevereiro de 2013, e estão em banho maria por conta das eleições americanas. Os estudos apontam para o aumento de 0,5% do PIB na UE e 0,4% nos EUA, e está concebido da seguinte forma:

O TTIP será um Acordo de investimento e comércio ambicioso, abrangente e de alto padrão que oferecerá benefícios significativos no que concerne à promoção de competitividade internacional, à criação de empregos e ao crescimento dos EUA.

⁶ **Acordo comercial UE-Mercosul poderá impulsionar as duas economias.** Agencia Lusa, 03 Nov2016

⁷ Acordo de Livre Comércio entre a União Europeia e o Canadá (CETA). O Ceta pretende eliminar 98% das tarifas alfandegárias entre canadenses e europeus e pode servir de modelo para o TTIP, negociado entre UE e EUA.

O TTIP visará promover o crescimento econômico dos EUA e da UE e adicionar mais empregos aos mais de 13 milhões de empregos já apoiados na América e na UE pelo comércio e investimento transatlânticos.

Destaque-se, dentre os objetivos deste Acordo:

[...] a ampliação do mercado da UE, maior mercado de exportação dos EUA; o fortalecimento de investimento com base em regras para desenvolver a maior relação de investimento do mundo; a eliminação de todas as tarifas ao comércio, incluindo produtos agrícolas; maior acesso ao mercado no comércio e serviços; e o incentivo à competitividade global de pequenas e médias empresas⁸.

Diante disso, parece não haver muita dúvida de que esta recente aproximação entre os EUA e UE poderá interferir no desfecho, já adiado tanta vez, entre o Mercosul e UE.

Vital Moreira, Professor de Direito Constitucional da Universidade de Coimbra e ex-Presidente da Comissão do Comércio Internacional do Parlamento Europeu, afirmou com muito entusiasmo, em 2013, que o TTIP “é uma nova oportunidade de crescimento extraordinária e que as negociações devem começar tão cedo quanto possível. Tudo indica que há uma grande oportunidade de aumentar o investimento e fazer crescer a economia e o emprego nos dois lados do atlântico”⁹.

Sem dúvida, a formação de megablocos, que pretende criar zonas de livre comércio gigantescas, é a tônica do mundo actual, a partir da regulação das trocas comerciais entre os seus *partners*, mas não só, pressupõe também o respeito aos valores tão caros para os seus povos, como a democracia, os direitos humanos, o direito dos trabalhadores e a proteção ambiental. E mais, quiçá o entendimento do comércio mundial seja facilitado justamente pela proliferação destes Acordos, que obrigam ao desmantelamento de regras que repercutirão na OMC.

Ora bem, sabemos que a natureza não dá saltos e o terreno não tem sido fértil para o Mercosul e a UE nestas duas décadas. Porém, se realmente este Acordo quiser desabrochar, precisará de um bom fertilizante, com uma dose reforçada de boa-fé, seriedade e de coragem política por parte dos seus intervenientes.

*** Recebido em 28 nov. 2016.**

⁸ <http://iipdigital.usembassy.gov/st/portuguese/texttrans/2013/07/20130701277962.html#ixzz2eLVA8GVb>. Consulta em 8/09/2013

⁹ <http://expresso.sapo.pt/acordo-entre-ue-e-eua-e-oportunidade-extraordinaria-de-crescimento-vital-moreira>. Consulta em 8/09/2013



NATIONALITY AND NON-DISCRIMINATION OF CORPORATIONS IN THE OECD MODEL CONVENTION

*Monica Oliveira**

Abstract

Recently, the tax planning of Multinational Enterprises (MNEs) dominates the international taxation debate and triggered the OECD BEPS Project. The tax base erosion prompted the adoption of unilateral tax measures to target the tax planning strategies adopted by MNEs. By nature, the unilateral tax measures provide a different treatment to foreign corporations and the nondiscrimination provision of the Article 24 of the OECD Model Convention shall be observed. The present paper is aimed to discuss the nondiscrimination provision of the OECD Model Convention regarding corporations.

Keywords

International taxation. Planning of multinational enterprises. BEPS.

NACIONALIDADE E NÃO-DISCRIMINAÇÃO DE EMPRESAS NA CONVENÇÃO MODELO DA OCDE

Resumo

Recentemente, o planejamento tributário das empresas multinacionais domina a agenda do Direito Tributário Internacional e motivou o Projeto BEPS da OCDE. A erosão da base tributária ocasionou a adoção de inúmeras medidas tributárias unilaterais para coibir certas estratégias de planejamento fiscal de multinacionais. Por natureza, as medidas tributárias unilaterais autorizam tratamento tributário diferenciado para corporações estrangeiras e devem observar o correspondente ao artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE (Não Discriminação) nos acordos sobre bitributação existentes. O presente artigo tem por objetivo discutir os dispositivos do artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE quando aplicáveis a corporações estrangeiras.

Palavras-chave

Tributação internacional. Planejamento de empresas multinacionais. BEPS.

* S.J.D. Candidate, Graduate Tax Program, Levin College of Law, University of Florida, Master in Advanced Studies, International Organizations with Specialization in International Economic Organizations, University of Zurich, Mestre em Direito Internacional e Integração Econômica, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Professor of International Taxation, Graduate Online Program, Thomas Jefferson School of Law.

1. INTRODUCTION

In the recent years, Google, Starbucks, Amazon and Apple were under severe public scrutiny regarding the tax planning strategies that allowed the payment of low or no taxes in countries where they develop substantial commercial activities. In short, by shifting income, they paid less taxes or no taxes on certain jurisdictions eroding the countries' tax bases. When tax base erosion's debate goes beyond the limits of academic circles and makes headlines in the media, the adoption of unilateral international tax measures to avoid profit shifting is inevitable. The affected countries' response should be prompt. More than a loss of revenue issue, tax base erosion is political issue. The public perception of inequality and unfairness of the tax system damages the tax system integrity. It's worth to mention that the disputed multinationals' tax planning was consistent with international and domestic tax rules taking advantage of mismatches and loopholes, although aggressive in results.

If curbing profit shift improves tax fairness, on the down side, unilateral tax measures can negatively impact the free trade of goods and services and the free movement of persons through the imposition of discriminatory tax treatment on cross border transactions. Non-discrimination rules can be found in all types of economic treaties under diverse provisions. Thus, whether or not discriminatory tax measures are justifiable involves a net of different international regimes and treaties, i.e., tax, trade and BITs. In particular, rules and principles of non-discrimination should be observed when designing, applying and interpreting such measures in order to achieve the least restrictive result on free trade and freedom of movement.

The present paper will address the nationality non-discrimination under Article 24.1, first sentence of the OECD Model Convention focusing on the interpretation and application of this provision to foreign corporations that is applicable to MNEs.

2. THE HISTORY OF THE NONDISCRIMINATION IN TAX TREATIES

The nationality non-discrimination provision on tax treaties is rooted in the tradition of Friendship, Commerce and Navigation treaties and the rationale behind non-discrimination rules is to prevent the use of tax measures as obstacles to free trade of goods and services and free movement of persons.

The League of Nations developed two Draft Models of tax treaties—London Draft Model and Mexico Draft Model- and both adopted the expression “fiscal domicile” to define the subject entitled to the non-discriminatory treatment and “nationality” to determine the subjects for comparison purposes:

1943 League of Nations London Draft Model

Article XV

A taxpayer having his fiscal domicile in one of the contracting States shall not be subject in the other contracting State, in respect of income he derives from that State, to higher or other taxes than the taxes applicable in respect of the same income to a taxpayer having his fiscal domicile in the latter State, or having the nationality of that State.

1946 League of Nations Mexico Draft Model

Article XV

A taxpayer having his fiscal domicile in one of the contracting States shall not be subject in the other contracting State, in respect of income he derives from that State, to higher or other taxes than the taxes applicable in respect of the same income to a taxpayer having his fiscal domicile in the latter State, or having the nationality of that State.

3. THE ARTICLE 24 OF THE OECD MODEL CONVENTION

The article 24.1 of the OECD Model Convention provides that “nationals of a Contracting State shall not be subject in the other Contracting State to any taxation or any requirement connected therewith, which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which nationals of that other State in the same circumstances, in particular with respect to residence, are or may be subject”. The term “national” is used for both purposes: determining the subject entitled to non-discriminatory tax treatment and the subject for comparison in order to establish whether or not a different tax treatment for foreign taxpayers are discriminatory.

The text of article 24.1, first sentence of the OECD Model Convention was adopted by the UN Model Convention and the US Model Convention, thus, the same problems arise irrespective of the Model adopted by the Contracting States when negotiating a bilateral tax treaty.

The present paper will follow the general rule of interpretation of treaties under article 31.1 of Vienna Convention on the Law of Treaties¹, and each relevant word or expression of the first sentence of Article 24 of the OECD Model Convention will be discussed separately.

¹ Article 31.1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in light of its object and purpose.

3.1. “Nationals of a contracting state ...”

Reflecting the traditional language of commerce treaties, article 24.1 of the OECD Model Convention prohibits discrimination based on nationality. The use of “nationality” as standard for determining when a taxpayer is entitled to the benefits of a tax treaty is not the default in OECD Model which predominately uses the word “residence” instead. Then, not surprisingly, interpreting and applying that provision is a difficult and sometimes confusing task. Furthermore, the term nationality is more likely to be applicable in the context of individuals than legal persons; thus, applying the concept to legal entities may be even more troublesome.² The Model Convention Commentaries justified the assimilation of companies with individuals under the same provision based on the closely resemblance between the “legal relationship created between the company and the State under whose law it is constituted” and the “relationship of nationality in the case of individuals”.

According to Article 3.1.g.(ii) of the OECD Model Convention, the nationality of a corporation should be determined by the national law of the Contracting States: “the term national, in relation to a Contracting State, means any legal person, partnership or association deriving its status as such from the laws in force in that Contracting State.” Usually, the nationality of a company is defined either by its place of incorporation, its place of management and control, or both under national law. An additional problem posed is whether or not the discrimination is based solely in the nationality, solely in residence, or both, when the requirements for the determination of nationality and residence of a corporation are the same. Pursuant to the Commentaries of the OECD Model Convention, discrimination between residents and non-residents are consistent with the provision since it is a “crucial feature of domestic tax systems and of tax treaties”.³ Thus, if a discriminatory tax measure is based in residence, this measure may be considered consistent with Article 24.1, although the requirements for determining nationality and residence are the same.

3.1.1. *Dual nationality*

The same corporation may yet be considered as national of two or more jurisdictions as nationality is determined in reference to national law. For example, if State A considers as its national any corporation which is incorporated under its law, and State B considers as its national any corporation which place of management and control is within its territory, if Corporation X is

² The OECD Report on Application and Interpretation of Article 24 (Non-Discrimination), 2007, concluded that it is “unclear how the residence of a company can be distinguished from its nationality for purposes of paragraph 1 of Article 24.”, see p. 10.

³ Model Tax Convention on Income and on Capital Condensed Version (2014), p. 353

incorporated under the laws of State A but is managed in State B, Corporation X will be considered national of both States.

In the case of dual nationality, the OECD Commentaries clarifies that discriminatory tax treatment would be impossible because the taxpayer could benefit from the most favorable treatment. Nonetheless, JONES & ALL consider that “it is possible for discrimination to take place if there is a provision of State A’s law directed against State B nationals (or foreign nationals generally), regardless of whether or not they are nationals of State A”.⁴

3.2. “... nationals of that State in the same circumstances ...”

The application of article 24.1, first sentence, requires some comparison to be made between national taxpayers and foreign taxpayers. The OECD Commentaries does not provide any guidance if the comparison should be made in relation to a specific taxpayer or a taxpayer in general. BMMENS⁵ explains that “the provision prohibits only the differential tax treatment that is based exclusively on the fact that the entity derives its status from the domestic law of another state and requires that all other relevant factors, including the residence of the entity, be the same”.

Besides, there is still the possibility that no comparable taxpayer is available to determine if the differential tax treatment is a discrimination based in nationality or not, in this case, no comparison should be made.

In *Commissioner of Inland Revenue v. United Dominions Trust Limited*, the taxpayer was a national and resident of United Kingdom received interest payments from a subsidiary national and resident of New Zealand. The interest income was taxed 5% more than the rate applicable to New Zealand resident company. Pursuant to New Zealand law, a corporation is deemed to be national from New Zealand if is incorporated in New Zealand or has its office center in New Zealand. Therefore, “in order to obtain a true comparison between the English company and a national in New Zealand it would be necessary notionally to envisage a company which is both a national of New Zealand and a resident in the United Kingdom”. Then, the decision

⁴ JONES, John F Avery & all, *THE NON-DISCRIMINATION ARTICLE IN TAX TREATIES – I*, *British Tax Review*, 1991-10, pp. 359 – 385.

⁵ BMMENS, Niels, *The Principle of Non-discrimination International and European Tax Law*, IBDF, Doctoral Series, Vol. 24, Netherlands, 2012, p. 75

found Article XIX (1) of New Zealand- UK treaty not applicable because a national New Zealand corporation will be necessarily a New Zealand resident and the comparison could not be made.⁶

The Commentaries of the OECD Model Convention clarifies that the same circumstances “refers to a taxpayer placed, from the point of view of the ordinary laws and regulations, in substantially similar circumstances both in law and fact”.⁷ Explaining the similar provision in the US Model Convention, GOLDBERG and GLICKLICH observe that “... in the same circumstances” should be thought of as referring to situations in which all the facts are identical except for the difference that is being tested, for example, resident versus nonresident, permanent establishment versus domestic corporation”.⁸

3.3. “... in particular with respect to residence ...”

This expression was included in the OECD Model Convention in 1992 as a response to a decision of the Cour de Cassation of France which considered a 3% tax on the value of immovable property owned by a non-resident that did not disclose their shareholders as indirect discrimination based on nationality.⁹ The Cour de Cassation decided that the concepts of nationality and residence were equivalent in the case of legal persons and, therefore, the imposition of such tax on non-residents was disallowed by article 24.1 of the France-Swiss Treaty.

In a prior case, the New Zealand Court of Appeal of Wellington in *Commissioner of Inland Revenue v. United Dominions Trust Limited* decided that, even though the terms nationality and residence are “somewhat artificial when applied to corporate bodies”, the language of the treaty recognized the “importance of the concept of residence as the source of taxing power and of the right of contracting parties to impose different rates or conditions of tax on companies according to residence”.¹⁰

The Commentaries follows the same orientation and explains that the expression “in particular with respect to residence” makes clear that the residence of the taxpayer is one of the factors that are relevant in determining whether taxpayers are placed in similar circumstances.”¹¹

⁶ *Commissioner of Inland Revenue v. United Dominions Trust Limited*, New Zealand, Court of Appeal of Wellington, (1973), available at http://online.ibfd.org/kbase/#topic=doc&url=/collections/ttcls/html/cl_nz_1973-07-16_1-fulltext.html&WT.z_nav=Navigation&colid=4938

⁷ Model Tax Convention on Income and on Capital Condensed Version (2014), p. 350.

⁸ GOLDBERG, Sanford H. and GLICKLICH, Peter A., TREATY-BASED NONDISCRIMINATION: Now You See It Now You Don't, 1 Fla. Tax Rev. 51.

⁹ Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 21 décembre 1990, 88-15.7400, publié au bulletin.

¹⁰ *Commissioner of Inland Revenue v. United Dominions Trust Limited* (1973).

¹¹ Model Tax Convention on Income and Capital Condensed Version (2014), p. 351.

3.4. "...shall not be subject ... to any taxation or requirement connected therewith which is other or more burdensome..."

The non-discrimination rule determines that no different tax or requirement connected therewith or more burdensome tax treatment should not be imposed upon a taxpayer of another State by the other State.

3.4.1. Similar Treatment

The nationality non-discrimination provision requires "no more burdensome" treatment; thus, the tax treatment of foreign taxpayers is not required to be equal to the tax treatment of national taxpayers, but similar. However, the costs of compliance with tax rules should be the same both to foreign and national taxpayers.

According to the Commentaries, the expression "... shall not be subject ... to any taxation or any requirement connected therewith which is other or more burdensome..." means that, where the same circumstances prevails among nationals and foreigners, the imposition of a tax "must be in the same form as regards both the basis of charge and the method of assessment, its rate must be the same and, finally, the formalities connected with the taxation (returns, payment, prescribed times, etc.) must not be more onerous for foreigners than for nationals."

3.4.2. Justified discrimination

Nevertheless, some differential tax treatment based on the nationality of the taxpayer may be justified for administrative reasons, i.e., different methods of tax assessment and collection. The higher burden imposed on tax administration to collect information about a foreign taxpayer and, eventually, find assets in the case of forfeit. Thus, Article 24 of the Model Convention is aimed "to balance the need to prevent unjustified discrimination with the need to take account of these legitimate distinctions".¹²

GOLDBERG and GLICKLICH pointed that "it is difficult articulate a consistent and rational standard to apply to determine when proscribed discrimination is present".¹³

Some examples of justified differential tax treatment between foreign and national taxpayers can be found in GATS, that enumerates some discriminatory tax measures aimed at ensuring the equitable or effective imposition or collection of direct taxes are listed and considered justified for the purposes

¹² Model Tax Convention on Income and on Capital Full (2010), C(24)-1.

¹³ Idem, footnote 7.

of applying the general exception to the National Treatment provision in article XVII, footnote 6:

- (i) apply to non-resident service suppliers in recognition of the fact that the tax obligation of non-residents is determined with respect to taxable items sourced or located in the Member's territory; or
- (ii) apply to non-residents in order to ensure the imposition or collection of taxes in the Member's territory; or
- (iii) apply to non-residents or residents in order to prevent the avoidance or evasion of taxes, including compliance measures; or
- (iv) apply to consumers of services supplied in or from the territory of another Member in order to ensure the imposition or collection of taxes on such consumers derived from sources in the Member's territory; or
- (v) distinguish service suppliers subject to tax on worldwide taxable items from other service suppliers, in recognition of the difference in the nature of the tax base between them; or
- (vi) determine, allocate or apportion income, profit, gain, loss, deduction or credit of resident persons or branches, or between related persons or branches of the same person, in order to safeguard the Member's tax base.

Although the above footnote is not part of the OECD Commentaries or any other tax treaty, it could provide some guidance about the issue based on the fact that 160 countries agreed upon it. Moreover, the measures described above are considered as justified inconsistencies with national treatment rules under GATS, which are analogous to non-discrimination provisions on bilateral tax treaties. Basically, the measures enumerated in the above footnote are adopted by tax jurisdictions in order to prevent tax base erosion and equalize administrative burdens incurred on assessing and collecting taxes from foreign taxpayers to those costs incurred in regard to national taxpayers.

4. CONCLUSION

The taxation of foreign taxpayers entails more complexities and burdens to tax administrations than the taxation of national taxpayers; therefore, it is usual to accord different tax treatment to foreign corporations in order to preserve the ability to tax and tax liability.

In order to prevent unjustified discriminatory tax treatment to foreign taxpayers, the OECD Model Tax Convention has a set of rules based on national treatment principle embodied on article 24. The paragraph 1 of article 24 provides a non-discrimination rule based on the nationality of the taxpayer.

The interpretation and application of this provision has proved to be troublesome, mainly regarding corporations, because nationality is one of the criterion for determining residence while differential treatment based on residence is considered a “crucial feature of tax systems”. Not surprisingly, national courts have reached distinct conclusions in similar cases, i.e., Cour de Cassation of France and Court of Appeal of Wellington, New Zealand.

Clearly, the use of the word “nationality” in the draft of non-discrimination provisions in tax treaties raised extra complexity to the interpretation and application of article 24.1 of the Model Convention and does not effectively grants protection against unjustified discriminatory tax measures to the foreign taxpayer.

REFERENCES

AULT, Hugh J. and Jacques Sasseville, Taxation and Non-Discrimination: A Reconsideration, **World Tax Journal**, June 2010.

BAMMENS, Niels, **The Principle of Non-discrimination International and European Tax Law**, IBDF, Doctoral Series, Vol. 24, Netherlands, 2011.

GOLDBERG, Sanford H. and GLICKLICH, Peter A., Treaty-Based Nondiscrimination: Now You See It Now You Don't, 1 **Fla. Tax Rev.** 51.

JONES, John F Avery & all, The Non-Discrimination Article in Tax Treaties — I, **British Tax Review**, 1991-10.

Model Tax Convention on Income and on Capital Condensed Version (2014).

Model Tax Convention on Income and on Capital Full Version (2010).

OECD Report on Application and Interpretation of Article 24 (Non-Discrimination), 2007.

ROSENBLOOM, H. David, Toward a New Tax Treaty Policy for a New Decade, 9. **Am. J. Tax Policy** 77.

* **Recebido em 29 nov. 2016.**



CLAVES PARA AVANZAR HACIA UNA EUROPA DEL RECICLADO DE RESIDUOS

*Rubén Serrano Lozano**

Resumen

Este artículo se propone a investigar los avances y los desafíos de la Unión Europea hacia una sociedad europea del reciclado a través de un examen detallado del vigente régimen jurídico europeo para la gestión medioambientalmente adecuada de los residuos, especialmente de las innovaciones que ha traído la Directiva 2008/98/CE de 19 noviembre de 2008.

Palabras-clave

Derecho Administrativo. Gestión medioambiental. Residuos sólidos. Europa.

CHAVES PARA AVANÇAR RUMO A UMA EUROPA RECICLADORA DE RESÍDUOS

Resumo

Este artigo se propõe a analisar os avanços e desafios da União Europeia na busca de uma sociedade europeia da reciclagem, o que se fará por meio de um exame detalhado do regime jurídico europeu vigente no que diz respeito à gestão ambiental dos resíduos, especialmente das inovações trazidas pela Diretiva 2008/98/CE de 19 de novembro de 2008.

Palavras-chave

Direito Administrativo. Gestão ambiental. Resíduos sólidos. Europa.

KEYS TOWARDS A WASTE RECYCLING EUROPE

Abstract

This article aims to investigate the progress and challenges of the European Union towards a European recycling society through a detailed review of the current European legal regime for the environmentally sound management of waste, especially the innovations brought by the Directive 2008/98 / EC of 19 November 2008.

Keywords

Administrative Law. Environmental management. Solid waste. Europe.

* Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, de la Universidad de Castilla-La Mancha (ESPAÑA).

1. INTRODUCCIÓN

Nos proponemos en este artículo ofrecer al lector las claves o principales medidas que se han adoptado en el seno de la Unión Europea para avanzar hacia una sociedad europea del reciclado.

En este sentido, como es fácil vaticinar, toda medida de actuación tendente al reciclado se sitúa en el ámbito de la gestión de los residuos.

Por ello, será preciso adentrarnos en el vigente régimen jurídico europeo de los residuos que (como veremos) a diferencia de regulaciones anteriores ha adoptado una postura más contundente y decidida para lograr que Europa se convierta en una sociedad que optimice su sistema de gestión de residuos fomentando la reutilización, el reciclado y la recuperación de energía frente a la eliminación de los residuos. De este modo, se conseguirá que no se dilapiden recursos naturales innecesariamente, siendo conscientes de que éstos no son ilimitados.

Podemos resumir el modelo de gestión de residuos en las siguientes pautas:

- producir menos residuos,
- mayor aprovechamiento o valorización de los mismos y, por tanto, menos dispositivos de eliminación y, en consecuencia, reducción del consumo de recursos naturales.

Estas pautas fueron formuladas tempranamente en la primera Directiva de residuos de la Comunidad Económica Europea (la Directiva 75/442/CEE, de 15 de Julio) bajo la formulación de la conocida “jerarquía de actuación en la gestión de los residuos”, si bien, la regulación vigente, esto es la de la Directiva 2008/98/CE, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas¹ (la Directiva 75/439/CEE, la Directiva 91/689/CEE del Consejo y la Directiva 2006/12/CE, de 5 de abril de 2006) se ha dado un nuevo impulso, matizado algunas actuaciones de prevención.

No obstante, la actual normativa europea de residuos, a sabiendas de la importancia de modelos gestión de residuos que fomenten el reciclado, va más allá, al considerar que esto quizá no es suficiente si no va acompañado de otra serie de medidas que obliguen a que los productos, desde su diseño, tengan en cuenta que tras agotar su vida útil se convertirán en residuos y que es necesario que estos alberguen, en la mayor parte posible de sus componentes, materiales que permitan su posterior reciclado. Para ello, la Directiva 2008/98/CE (la vigente normativa europea) ha establecido las bases para la imposición

¹ DOUE L 312, de 22.11.2008.

a los productores de productos de dos grandes obligaciones (bajo la denominada “responsabilidad ampliada del productor del producto”) que son:

- a) obligación de “ecodiseño” de los productos y
- b) obligación de gestión de los residuos que generen sus productos.

Tales obligaciones son cruciales para la correcta implementación de la mencionada jerarquía de actuación en la gestión de los residuos.

Ahora bien, aunque las previsiones jurídicas sean idóneas, correctas, esto es, vayan en la dirección adecuada, serán un fracaso si los ciudadanos siguen entregando los residuos de forma no separada o indiferenciada, o incluso si se desprenden de los mismos de manera clandestina o a espaldas de los sistemas de recogida y de gestión de residuos confeccionados de manera concienzuda para que los productores de productos cumplan sus obligaciones, pero, cuyo talón de Aquiles sigue siendo, entre otros, el comportamiento del consumidor y la pasividad o ausencia de medios de control por parte de las Administraciones públicas. En esta faceta queda, a nuestro juicio, mucho camino por recorrer, no sólo en los medios de educación ambiental empleados, sino por la necesidad de contar con mayores medios humanos y técnicos para las Administraciones, y también porque existe cierta parte de la población reticente a molestarse lo más mínimo cuando de desembarazarse de un residuo se trata, pues, el concepto de “usar y tirar” (y no me pidas que haga nada más) ha arraigado en una parte considerable de la población que, además, no está dispuesta a abandonar.

En las páginas siguientes, nos dedicaremos a describir las previsiones jurídicas de la Unión Europea para la gestión medioambientalmente adecuada de los residuos, esto es, para avanzar hacia una sociedad europea del reciclado.

2. EL NUEVO MARCO JURÍDICO EUROPEO DE LOS RESIDUOS SE ENCAMINA HACIA EL LOGRO DE UNA “SOCIEDAD EUROPEA DEL RECICLADO”

Actualmente, a nivel comunitario (europeo), la norma que regula el régimen jurídico general de los residuos es la Directiva 2008/98/CE, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas² (la Directiva 75/439/CEE, la Directiva 91/689/CEE del Consejo y la Directiva 2006/12/CE, de 5 de abril de 2006).

Esta Directiva, establece el marco jurídico general sobre los residuos en la Unión Europea, esto es, se configura como la nueva “Directiva marco de

² DOUE L 312, de 22.11.2008.

residuos³”, por lo que, en adelante, nos referiremos a ella con el acrónimo DMR.

Como es sabido, las Directivas europeas son normas que tras su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) no son de aplicación directa en los Estados miembros. Para que sean aplicables en los Estados miembros es necesario que se produzca una norma de derecho interno que “transponga” a su ordenamiento jurídico el contenido de la Directiva (contenido que es obligatorio para todos los Estados miembros). Por consiguiente, las Directivas para ser aplicables en cada uno de los Estados, en sus respectivos territorios, necesitan de normas que respondan a las peculiaridades propias de cada uno de los Estados miembros, *id est* en unos casos la transposición se realizará por una Ley o norma con rango legal, y en otros se hará por normas de rango reglamentario.

Por ejemplo, en el caso de España, a nivel estatal, la incorporación de la DMR ha tenido lugar a través de la Ley 22/2011, de 28 de Julio, de residuos y suelos contaminados⁴.

Volviendo a la DMR, merece destacarse que la misma, respecto a las Directivas que le han precedido en la regulación de los residuos, incide de manera más insistente en la prevención de la generación de residuos, a través de medidas concretas como:

1. La obligación que establece para los Estados miembros de elaborar programas de prevención⁵ de residuos.

³ En este sentido, SANTAMARÍA ARINAS, R. J. “Capítulo Tercero Residuos” de la obra colectiva *Derecho Ambiental. Parte Especial II. Segunda Edición.* (LASAGABASTER HERRARTE, I. Dir.). Ed. LETE argitaletxea. Bilbao. 2010. Pág. 401. Y en la propia Exposición de Motivos de la Ley 22/2011, de 28 de Julio, de residuos y suelos contaminados. (BOE nº 181, de 29 de julio de 2011).

Muy atinadas nos parecen las palabras de ALENZA GARCÍA, J. F., en “El nuevo régimen legal de los residuos”, del libro: *La nueva Ley de residuos y suelos contaminados.* BLASCO HEDO, Eva (Coord.) et al. Madrid: Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas (CIEDA-CIEMAT), 2013. (1 CD), pág. 17 y ss. Allí aclara el significado de “Directiva marco” o “ley marco” e indica sus funciones.

⁴ BOE nº 181, de 29 de Julio de 2011.

⁵ Vid. Art. 29 DMR.

Por ejemplo, en el España, téngase en cuenta que el 23 de Enero de 2014 se ha publicado la aprobación del Programa Estatal de Prevención de Residuos 2014-2020, por medio de la *Resolución de 20 de diciembre de 2013, de la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental y Medio Natural, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de diciembre de 2013, por el que se aprueba el Programa Estatal de Prevención de Residuos 2014-2020.* (BOE núm.20, de 23 de enero de 2014). En cuanto al contenido del Programa Estatal de Prevención de Residuos, debido a su extensión no se reproduce en la publicación del Boletín Oficial del Estado (BOE), remitiéndose para ello a la Web del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, en el siguiente enlace:

<http://www.magrama.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/prevencion-y-gestion-residuos/default.aspx>.

2. La posibilidad de que dichos Estados adopten medidas adecuadas incardinadas dentro de la llamada “responsabilidad ampliada del productor del producto” para incentivar (entre otros aspectos) el “ecodiseño” de los productos, de modo que reduzcan tanto su impacto ambiental como la generación de residuos⁶ así como la asunción de responsabilidad en la gestión de los residuos de los productos que pone en el mercado.

Asimismo, conviene no perder de vista que la DMR, en aras a contribuir a la transformación de la Unión Europea en una “sociedad del reciclado” y “avanzar hacia una sociedad europea del reciclado con un alto nivel de eficiencia de los recursos”⁷, ha vuelto a incidir en la “estrategia comunitaria de gestión de residuos” que fue diseñada en las Resoluciones del Consejo de 7 de mayo de 1990, *relativa a la política en materia de residuos*⁸ y la de 24 de Febrero de 1997, *relativa a una estrategia comunitaria para la gestión de residuos*⁹.

Dicha estrategia comunitaria de gestión de residuos, ha marcado las directrices que debían plasmarse en los productos normativos europeos en torno a los siguientes aspectos:

- 1) La implantación de la jerarquía de actuación en la gestión de los residuos (ahora llamada “jerarquía de residuos”¹⁰).
- 2) Al principio de autosuficiencia y proximidad en la eliminación y creación de una red adecuada e integrada de instalaciones de eliminación (actualmente, con la DMR, ampliada a las instalaciones para la valorización de residuos municipales mezclados recogidos de hogares privados¹¹).
- 3) A la existencia (crucial) de los planes nacionales de gestión de residuos, a los que ahora, de manera importante, se suma la obligatoria existencia de programas de prevención de residuos.

⁶ Véase el artículo 8.2 DMR.

⁷ Cfr. Considerando 41 y artículo 11.2 DMR.

⁸ DOCE C 122, de 18 de mayo de 1990.

⁹ DOCE C 76, de 11 de marzo de 1997.

¹⁰ A nuestro juicio con gran desacierto, porque no se trata de establecer una jerarquía entre residuos (qué residuo prevalece frente a otro) sino una jerarquía de actuación en la gestión de los mismos que redunde en un beneficio medioambiental por cuanto, o bien se reduzca la producción de los residuos o su peligrosidad o toxicidad, o cuando no sea posible prevenir/reducir la producción del residuo o sus características peligrosas o nocivas se aproveche los recursos materiales o energéticos ínsitos en los mismos.

Más correcto hubiese sido (si acaso se deseaba cambiar la denominación) denominarla como “jerarquía de opciones” tal y como, con gran acierto, alude a ella SANTAMARÍA ARINAS, R. J. “Capítulo Tercero Residuos” de la obra colectiva **Derecho Ambiental. Parte Especial II**. *Op.cit.* pág 404.

¹¹ Véase el artículo 16 DMR.

- 4) A la necesidad de que cualquier actividad de gestión de residuos se realice sin poner en peligro la salud humana y sin dañar al medio ambiente, particularmente, sin crear riesgos para el agua, el aire o el suelo, ni para la fauna y la flora, que no provoque incomodidades por el ruido o los olores y que no atente contra los paisajes y los lugares de especial interés, o lo que es lo mismo, adoptar unas prácticas correctas en la gestión de residuos.

Nótese, además, que una de las novedades más importantes de la DMR ha sido el establecimiento de objetivos cifrados y fechados de “preparación para la reutilización y reciclado de residuos” de obligado cumplimiento para los Estados miembros (a los que nos dedicaremos más adelante).

Llegados a este punto, primero, procederemos a analizar la estrategia comunitaria de gestión de residuos, y, posteriormente, los objetivos cifrados y fechados de preparación para la reutilización y reciclado de residuos y, finalizaremos nuestro estudio, con la llamada “responsabilidad ampliada del productor del producto”.

3 JERARQUÍA DE ACTUACIÓN EN LA GESTIÓN DE RESIDUOS

El artículo 4 de la DMR establece la jerarquía de actuaciones que ha de servir de orden de prioridades para la legislación y políticas de gestión de residuos. Este orden de prioridades es:

- Prevención;
- Preparación para la reutilización;
- Reciclado;
- Otro tipo de valorización, por ejemplo, la valorización energética;
y
- Eliminación.

Debemos destacar la distinción entre “reutilización” y “preparación para la reutilización”.

Así pues, por “reutilización” debe entenderse: *“cualquier operación mediante la cual productos o componentes de productos que no sean residuos se utilizan de nuevo con la misma finalidad para la que fueron concebidos”*¹².

Por consiguiente, la reutilización es una operación realizada a productos que no sean residuos. Esta cualidad le hace diferente a la “preparación para

¹² Véase el artículo 3 apartado 13 de la DMR.

la reutilización”¹³ que, por el contrario, tiene lugar sobre productos o componentes de productos que ya son residuos y que, por tanto, la convierten en una operación de valorización, no de prevención

En este sentido, la primera novedad destacable en esta jerarquía de actuación es la inclusión de la “preparación para la reutilización” como primera medida de valorización (por tratarse de productos o componentes de productos que se han convertido en residuos) que va a tener por objeto devolverle las propiedades al producto en cuestión para que pueda reutilizarse.

Sin ser exhaustivos, debemos recordar el concepto de residuo, que es: “cualquier sustancia u objeto del cual su poseedor se desprenda o tenga la intención o la obligación de desprenderse”¹⁴.

Por consiguiente, el *modus operandi* que establece esta jerarquía es que la producción de residuos debe evitarse o reducirse a través de medidas preventivas, entre ellas la reutilización.

Abrimos aquí un inciso, pues, ¿qué debe entenderse por prevención? Debe entenderse¹⁵:

[El] conjunto de medidas adoptadas en la fase de concepción y diseño, de producción, de distribución y de consumo de una sustancia, material o producto, para reducir:

1º. La cantidad de residuo, incluso mediante la reutilización de los productos o el alargamiento de la vida útil de los productos.

2º. Los impactos adversos sobre el medio ambiente y la salud humana de los residuos generados, incluyendo el ahorro en el uso de materiales o energía.

3º. El contenido de sustancias nocivas en materiales y productos”.
(El negrito es nuestro).

Proseguimos con el *modus operandi* que establece esta jerarquía, de modo que si la prevención ya no es posible, debe fomentarse la “preparación para la reutilización”, y, si ésta no fuera posible, entonces, debe realizarse el reciclaje.

Ahora bien, cuando los residuos no puedan ser ni preparados para la reutilización ni reciclados, deberán ser valorizados de otro modo (incineración con recuperación de energía). Y, en último lugar, ante la imposibilidad de los

¹³ Aparece definida en el artículo 3 apartado 16 de la DMR y se entiende por ella: “la operación de valorización consistente en la comprobación, limpieza o reparación, mediante la cual productos o componentes de productos que se hayan convertido en residuos se preparan para que puedan reutilizarse sin ninguna otra transformación previa”.

¹⁴ Artículo 3, punto 1 de la DMR

¹⁵ Conforme a lo dispuesto por el artículo 3 apartado 12 de la DMR y a tenor de lo establecido en el artículo 3 letra h) de la LRSC.

anteriores, el modo de gestión último que ha de darse a los residuos debe ser la eliminación.

Téngase en cuenta que la DMR, considera que la prevención de residuos *“debe constituir la primera prioridad de la gestión de residuos, y que deben preferirse la reutilización y el reciclado de material a la valorización energética de los residuos, en la medida en que sean las mejores opciones ecológicas”*¹⁶.

La segunda novedad se refiere a la posibilidad para determinados flujos de residuos de apartarse del orden de prioridades señalado en la “jerarquía de residuos” cuando esté justificado por un enfoque de ciclo de vida sobre los impactos globales de la generación y gestión de residuos¹⁷.

En este sentido, a nuestro juicio, se ha introducido un importante matiz, porque si bien es cierto que la DMR considera que la reutilización (como medida de prevención de residuos) *“debe constituir la primera prioridad de la gestión de residuos, y que deben preferirse la reutilización y el reciclado de material a la valorización energética de los residuos (...)”*, no es menos cierto que matiza de manera importante dicha prioridad indicando seguidamente: *“en la medida en que sean las mejores opciones ecológicas”*.

Ello relativiza, enormemente, la obligatoriedad de que la reutilización sea siempre la mejor opción como medida preventiva de residuos o como medida de gestión de los residuos (según se trate de residuos o no), pues, dependerá del producto de que se trate. Para ello, será inevitable la realización de un análisis de ciclo de vida (ACV) que desvele efectivamente que la reutilización no es la mejor opción ecológica.

En esta dirección, permítasenos insistir¹⁸ que en España esta circunstancia se tuvo muy en cuenta en el Plan Nacional de Residuos Urbanos del año 2000 respecto a la reutilización de los envases, donde se reconoció:

Al menos para ciertos materiales, como el vidrio, puede afirmarse, con carácter general, que la reutilización es deseable en términos ecológicos, aunque pueden darse casos en que su impacto ambiental sea superior al del reciclado, en particular cuando los envases deben ser transportados a grandes distancias para su reutilización. Esta posibilidad obliga a ciertas salvaguardas a la hora de establecer metas cuantificadas, al tiempo que hace aconsejable, en algunos casos, los análisis de ciclos de vida.

¹⁶ Cfr. Considerando 7 DMR.

¹⁷ En este sentido, el artículo 4.2 de la DMR establece: *“Cuando se aplique la jerarquía de residuos contemplada en apartado 1, los Estados miembros adoptarán medidas para estimular las opciones que proporcionen el mejor resultado medioambiental global. Ello puede requerir que determinados flujos de residuos se aparten de la jerarquía, cuando esté justificado por un enfoque de ciclo de vida sobre los impactos globales de la generación y gestión de dichos residuos”*.

¹⁸ Ya lo pusimos de relieve en SERRANO LOZANO, R., *El régimen jurídico de los residuos de envases*. Ed. Dykinson. Madrid. 2007. Pág. 71.

Los estudios que se han llevado a cabo en este campo hasta ahora parecen arrojar algunas conclusiones prácticas de cierta importancia. Así, en principio, la distancia máxima de transporte que se suele mencionar como límite por encima del cual el coste ecológico de la reutilización es igual o mayor que el coste del reciclado está en los 200-300 Km, según diversos estudios. Por otra parte, dado que un envase reutilizable debe ser más robusto y tener más peso, -a igualdad de materiales- que los de un solo uso, únicamente si aquel tiene en su vida útil un número mínimo de ciclos de consumo estará justificada su implantación. En general se habla de entre diez y veinte ciclos, como mínimo, según estudios solventes. Respecto al tipo de productos de consumo susceptibles de ser envasados en envases reutilizables parece haber amplia coincidencia en señalar a las bebidas y ciertos alimentos líquidos como los más factibles. De hecho es en este sector en el que se registran, en todos los países, los porcentajes máximos de reutilización de envases¹⁹.

4. LOS PRINCIPIOS DE AUTOSUFICIENCIA Y PROXIMIDAD PARA LA ELIMINACIÓN Y TAMBIÉN PARA LA VALORIZACIÓN DE RESIDUOS MUNICIPALES MEZCLADOS RECOGIDOS DE HOGARES PRIVADOS

La DMR, tras lo dispuesto en su artículo 16, amplía el ámbito de aplicación de los principios de autosuficiencia y proximidad a la valorización de residuos municipales mezclados recogidos de los hogares.

Como es sabido, hasta la DMR, los principios de autosuficiencia y proximidad sólo se aplicaban a la eliminación de los residuos.

Igual ampliación ha tenido lugar respecto a la previsión de establecimiento por los Estados miembros de una red “integrada y adecuada” de instalaciones, ya no sólo de eliminación de residuos, sino que ahora también debe serlo de valorización de residuos municipales mezclados recogidos de los hogares.

Debe insistirse en que la extensión de los principios de autosuficiencia y proximidad se realiza únicamente a la valorización de residuos municipales mezclados recogidos de los hogares. En este sentido, así lo ha confirmado la Sentencia del Tribunal de Justicia (sala quinta) de 12 de diciembre de 2013, asunto C-292/12, *Rang-Sells AS y Sillamäe Linnavalitsus*²⁰.

¹⁹ Vid. Boletín Oficial del Estado (BOE) n.º 28, de 2 de febrero de 2000, págs. 4818 y 4819.

²⁰ Que declaró:

“Las disposiciones del Reglamento (CE) n.º 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativo a los traslados de residuos, en relación con el artículo 16 de la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre

La finalidad de estos principios y de la mencionada red, es permitir que "la Comunidad en su conjunto llegar a ser autosuficiente en materia de eliminación de residuos, así como de valorización de los residuos mencionados y que permita a los Estados miembros avanzar hacia ese objetivo individualmente²¹".

5. PRÁCTICAS CORRECTAS EN LA GESTIÓN DE LOS RESIDUOS

Las prácticas correctas, o si se quiere, el "código deontológico" que ha de observarse en la gestión de los residuos, consiste en que se ha de garantizar que en las operaciones de eliminación o de valorización de los residuos no se ponga en peligro la salud del hombre, ni se perjudique el medio ambiente, y, especialmente, no se causen riesgos para el agua, el aire, el suelo, la fauna y la flora, no se provoquen incomodidades por el ruido o los olores y se respeten los paisajes y los lugares de especial interés.

Pese a su temprana aparición normativa (Directiva 75/442/CEE de residuos) y a su permanencia, el valor jurídico de estas prácticas correctas ha sido meramente programático, como así lo puso de relieve el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la Sentencia de 23 de febrero de 1994 (As. 236/92), pero, no por ello carente de efectos vinculantes para los Estados miembros en cuanto a sus objetivos, pues, su inobservancia supone el incumplimiento de la Directiva, tal y como así se ha demostrado en el caso de Grecia que fue condenada por el TJCE en su Sentencia de 7 de abril de 1992 (asunto 45/91) por incumplimiento, al no adoptar las medidas necesarias para que en la región de La Canea (Creta) los residuos fueran eliminados sin poner en peligro la salud humana ni perjudicar el medio ambiente.

Por su carácter programático, las prácticas correctas se han convertido en el elemento complementario necesario de la jerarquía de actuación en la gestión de residuos en cada uno de sus niveles.

Actualmente se encuentra regulada en el artículo 13 de la DMR.

los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas, deben interpretarse en el sentido de que:

Estas disposiciones autorizan a una corporación local a obligar a la empresa encargada de la recogida de residuos en su territorio a transportar los residuos municipales mezclados recogidos de hogares particulares y, en su caso, de otros productores a la instalación de tratamiento adecuada más próxima, situada en el mismo Estado miembro al que pertenece esa corporación. Estas disposiciones no autorizan a una corporación local a obligar a la empresa encargada de la recogida de residuos en su territorio a transportar los residuos industriales y los residuos de la construcción generados en su territorio a la instalación de tratamiento apropiada más próxima, situada en el mismo Estado miembro al que pertenece esa corporación, cuando tales residuos están destinados a la valorización, si los productores de dichos residuos están obligados a entregarlos a esa empresa o a entregarlos directamente en esa instalación".

²¹ Cfr. Art. 16.2 DMR.

6. PLANES DE GESTIÓN Y OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE ELABORAR PROGRAMAS DE PREVENCIÓN DE RESIDUOS

En palabras del Profesor Martín Mateo, que hacemos nuestras, “*parece lógico que las distintas etapas que afectan a los residuos sean objeto de una consideración integral*”²², lo que exige una correcta planificación que cubra los datos esenciales que deban tenerse en cuenta en el momento de las diferentes operaciones de gestión de residuos.

Este aspecto viene también de lejos, desde la primera Directiva 75/442/CEE, donde se estimaba necesario prever un plan de gestión de residuos para asegurar la protección del medio ambiente, y se establecía la obligación para los Estados miembros de establecer, tan pronto como fuera posible, uno o varios planes.

Respecto a la regulación de los planes de gestión que realiza la DMR, en su artículo 28, podemos destacar la obligación que impone a los Estados miembros de garantizar que sus autoridades competentes establezcan uno o varios planes de residuos que, por separado o en combinación, comprendan todo el territorio geográfico del Estado miembro²³.

Con relación a su contenido, de un lado, exige que éstos presenten un análisis actualizado de la situación de la gestión de residuos en la entidad geográfica correspondiente, así como una exposición de las medidas que deban tomarse para mejorar la preparación para la reutilización, el reciclado, la valorización y la eliminación de los residuos de forma respetuosa con el medio ambiente, y que evalúen en qué medida el plan contribuye a la consecución de los objetivos establecidos por la DMR²⁴. De otro, establece un contenido mínimo, que dichos planes deben incluir, que son:

- a) el tipo, cantidad y fuente de los residuos generados dentro del territorio, los residuos que se prevea que van a transportarse desde el territorio nacional o al territorio nacional y una evaluación de la evolución futura de los flujos de residuos;
- b) sistemas existentes de recogida de residuos y principales instalaciones de eliminación y valorización, incluida cualquier medida especial para aceites usados, residuos peligrosos o flujos de residuos objeto de legislación comunitaria específica;
- c) una evaluación de la necesidad de nuevos sistemas de recogida, el cierre de las instalaciones existentes de residuos, infraestructuras adicionales de instalación de residuos, con arreglo a los principios

²² Vid. *Tratado...* cit. pág. 527.

²³ Cfr. Art. 28.1 DMR.

²⁴ Vid. Art. 28.2 DMR.

de autosuficiencia y proximidad, y, si fuera necesario, las inversiones correspondientes;

- d) información suficiente sobre los criterios de ubicación para la identificación del emplazamiento y sobre la capacidad de las futuras instalaciones de eliminación o las principales instalaciones de valorización, si fuera necesario;
- e) políticas generales de gestión de residuos, incluidas las tecnologías y los métodos de gestión de residuos previstos, o políticas sobre residuos que plantean problemas de gestión específicos²⁵.

Y, asimismo, establece un contenido facultativo, señalando que los planes de gestión pueden incluir:

- a) los aspectos organizativos relacionados con la gestión de residuos, incluida una descripción del reparto de responsabilidades entre los operadores públicos y privados que se ocupan de la gestión de residuos;
- b) una evaluación de la utilidad y conveniencia del uso de instrumentos económicos y de instrumentos de otro tipo para afrontar diferentes problemas de residuos, teniendo en cuenta la necesidad de mantener el correcto funcionamiento del mercado interior;
- c) campañas de sensibilización e información dirigidas al público en general o a un grupo concreto de consumidores;
- d) lugares de eliminación de residuos contaminados históricamente y medidas para su rehabilitación²⁶.

En lo que concierne a los programas de prevención de residuos, se trata de una nueva obligación introducida por la DMR para los Estados miembros, que debían elaborarlos a más tardar el 12 de diciembre de 2013²⁷.

En este sentido, por ejemplo, en España, se ha dado cumplimiento a dicha obligación, mediante la publicación el 23 de Enero de 2014 de la aprobación del Programa Estatal de Prevención de Residuos 2014-2020²⁸ (PEPR, en adelante), que, se hace eco tanto de la Comunicación de la Comisión “*Europa 2020. Una Estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*”²⁹ como

²⁵ Cfr. Art. 28.3 DMR.

²⁶ Véase el artículo 28.4 DMR.

²⁷ Vid. Artículo 29.1 DMR.

²⁸ Resolución de 20 de diciembre de 2013, de la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental y Medio Natural, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de diciembre de 2013, por el que se aprueba el Programa Estatal de Prevención de Residuos 2014-2020. (BOE núm.20, de 23 de enero de 2014).

²⁹ COM (2010) Bruselas, 3.3.2010.

de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *“Hoja de ruta hacia una Europa eficiente en el uso de los recursos”*³⁰.

El PEPR será de suma transcendencia para la concreción de la responsabilidad ampliada del productor de determinados productos porque propone una batería de medidas de prevención sobre la base de 4 líneas estratégicas:

1. Línea estratégica de reducción de la cantidad de residuos.
2. Línea estratégica de impulso a la reutilización.
3. Línea estratégica de reducción del contenido de sustancias nocivas en materiales y productos.
4. Línea estratégica de reducción de los impactos adversos sobre la salud y el medio ambiente, de los residuos.

Afecta a diferentes flujos de residuos o áreas de actividad consideradas prioritarias que son las siguientes:

- Desperdicio alimentario.
- Construcción y demolición.
- Envases.
- Productos de “usar y tirar”, tales como pañales, vajilla desechable, servilletas, productos de higiene personal en el hogar y en la hostelería, etc.;
- Industria química.
- Vehículos, neumáticos y pilas y acumuladores;
- Aparatos eléctricos y electrónicos.
- Muebles, juguetes, libros y textiles.

El PEPR tiene como objetivo último lograr en 2020 la reducción en un 10% en peso de los residuos generados en 2010.

Los agentes implicados en este Programa Estatal de Prevención son:

- los fabricantes,
- el sector de la distribución y el sector servicios,
- los consumidores y usuarios finales, y
- las Administraciones Públicas.

³⁰ COM (2011) 571final. Bruselas 20.9.2011.

Pues bien, todo ello exigirá la modificación de los regímenes jurídicos actuales de este tipo de productos y sus residuos, de modo que supondrá la constitución de determinadas obligaciones para los productores de tales productos de manera que formen parte de su “responsabilidad ampliada”.

Por ejemplo, para los vehículos, neumáticos y pilas y acumuladores, se establecen actuaciones orientadas a reducir el contenido de sustancias nocivas en los materiales y productos, a impulsar la reutilización y el alargamiento de la vida útil de los productos, así como a reducir el impacto de los residuos generados. En concreto se propone:

- En relación con el establecimiento de condiciones marco, impulsar proyectos de I+D+i orientados a alargar la vida útil de estos productos.
- En relación con la fase de diseño, producción y distribución se promoverán:
 - Los acuerdos voluntarios para acelerar la sustitución de metales pesados y otras sustancias tóxicas.
 - El ecodiseño en los vehículos para facilitar el desmontaje y el reciclado al final de su vida útil.
 - El suministro de información a los gestores para la realización del desmontaje de los vehículos y para facilitar la reutilización de componentes.
- En relación con la fase de consumo y uso se promoverá:
 - a) El consumo y la utilización de pilas recargables.
 - b) La reutilización de piezas o componentes en vehículos.
 - c) La utilización de neumáticos de segunda mano o recauchutados, siempre que se garantice la calidad y la seguridad.

En definitiva, el PEPR propone una serie de medidas preventivas para reducir la cantidad de residuos de determinados productos que serán objeto de regulación en los correspondientes Reales Decretos que regulen tales flujos de residuos, porque, en España, tal y como establece el artículo 31.3 de la Ley 22/2011, de 28 de Julio, de residuos y suelos contaminados, la concreción de la responsabilidad ampliada del productor del producto (para cada tipología de producto y su consecuente residuo), se realizará mediante Real Decreto. En este sentido, haciéndose eco de ello, ha tenido lugar el Real Decreto 110/2015,

de 20 de febrero, sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (BOE, nº 45, de 21 de febrero de 2015)³¹.

7. LOS OBJETIVOS CUANTIFICADOS Y FECHADOS RELATIVOS A LA PREPARACIÓN PARA LA REUTILIZACIÓN Y RECICLADO DE RESIDUOS

Para avanzar hacia la sociedad del reciclado, esto es, una sociedad que trate de evitar la generación de residuos y que utilice los mismos como un recurso, el artículo 11 de la DMR establece la obligación para los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias para lograr los siguientes objetivos:

- a) antes de 2020, deberá aumentarse como mínimo hasta un 50 % global de su peso la preparación para la reutilización y el reciclado de residuos de materiales tales como, al menos, el papel, los metales, el plástico y el vidrio de los residuos domésticos y posiblemente de otros orígenes en la medida en que estos flujos de residuos sean similares a los residuos domésticos;
- b) antes de 2020, deberá aumentarse hasta un mínimo del 70 % de su peso la preparación para la reutilización, el reciclado y otra valorización de materiales, incluidas las operaciones de relleno que utilicen residuos como sucedáneos de otros materiales, de los residuos no peligrosos procedentes de la construcción y de las demoliciones, con exclusión de los materiales presentes de modo natural definidos en la categoría 17 05 04 de la lista de residuos³².

³¹ Como se pone de relieve en la Exposición de Motivos del R.D. 110/2015, éste incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2012/19/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio, e incluye las novedades de la Ley 22/2011, de 28 de julio. Deroga el anterior Real Decreto 208/2005, de 25 de febrero, sobre aparatos eléctricos y electrónicos, para superar los problemas detectados en su aplicación e incluir la experiencia adquirida en este sector de tan rápida evolución, desde la publicación de esta norma en el año 2005.

³² El Código 17 05 04 se refiere a Tierra y piedras distintas de las especificadas en el código 17 05 03 (Tierra y piedras que contienen sustancias peligrosas). Debe saberse que la Lista de Residuos ha sido establecida por la Decisión de la Comisión 2000/532/CE, de 3 de mayo de 2000, por la que se establece una Lista Europea de Residuos (LER), (DOCE L 226, de 6 de septiembre de 2000). Esta LER refunde en una sola dos antiguas listas: a) la de residuos contenida en la Decisión 94/3/CE por la que se establecía una lista de residuos que se conoció con la denominación de Catálogo Europeo de Residuos (CER) (DOCE L 5, de 7 de enero de 1994) a la que deroga, y b) la lista de residuos peligrosos contenida en la Decisión del Consejo 94/904/CE, de 22 de diciembre de 1994 (DOCE L 356, de 31 de diciembre de 1994), que, igualmente, fue derogada con efectos a partir de 1 de enero de 2002 (vid. artículo 5 de la Decisión 2000/532/CE).

En cuanto a los diferentes tipos de residuos de la lista, se clasifican mediante códigos. Estos códigos serán de seis cifras para identificar a los residuos, de cuatro cifras para identificar a los subcapítulos, y de dos cifras para los capítulos. La lista de residuos consta de veinte capítulos. Debe saberse que los residuos que aparecen en la lista señalados con un asterisco “(*)” se consideran residuos peligrosos.

Para alcanzar los objetivos cuantificados y fechados relativos a la preparación para la reutilización y reciclado, una de las principales medidas que deben adoptar los Estados miembros es la recogida separada de residuos³³, no mezclando los residuos o materiales de propiedades diferentes.

Incluso, se impone a los Estados miembros que la recogida separada se deba efectuar para, al menos, el papel, metal, plástico y vidrio antes del 2015³⁴.

8. LA LLAMADA “RESPONSABILIDAD AMPLIADA DEL PRODUCTOR DEL PRODUCTO”

La DMR introduce la responsabilidad ampliada del productor como uno de los medios para apoyar el diseño y fabricación de bienes que tengan plenamente en cuenta y faciliten el uso eficaz de los recursos durante todo su ciclo de vida, incluidos su reparación, reutilización, desmontaje y reciclado “sin perjudicar a la libre circulación de bienes en el mercado interior”.

Sin embargo, cuando la DMR regula la responsabilidad ampliada del productor, en su artículo 8, pone el acento, en primer lugar, en la adopción de medidas tendentes a responsabilizar al productor de la gestión de los residuos que queden después de haber usado tales productos, y, en segundo lugar, en el “ecodiseño”, esto es, en el diseño y fabricación de bienes teniendo en cuenta el uso eficaz de los recursos durante todo su ciclo de vida³⁵.

Por consiguiente, la responsabilidad ampliada del productor supone para el productor del producto que, además, de responsabilizarle de la gestión

Dicha LER ha sido objeto de modificación por medio de la Decisión de la Comisión 2014/955/UE, de 18 de diciembre de 2014 por la que se modifica la Decisión 2000/532/CE, sobre la lista de residuos, de conformidad con la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 370, de 30.12.2014), que ha suprimido los artículos 2 y 3 de la Decisión 2000/532/CE y ha sustituido su Anexo. La Decisión de la Comisión 2014/955/UE entró en vigor al vigésimo día de su publicación, y es aplicable a partir del 1 de junio de 2015.

³³ Siempre que resulte viable técnica, medioambiental y económicamente, como advierte el artículo 10.2 DMR.

³⁴ Vid. Artículo 11.1 párrafo tercero DMR.

³⁵ Cuanto decimos puede apreciarse al leerse el artículo 8.1 y 8.2 de la DMR que establecen:

“1. Para mejorar la reutilización, la prevención, el reciclado y la valorización de los residuos, los Estados miembros podrán adoptar medidas legislativas o no legislativas para garantizar que cualquier persona física o jurídica que desarrolle, fabrique, procese, trate, venda o importe productos de forma profesional (el productor del producto) vea ampliada su responsabilidad de productor.

Dichas medidas podrán incluir, entre otras cosas, la aceptación de los productos devueltos y de los residuos que queden después de haber usado dichos productos, así como la subsiguiente gestión de los residuos y la responsabilidad financiera de estas actividades. Estas medidas podrán incluir la obligación de ofrecer información accesible al público sobre en qué medida el producto es reutilizable y reciclable.

2. Los Estados miembros podrán adoptar las medidas adecuadas para incentivar el diseño de productos de manera que reduzcan su impacto medioambiental y la generación de residuos durante la producción y subsiguiente utilización de los productos, y para asegurar que la valorización y eliminación de los productos que se han convertido en residuos se desarrolle de conformidad con los artículos 4 y 13.

Dichas medidas podrán incentivar, entre otras cosas, el desarrollo, la producción y comercialización de productos aptos para usos múltiples, duraderos técnicamente y que, tras haberse convertido en residuos, se adaptan a una valorización adecuada y sin riesgos y una eliminación compatible con el medio ambiente”.

del residuo, le puede obligar a que en el diseño de sus productos se tenga en cuenta el uso eficaz de los recursos durante todo su ciclo de vida.

Ahora bien, ¿puede afirmarse que la regulación de la denominada responsabilidad ampliada del productor es absolutamente novedosa? La respuesta ha de ser negativa. No puede afirmarse que la regulación de la responsabilidad ampliada del productor del producto se introduzca *ex novo*, pues, se trata de una regulación que tiene su principal precedente en la regulación de los envases y residuos de envases³⁶, que fue pionero³⁷ (esto conviene subrayarlo) y ha servido de modelo para la gestión de otros flujos de residuos, como por ejemplo, entre otros, los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos³⁸, los vehículos al final de su vida útil³⁹, etc.

Ahora bien, sí cabe destacar, como reconoce el Preámbulo de la Ley española de residuos (Ley 22/2011) que “*se establece por primera vez un marco legal sistematizado y coherente, en virtud del cual los productores de productos que con su uso se convierten en residuos quedan involucrados en la prevención y en la organiza-*

³⁶ Baste ahora recordar que, a nivel comunitario, se reguló inicialmente por la Directiva 94/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 1994, relativa a los envases y residuos de envases (DOCE L 365, de 31 de diciembre de 1994). Y, en España, a nivel estatal, su transposición se produjo por la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases (BOE núm. 99, de 25 de abril).

³⁷ No se olvide que tanto en Europa como en España la regulación de los envases y residuos de envases ha sido anterior a la de otros flujos de residuos.

³⁸ Regulados, inicialmente, por la Directiva 2002/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 2003, *sobre restricciones a la utilización de determinadas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos* (DO L 37 de 13.2.2003) junto con la Directiva 2002/96/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 2003, *sobre residuos de aparatos eléctricos o electrónicos* (RAEE) (DOUE L 37, de 13.02.2003). Las Directivas 2002/95/CE y 2002/96/CE, en aras de una mayor claridad, han sido objeto de refundición, respectivamente, de un lado, por medio de la Directiva 2011/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, *sobre restricciones a la utilización de determinadas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos* (DOUE L 174, de 1.07.2011) y, de otro, por medio de la Directiva 2012/19/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, *sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos* (RAEE) (DOUE L 197, de 24.07.2012).

³⁹ Regidos por la Directiva 2000/53/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000 relativa a los vehículos al final de su vida útil (DO L 269 de 21.10.2000), de productos que con su uso se conviertan en residuos, de manera que se facilite su reutilización, reciclado y valorización. Más tarde ha tenido lugar la Directiva 2013/28/UE de la Comisión de 17 de mayo de 2013 que modifica el anexo II de la Directiva 2000/53/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los vehículos al final de su vida útil (DOUE L 135, de 22.05.2013) que incorpora como novedad una prórroga para la aplicación de la exención para el uso de plomo en soldaduras en aplicaciones eléctricas sobre vidrio (excepto en el caso de soldaduras en cristales de vidrio laminado), ya que la evaluación del progreso técnico y científico ha demostrado que el uso de plomo resulta inevitable, pues aún no se dispone de sustitutos, de manera que la finalización de esta exención que estaba prevista para el 1 de enero de 2013 se prorroga hasta el 1 de enero de 2016.

ción de la gestión de los mismos, promoviéndose la reutilización, el reciclado y la valorización de residuos, de acuerdo con los principios inspiradores de esta nueva legislación”.

Llegados a este punto debemos resolver dos interrogantes:

- a) ¿Qué se entiende por productor del producto?
- b) ¿Hasta dónde puede verse ampliada su responsabilidad o en qué consiste o puede consistir la responsabilidad ampliada del productor del producto?

Respondiendo al primero de los interrogantes, por productor del producto se va a entender⁴⁰: la persona física o jurídica que desarrolle, fabrique, procese, trate, venda o importe productos de forma profesional. Por consiguiente, y esto ha de tenerse claro, no se trata de un productor de residuos, y no ha de confundirse con dicho concepto⁴¹.

En respuesta al segundo de los interrogantes, la responsabilidad del productor del producto se verá ampliada en una serie de medidas que el ordenamiento jurídico imponga para que los productores del producto (que con su uso se convierten en residuos) queden involucrados en dos aspectos:

- a) la prevención, y
- b) la organización de la gestión de los residuos.

Recuérdese que por prevención debe entenderse⁴²:

[El] conjunto de medidas adoptadas en la fase de concepción y diseño, de producción, de distribución y de consumo de una sustancia, material o producto, para reducir:

1º. La cantidad de residuo, incluso mediante la reutilización de los productos o el alargamiento de la vida útil de los productos.

2º. Los impactos adversos sobre el medio ambiente y la salud humana de los residuos generados, incluyendo el ahorro en el uso de materiales o energía.

3º. El contenido de sustancias nocivas en materiales y productos.

En este sentido, nótese que la reutilización es una operación realizada a productos que no sean residuos. Esta cualidad (como hemos visto anterior-

⁴⁰ Conforme al artículo 8.1 DMR.

⁴¹ Productor de residuos es: “cualquier persona física o jurídica cuya actividad produzca residuos (productor inicial de residuos) o cualquier persona que efectúe operaciones de tratamiento previo, de mezcla o de otro tipo, que ocasionen un cambio de naturaleza o de composición de esos residuos”. Definido por el artículo 3 apartado 5) DMR.

⁴² Conforme a lo dispuesto por el artículo 3 apartado 12 de la DMR.

mente en este estudio) le hace diferente a la “preparación para la reutilización”⁴³ que, por el contrario, tiene lugar sobre productos o componentes de productos que ya son residuos y que, por tanto, la convierten en una operación de valorización, no de prevención.

Por consiguiente, y en definitiva, la responsabilidad ampliada de los productores de los productos implica que éstos van a quedar involucrados en la prevención y, además, quedan involucrados en la organización de la gestión de los residuos.

Sin embargo, la DMR, respecto a la gestión de los residuos, no diseña un modelo preciso y concreto de gestión que deban establecer los Estados miembros para el cumplimiento de su obligación de ampliar la responsabilidad del productor del producto, sino que vislumbra un posible sistema de aceptación obligatoria tanto de los productos devueltos (tras su uso, usados), así como de los residuos que queden (tras el uso del producto) con la consiguiente obligación para el productor del producto de asumir la gestión de dichos residuos y su financiación⁴⁴, previéndose, además, que los distribuidores puedan compartir dicha responsabilidad con el productor del producto, siempre que así lo decidan los Estados miembros en su libertad de decisión acerca del modo de ampliar la responsabilidad del productor del producto en la organización de la gestión de los residuos⁴⁵.

No obstante, pese a que el posible modelo que deja entrever la DMR es un modelo conocido desde hace tiempo, *id est*, el modelo de devolución obligatoria, no es menos cierto que el artículo 8.1 abre el abanico de posibilidades para los Estados miembros, contemplando que éstos podrán adoptar medidas legislativas o no legislativas para garantizar que el productor del producto vea ampliada su responsabilidad de productor, señalando (en su párrafo segundo) que “dichas medidas podrán incluir, entre otras cosas (...)”; esto es, caben perfectamente otros modelos o sistemas de gestión.

⁴³ Aparece definida en el artículo 3 apartado 16 de la DMR y se entiende por ella: “la operación de valorización consistente en la comprobación, limpieza o reparación, mediante la cual productos o componentes de productos que se hayan convertido en residuos se preparan para que puedan reutilizarse sin ninguna otra transformación previa”.

⁴⁴ Previsto en el artículo 8.1 párrafo segundo de la DMR, concretamente cuando señala: “Dichas medidas podrán incluir, entre otras cosas, la aceptación de los productos devueltos y de los residuos que queden después de haber usado dichos productos, así como la subsiguiente gestión de los residuos y la responsabilidad financiera de estas actividades. Estas medidas podrán incluir la obligación de ofrecer información accesible al público sobre en qué medida el producto es reutilizable y reciclable”.

⁴⁵ Vid. Artículo 15.3 DMR que contempla: “Los Estados miembros podrán decidir con arreglo al artículo 8 que la responsabilidad de la organización de la gestión de los residuos competará parcial o totalmente al productor del producto del que proceden los residuos y que los distribuidores de dicho producto podrán compartir esta responsabilidad”.

Eso sí, se adopte el modelo que se adopte por parte de los Estados miembros, ya sea el sistema de devolución obligatoria de productos usados y de los residuos que queden después de haber usado dichos productos, o ya sea cualquier otro, las exigencias que se imponen a los Estados miembros son⁴⁶:

- a) Deben tener en cuenta la viabilidad técnica y económica.
- b) Deben tener en cuenta el conjunto de impactos medioambientales, sobre la salud humana y sociales.
- c) Deberán respetar la necesidad de garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior.

Con estos mimbres, la Ley española de residuos ha adoptado los siguientes sistemas gestión (que describiremos brevemente):

- a) El sistema de depósito, devolución y retorno.
- b) El sistema individual,
- c) El sistema colectivo.

Respecto al sistema de depósito, devolución y retorno⁴⁷, se prevé que los productores de productos que con su uso se convierten en residuos puedan establecer un sistema por el cual cobren una cantidad de dinero en concepto de depósito por cada producto que pongan en el mercado y dicha cantidad de dinero será reembolsada al poseedor del residuo del producto (o el producto usado) cuando éste sea devuelto al productor de dicho producto (que ya es residuo). La implantación de sistemas de depósito, devolución y retorno de residuos se establecerá con carácter voluntario⁴⁸.

En lo que concierne al sistema individual⁴⁹ y al sistema colectivo, con carácter general, éstos serán los sistemas obligatorios para que los productores

⁴⁶ A tenor de lo establecido en el artículo 8.3 de la DMR.

⁴⁷ Véase el artículo 31.2 letra d) de la Ley 22/2011 en su versión modificada por la Ley 11/2012, de 19 de diciembre, de medidas urgentes en materia de medio ambiente.

⁴⁸ Conforme a la redacción dada al apartado tercero del artículo 31 de la Ley 22/2011 por la Ley 11/2012, de 19 de diciembre, de medidas urgentes en materia de medio ambiente, que, literalmente, establece: "La implantación de sistemas de depósito, devolución y retorno de residuos se establecerá con carácter voluntario, con el límite de los supuestos contemplados en el artículo 31.2.d)".

⁴⁹ La regulación sectorial será la que detalle el sistema individual, esto es, será la que indique cómo los productores de esos concretos productos pueden organizar sistemas propios de gestión de los residuos que generen sus productos.

En este sentido, por ejemplo, con relación a los envases usados y residuos de envases la normativa sectorial establece que se establecerán "sistemas propios de depósito, devolución y retorno de envases reutilizables previa autorización de las Comunidades Autónomas donde se implanten estos sistemas". Por tanto, un lechero que envase su leche fresca en envases reutilizables (botellas de vidrio) podría acogerse a este sistema individual (configurado como un sistema de depósito, devolución y retorno propio) cobrando una cantidad de dinero (en concepto de depósito) por cada envase al consumidor (o distribuidor) que devolverá una vez se le devuelva el envase vacío y, todo ello, previa autorización autonómica.

de productos cumplan con su responsabilidad relativa a la organización de la gestión de los residuos, debiendo, eso sí, optar por uno de ellos⁵⁰.

Si optan por el sistema individual, es decir la gestión de residuos por ellos mismos, se exige que los productores que éste deberán presentar una comunicación previa al inicio de las actividades, indicando su funcionamiento y las medidas que aplicarán para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la responsabilidad ampliada. Esta comunicación se presentará ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma donde radique su sede social y se inscribirá en el Registro de producción y gestión de residuos.

Si optan por el sistema colectivo, los productores que opten por este sistema deberán constituir una asociación u otra entidad con personalidad jurídica propia sin ánimo de lucro, y se deberá solicitar una autorización previa al inicio de su actividad ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma donde el sistema tenga previsto establecer su sede social. Esta Comunidad Autónoma concederá, si procede, la autorización en la que se fijarán las condiciones de ejercicio y la autorización será válida para todo el territorio nacional y se inscribirá en el Registro de producción y gestión de residuos. Asimismo, se prevé que el sistema colectivo de responsabilidad ampliada del productor del producto pueda dar cumplimiento a sus obligaciones por sí mismo o pueda constituir o contratar una entidad administradora que deberá tener personalidad jurídica propia y diferenciada de la del sistema colectivo y que actuará bajo la dirección de este⁵¹.

Como decíamos, el sistema individual y el sistema colectivo serán los sistemas obligatorios para que los productores de productos cumplan con su

Otro ejemplo, en el caso de los neumáticos fuera de uso, el productor de neumáticos está obligado individualmente a recibir los neumáticos fuera de uso, hasta la cantidad puesta por él en el mercado nacional de reposición, bien porque le sean entregados por los generadores o por los poseedores de éstos, bien porque sean recogidos por él mismo, pudiendo cumplir dichas obligaciones realizando directamente la gestión de los neumáticos fuera de uso derivados de los neumáticos que haya puesto en el mercado nacional de reposición, o entregándolos a gestores autorizados de neumáticos fuera de uso. En estos casos, los productores de neumáticos deberán notificarlo al órgano competente en materia medioambiental de la correspondiente comunidad autónoma, quedando registradas dichas actividades en la forma que a tal efecto establezca la misma. No obstante, las comunidades autónomas podrán someter a autorización dichas actividades. (Cfr. Artículo 4 y 6 del *Real Decreto 1619/2005, de 30 de diciembre, sobre la gestión de neumáticos fuera de uso*).

⁵⁰ Véase el artículo 32.1 Ley 22/2011 que dispone: “Se dará cumplimiento a las obligaciones que se establezcan en el marco de la responsabilidad ampliada del productor del producto de forma individual o de forma colectiva”.

Asimismo, el artículo 32.1 Ley 22/2011 permite que “Donde se hayan implantado sistemas públicos de gestión, los productores podrán dar cumplimiento a estas obligaciones contribuyendo económicamente a dichos sistemas, de forma proporcional a las cantidades de producto que pongan en el mercado y atendiendo a los costes efectivos de su gestión”.

⁵¹ Véase artículo 32. 4 Ley 22/2011.

responsabilidad relativa a la organización de la gestión de los residuos, debiendo optar por uno de ellos. Pues bien, en ambos casos, ya se trate de un sistema individual o colectivo, estarán obligados a cumplir, entre otras, las siguientes obligaciones:

- a) Organizar la recogida en todo el territorio estatal de todos los residuos generados por los productos que han puesto en el mercado. Para ello podrán acogerse a una entidad o empresa pública de recogida y podrán celebrar acuerdos con otros sistemas de responsabilidad ampliada para coordinar la organización de la gestión.
- b) Suscribir las fianzas, seguros o garantías financieras, que se establezcan en cada caso en los reales decretos que regulen la responsabilidad ampliada del productor en cada flujo de residuos.
- c) Celebrar acuerdos con las administraciones cuando éstas intervengan en la organización de la gestión de los residuos.
- d) Celebrar acuerdos o contratos con los gestores de residuos, o en su caso con otros agentes económicos.
- e) En el caso en que se repercuta una cantidad en el precio de los productos destinada a cubrir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la responsabilidad ampliada del productor, dicha cantidad no podrá superar el coste de estas obligaciones.
- f) Las aportaciones de los productores al sistema colectivo, cuando se establezcan, deberán cubrir en todo caso las obligaciones derivadas de la responsabilidad ampliada del productor.

En definitiva, la responsabilidad ampliada del productor del producto consiste en un conjunto de potenciales (pero, previsibles) obligaciones del productor del producto relativas, de un lado, al diseño de sus productos que, sin duda, se reflejarán en los Planes nacionales de prevención de residuos (que deben orientarse hacia el uso eficaz de los recursos durante todo su ciclo de vida) y, de otro, relativas a la gestión del residuo que genere el producto. Dichas obligaciones serán concretadas, definidas por el ordenamiento jurídico de cada Estado miembro para cada tipología de producto y su consecuente residuo.

9. CONCLUSIONES

Como hemos podido constatar en las páginas anteriores, el camino hacia una sociedad europea del reciclado transita por la inexorable senda marcada por la normativa europea relativa a los residuos. En dicha normativa, a

nuestro juicio, se establecen las siguientes claves, que son las claves para avanzar hacia una Europa del reciclado de residuos (de ahí el título de este artículo):

- 1.- Jerarquía de actuación en la gestión de los residuos, esto es, priorizando las medidas de prevención para reducir al máximo la generación de residuos. Pero, siendo así, y dado que siempre generaremos residuos, se deberá gestionar los residuos de manera que se priorice el mayor aprovechamiento o valorización de los mismos. Es decir, se fomente dispositivos de tratamiento como el reciclado (y otras formas de valorización, como la recuperación de energía) de modo que, en último lugar, se establezcan dispositivos de eliminación de residuos. Con ello, se pretende la reducción del consumo de recursos naturales fomentado el reciclado de materiales.
- 2.- La máxima involucración del sector productivo a través de la implantación de la responsabilidad ampliada del productor del producto mediante la instauración de obligaciones relativas tanto al “ecodiseño” de sus productos como a la gestión de los residuos que sus productos generen. De este modo, se conseguirá prevenir y reducir la cantidad de residuos generada así como optimizar la gestión de los mismos mediante productos que admitan, en la mayor parte posible de sus componentes, el reciclado de sus materiales.
- 3.- El establecimiento de objetivos cifrados y fechados de preparación para la reutilización y reciclado de residuos, así como en la obligación de las autoridades públicas de contar con Programas de prevención de residuos.

Ahora bien, siendo cierto que con ello se avanza y se da un paso grande hacia la ansiada Europa del reciclado, hemos de poner de relieve que aún persiste un importante obstáculo: la sociedad.

Es necesario que el ciudadano asuma su responsabilidad en cuanto a la entrega separada de residuos y lo haga conforme a las exigencias de cada sistema de gestión establecido para cada tipología de residuos.

Estamos, pues, ante una buena normativa, quizá mejorable, sin duda. No obstante, una buena normativa no será jamás exitosa si parte de la sociedad sigue incumpliendo gratuitamente sus obligaciones. En este aspecto queda aún mucho que mejorar, en cuanto a la educación y sensibilización ambiental de la sociedad y en la dotación de medios materiales y humanos eficaces a las Administraciones públicas para poder hacer frente a tales incumplimientos.

Piénsese, por ejemplo, que aunque sean pocas las personas que cada día viertan por el fregadero aceite usado de sus cocinas seguirán contaminando miles de litros de agua.

Asimismo, seguiremos asistiendo atónitos, con sensación de incredulidad, ante sucesos como los acontecidos durante el mes de mayo de 2016 en España, donde se produjo un incendio en el “cementerio” de neumáticos de Seseña (Toledo) y la contaminación del Río Guadarrama a su paso por la localidad de Batres (Madrid) que se había convertido en un vertedero de lavadoras, neveras y otro tipo de basuras de asentamientos ilegales⁵². Francamente, tales sucesos son desoladores.

Para finalizar, queremos ofrecer un dato que revela la Agencia Europea del Medio Ambiente y es que la Unión Europea (UE, en adelante)

[...] generó 5,2 toneladas de residuos per cápita en 2008. (...) . En 2010, buena parte de los residuos sólidos urbanos (el 37 %, que representa un 10 % de todos los residuos generados en la UE) seguían depositándose en vertederos. Actualmente se tiende al reciclado o compostaje (38 %) o a la incineración con recuperación de energía (21 %) de diferentes flujos de residuos.⁵³

Por consiguiente, si el reciclado en la Unión Europea puede cifrarse en la actualidad en torno al 40%, queda entonces bastante camino por recorrer hasta alcanzar la Europa del reciclado de residuos. Aunque, eso sí, se está más cerca de alcanzar algunos de los objetivos marcados para 2020.

Eso sí, la normativa europea nos ofrece las claves para avanzar hacia ese objetivo, pero no es suficiente, se requiere del compromiso y responsabilidad de la sociedad.

⁵² Véase la noticia que recoge el Diario El País, el 1 de Mayo de 2016, bajo el título: “Un gran tapón de basura cubre el río Guadarrama a su paso por Batres”. En http://ccaa.elpais.com/ccaa/2016/04/29/madrid/1461963720_918803.html
Consultado el 4/06/2016.

⁵³ Esta información se ha obtenido en la siguiente página web: <http://www.eea.europa.eu/es/themes/waste/intro> (Consultada el 6/12/2016).

REFERENCIAS

ALENZA GARCÍA, J.F., **El sistema de la gestión de residuos sólidos urbanos en el Derecho español**. Ministerio de Administraciones Públicas, Colección: Estudios. Instituto Nacional de Administración Pública. Boletín Oficial del Estado. Madrid. 1997.

_____. "Características, novedades y carencias en el Proyecto de (nueva) Ley de residuos y suelos contaminados" en **Actualidad Jurídica Ambiental**, 11 de julio de 2011. Disponible en: <http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2011/07/2011_07_Alenza_residuos.pdf>.

_____. "El nuevo régimen legal de los residuos", del libro: **La nueva Ley de residuos y suelos contaminados**. BLASCO HEDO, Eva (Coord.) et al. Madrid: Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas (Cieda-Ciemat), 2013. (1 CD)

ALONSO GARCÍA, M.C., "La política medioambiental comunitaria y el significado de la aprobación del Tratado de la Unión Europea para la misma". En **Revista de Administración Pública** nº 140. Mayo-Agosto 1996.

ALONSO GARCÍA, E., **El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea**. Cuadernos De Estudios Europeos. Vols. I Y II. Ed. Civitas, Madrid. 1993.

_____; LOZANO CUTANDA, B. **Diccionario de Medio Ambiente**, Iustel, Madrid, 2006.

ARAGÓN CORREA, J.A., LLORENS MONTES F.J. y MARTÍN TAPIA, I. "Herramientas para la gestión medioambiental de las organizaciones: el análisis del ciclo de vida de los productos de la empresa", en **Gestión Ambiental**, Año 1 - Número 3 - Marzo 1999, Ed. La Ley-Actualidad.

BERTOLINI, G. **La double vie de l'emballage**, Economica, París, 1995.

BLOUET, A y RIVORE, E **L'ecobilan. Les produits et leurs impacts sur l'environnement**, Dunod, París, 1995.

BRAVO, María José, "La responsabilidad del consumidor", en la **Revista ECOSISTEMAS**, Nº 19, 1997.

BUTLIN, M. JONH. **La durée de vie des produits et son allongement. Contribution a la gestion des déchets solides**. Informe OCDE, 1982.

CAMPINS ERITJA, M., **La gestión de los residuos peligrosos en la Comunidad Europea**. Ed. M. Bosch Editor, S.A. Barcelona. 1992.

GONZÁLEZ VAQUÉ, L., "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declara ilegal el sistema de consigna de los envases de un solo uso: las sentencias "Comisión/Alemania" y "Radlberger Getränke y S. Spitz" de 14

de diciembre de 2004". **Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia** nº 237, Mayo/Junio 2005.

KRÄMER, L. **El derecho comunitario relativo a la Gestión de los Residuos, en Derecho medioambiental de la Unión Europea**. VV.AA. Ed. Mcgraw-Hill. Madrid. 1996.

_____. **Derecho Ambiental y Tratado de la Comunidad Europea**. Monografías Jurídicas MARCIAL PONS. (Traducción de la Tercera edición de la obra E.C. Treaty and environmental Law (1998) realizada por Luciano Parejo Alfonso y Ángel Manuel Moreno Molina). Madrid. 1999.

LÓPEZ ESCUDERO, M., **Los obstáculos técnicos al comercio en la Comunidad Económica Europea**. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada. Granada. 1992.

LÓPEZ RAMÓN, F., "Problemas del régimen de los residuos", **REDA** nº 108, 2000.

LOZANO CUTANDA, B., **Derecho Ambiental Administrativo**. 6ª edición. Ed. DYKINSON. MADRID. 2005.

MARIMON SUNYOL, R., **Los Residuos Sólidos Urbanos**. Análisis de un servicio municipal, Ed. Moneda y Crédito, Barcelona, 1980.

MARTÍN MATEO, R., **Tratado de Derecho Ambiental**. Vols. I y II. Ed. Trivium. Madrid. 1992.

_____; ROSA MORENO, J., **Nuevo Ordenamiento de la basura**. Ed. Trivium, S.A. Madrid, 1998.

ORTEGA ÁLVAREZ, L., (Coor.) **Lecciones de Derecho del Medio Ambiente**. (4ª Edición) Ed. Lex Nova. Valladolid. 2005.

ORTÚZAR ANDÉCHAGA, L., "El Medio Ambiente en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea: Aspectos Jurídicos", en **Noticias/C.E.E.** nº 53. Junio 1989.

PEÑALVER CABRÉ, A., **La Regulación Municipal de los Residuos**. Ed. Cedecs. Barcelona 1997.

PLAZA MARTÍN, C., **Derecho Ambiental de la Unión Europea**. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2005.

_____. "Medio ambiente en la Unión Europea" en "**Tratado de Derecho Ambiental**" (Dir. Ortega Álvarez, L., Y Alonso García, M.C.) Ed. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. 2013.

POVEDA GÓMEZ, P., **Envases y residuos de envases. Nueva legislación. Comentarios a la Ley 11/1997, de 24 de abril**. Ed. Ex-Libris. Madrid, 1997.

SANTAMARÍA ARINAS, R. J. "Capítulo Tercero Residuos" de la obra colectiva **Derecho Ambiental. Parte Especial II. Segunda Edición.** (Lasagabaster Herrarte, I. Dir.). Ed. Lete argitaletxea. Bilbao. 2010.

SERRANO LOZANO, R., **El régimen jurídico de los residuos de envases.** Dykinson. Madrid. 2007.

_____. "La llamada "responsabilidad ampliada del productor", en el nuevo marco jurídico de los residuos encaminado hacia el logro de una "sociedad (europea) del reciclado"", en: **La nueva Ley de residuos y suelos contaminados.** BLASCO HEDO, Eva (Coord.) et al. Madrid: Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas (Cieda-Ciemat), 2013. (1 Cd).

_____. "La nueva regulación marco de los residuos" en "**Tratado de Derecho Ambiental**" (Dir. Ortega Álvarez, L., Y Alonso García, M.C.) Ed. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. 2013.

* **Recebido em 30 nov. 2016.**