



# 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

2018

# NOMOS

**Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**  
Volume 38.2 — jul./dez. 2018

## **Editora Chefe**

Denise Lucena Cavalcante

## **Editora Sub-chefe**

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

## **Editor Assistente**

Eric de Moraes e Dantas

## **Equipe editorial**

Arthur Gustavo Saboya de Queiroz

Isabelly Cysne Augusto Maia

Lara Dourado Mapurunga Pereira

Thiago do Vale Cavalcante

## **Conselho Editorial**

Ana Maria D'Ávila Lopes

António 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

Jeffrey 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

### ADRIANO TACCA

Possui o título de Pós-doutorado em Direito com o tema que investigou a Inteligência Artificial e suas múltiplas interfaces com o Direito (UNISINOS - 2018). Doutorado Sanduíche em Direito Público pela (UNISINOS - 2016 - Capes 6) e Università degli Studi "G. d'Annunzio (Itália) com a Tese: Direito, Democracia e Saúde: Uma análise do potencial comunicativo do controle social e a contribuição para efetivar o direito fundamental à saúde; Mestre em Direitos Fundamentais (2008); Dissertação: A Administração Pública e a Gestão da Saúde: Perspectivas para um controle jurisdicional da Eficiência Administrativa; Bacharel em Direito e Especialista em Direito Processual; Formação para Docência no Ensino Superior. Coordenador da especialização em Direito Empresarial; professor titular do curso de Direito do Centro Universitário da Serra Gaúcha desde 2005; Advogado (2004).

### ALICE ROCHA

Doutora em Direito Internacional Econômico pela Université d'Aix-Marseille III. Possui graduação em DIREITO pelo Centro Universitário de Brasília (2005), graduação em Ciência Política pela Universidade de Brasília (2004), graduação em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (2004) e mestrado em Direito Das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília (2006). Atualmente é professora no Centro Universitário de Brasília - UniCEUB e na Faculdade Processus. Tem experiência na área de Direito, Relações Internacionais e Ciência Política, com ênfase em Direito Internacional Econômico e Direitos Humanos.

### ALEJANDRO KNAESEL ARRABAL

Doutor em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale dos Sinos - UNISINOS (2017). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (2003). Especialista em Direito Administrativo e graduado em Direito pela Universidade Regional de Blumenau - FURB (1996). Integrante dos Grupos de Pesquisa "Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização - CONSTINTER" (FURB) e "Estado, Sociedade e Relações Jurídicas Contemporâneas" (FURB). Integra o Núcleo de Inovação Tecnológica da FURB. Professor da Universidade Regional de Blumenau (FURB) e da Fundação Educacional de Brusque (UNIFEBE). Atua nas áreas de Direito Público e Privado, com ênfase em Inovação, Propriedade Intelectual, Tecnologias da Informação e Legislação em Informática.

### ANA FLÁVIA BARROS

Professora da Universidade de Brasília no Instituto de Relações Internacionais. Coordenadora da Pós-graduação desde 2016. Fez pós-doutorado no CERIC (Centre

d'Etudes et de Recherches Internationales et Communautaires ) da Universidade Aix Marseille (França) no âmbito do Edital Mar II da CAPES, Projeto "A estratégia brasileira para a gestão sustentável dos recursos vivos e não vivos marinhos", com bolsa da CAPES (Programas Estratégicos - DRI). [orcid.org/0000-0002-8804-0378](https://orcid.org/0000-0002-8804-0378)  
Doutora em Relações internacionais/Direito internacional - Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne), 2000. Foi Chefe da Assessoria de Assuntos Internacionais da UnB de 2008 a 2014. Áreas de atuação: governança global dos oceanos, Antártica, BRICS, Agenda 2030 e política externa brasileira . Outros projetos internacionais: Projeto CAPES COFECUB sobre recursos marinhos minerais.

#### ANGÉLICA FERREIRA ROSA

Doutorado em andamento na Universidade Federal do Paraná 2016 na área de concentração Relações Sociais, linha de pesquisa Novos Paradigmas do Direito e orientação do Doutor Elimar Szaniawski. Mestrado concluído na qualidade de bolsista na área dos Direitos de Personalidade, na linha de pesquisa Instrumentos de Efetivação dos Direitos da Personalidade pelo Centro Universitário de Maringá-Unicesumar. Graduada pela Universidade Estadual de Maringá. Participa e organiza constantemente de eventos, congressos, palestras e simpósios e desenvolve projetos nas áreas Direito da Família, Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Processual Civil, com ênfase nos Direitos de Personalidade. Professora da Faculdade Campo Real na cidade de Guarapuava-Paraná. É advogada inscrita nos quadros da OAB 71475 Pr. Advogada dativa da Comissão de ética da subseção de Maringá-Pr. Jurada do Tribunal do Júri de Maringá-Pr. Parecerista da Revista Actio- Faculdades Maringá e da Revista Jurídica da UFRGS. Membro do Núcleo De Estudos Em Direito Civil Constitucional "Projeto De Pesquisa Virada De Copérnico".

#### BETINA TREIGER GRUPENMACHER

Visiting Scholar pela Universidade de Miami. Pós-Doutora pela Universidade de Lisboa. Doutora em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduada pela Universidade de Salamanca, na Espanha, e pela Universidade Austral, na Argentina. Professora Associada dos cursos de graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito Tributário da Universidade Federal do Paraná. Autora das obras "Eficácia e aplicabilidade das limitações constitucionais ao poder de tributar" e "Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna". Coordenadora das obras "Cooperativas e Tributação" e "Direito Tributário e o Novo Código Civil" e "Tributação: Democracia e Liberdade". Co-autora da obra: Novos Horizontes da Tributação. Um diálogo Luso-Brasileiro. Advogada.

#### DENISE ALMEIDA DE ANDRADE

Pós doutorado em andamento na Universidade Presbiteriana Mackenzie 2016/2017, bolsista CAPES-PNPD. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2016), bolsista CAPES - PROSUP/PRODAD. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2007). Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2003). Professora da Fundação Getúlio Vargas - GVLaw São Paulo. Desenvolve atividades

acadêmicas concentradas na seara do Direito Constitucional, com ênfase em direitos fundamentais, direitos humanos, gênero, planejamento familiar e gestão de conflitos.

#### ELIMAR SZANIAWSKI

Doutor em Direito, pela Universidade Federal do Paraná (1997); Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1989); Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1974); Conselheiro consultivo editorial - Revista Jurídica Mater Dei. Ex-membro do Conselho da Editora Universidade Federal do Paraná. Associado do Instituto dos Advogados do Paraná- IAP e do Instituto Brasileiro de Direito Civil- IBDCIVIL. Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito- Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná e professor pesquisador no Programa de Pós-graduação em Direito, da UFPR. Ex-Chefe do Departamento de Direito Civil e Processual Civil, da Faculdade de Direito- Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Membro do Núcleo de Estudos em Direito Civil Constitucional, (Projeto Virada de Copérnico); Membro do Núcleo de Pesquisas em Direitos Humanos, da Universidade Federal do Paraná e Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito-CONPEDI. Advogado - ADVOCACIA ELIMAR SZANIAWSKI. Tem experiência na área de Advocacia, com ênfase em Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: direito imobiliário, responsabilidade civil, direito de família, dano moral, direitos de personalidade e biodireito.

#### EULÁLIA PINHO CAMURÇA

Doutoranda em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC). Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (2012), possui graduação em Comunicação Social pela Universidade Federal do Ceará (2000) e graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (2008). Atualmente é professora das disciplinas de Legislação e Ética, Projeto Integrado de Webjornalismo, Filosofia do Direito, Direito da Infância e Juventude e Hermenêutica Jurídica do Centro Universitário 7 de Setembro, UNI7, e é editora de telejornalismo - TV VERDES MARES.

#### FRANCISCO GÉRSON MARQUES DE LIMA

Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2000). Possui Mestrado em Direito (Constitucional) pela Universidade Federal do Ceará (1996). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1990). Atualmente é Procurador Regional do Trabalho, lotado na Procuradoria Regional do Trabalho da 7ª Região (Ceará) e professor adjunto da Universidade Federal do Ceará (UFC). Tem experiência na área jurídica, com ênfase em Direito Constitucional e Trabalhista, atuando principalmente nos seguintes temas: Justiça do Trabalho, direitos trabalhistas, Constituição de 1988, direitos fundamentais, Processo do Trabalho, processo constitucional e estudos sobre o Supremo Tribunal Federal. Vem aprofundando estudos em Sociologia Constitucional, tema objeto da Tese de Doutorado, que consistiu em análise crítica das decisões do STF. No campo trabalhista, destaca-se a atuação no Direito Sindical.

## GUILHERME WÜNSCH

Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, sendo classificado em primeiro lugar no processo de seleção. Vencedor do Prêmio AJURIS Direitos Humanos - Edição 2007, promovido pela Associação dos Juizes do Estado do Rio Grande do Sul. Professor do Curso de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, em São Leopoldo, RS. Professor e Advogado do PRASJUR - Prática de Assistência Judiciária Gratuita, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Professor Convidado dos Curso Preparatório Piva Concursos. Membro dos grupos de pesquisa Biotecjus - Estudos Avançados em Direito, Tecnologia e Biopolítica, liderado pela Prof<sup>a</sup> Doutora Taysa Schiocchet (UFPR/PR), JUSNANO, liderado pelo Prof. Dr. Wilson Engelmann (UNISINOS/RS) e Direito do Trabalho e Novas Tecnologias, liderado pela Professora Dr<sup>a</sup>. Denise Pires Fincato (PUCRS). Coordenador da Comissão Especial de Direito do Trabalho da OAB/RS - Subseção São Leopoldo. Colunista do site Empório do Direito. Autor de livros e artigos. Advogado, inscrito na OAB/RS sob o número 76.863, em Porto Alegre/RS. Advogado no Escritório LOT Advogados.

## HENDRICK PINHEIRO

Doutorado em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela USP (em curso). Mestre em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela USP (2017). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET (2011). Foi laureado com o Prêmio Geraldo Ataliba de Direito Tributário (2015) e Prêmio Aires Barreto de Direito Tributário Municipal (2017), concedidos pelo Instituto Geraldo Ataliba (IGA-IDEPE) por ocasião do Congresso Brasileiro Brasileiro de Direito Tributário. Foi o segundo colocado no concurso de teses Prêmio Sacha Calmon de Direito Tributário, conferido no Congresso da Associação Brasileira de Direito Tributário - ABRADT (2018). Também teve artigos premiados no IX Seminário Nacional de Gestão Fiscal Municipal (2017), organizado pela AAFIT/SP - Associação dos Auditores-Fiscais Tributários do Município de São Paulo, e no II Fórum de Direito, Ética e Combate a Corrupção do Tribunal de Contas do Mato Grosso do Sul - TCE/MS (2017).

## HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

Pós-Doutor pela Pace University Law School, Nova York, onde é Coordenador Regional do Instituto Brasileiro Americano de Direito e Meio Ambiente (BAILE). Doutor em Direito na Universidade Federal de Pernambuco. Coordenador do Programa Pós-Graduação da UFBA. Membro da União Internacional para a Conservação da Natureza e dos Recursos Naturais (IUCN). Editor-Chefe da Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. Editor-chefe da Revista Brasileira de Direito Animal. Presidente da Asociación Latinoamericana de Derecho Animal (ALDA). Tem experiência nas áreas de Direito Animal, Direito Ambiental e Direito Constitucional, atuando principalmente em pesquisas sobre Direito Animal e pós-humanismo nos tribunais.

#### HUGO NETO FRANCA MIRANZI

Possui graduação em Direito pela Universidade de Uberaba (2016). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Eleitoral.

#### HUGO THAMIR RODRIGUES

Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2003); Mestrado em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1998); Graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1984). Atualmente é professor adjunto da Universidade de Santa Cruz do Sul (doutorado, mestrado e graduação), professor da Universidade de Passo Fundo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário, Financeiro, Constitucional e Municipal, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Tributário Municipal, Sistema Constitucional Tributário, Direito Municipal e Direito da Cidade, Federalismo e Harmonização de Políticas Tributárias Municipais, Direito Tributário e Políticas Públicas de Desenvolvimento e de Inclusão Social, Extrafiscalidade Tributária.

#### JOÃO LUIS NOGUEIRA MATIAS

Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo - USP (2009). Doutor em Direito público pela Universidade Federal de Pernambuco (2003). Mestre em Direito e desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará (1999). MBA em gestão de empresas FGV/MARPE (2005). Professor Associado, nível III, da Universidade Federal do Ceará e do Centro Universitário 7 de Setembro - UNI7. Ministra as disciplinas "Direito da empresa I" (direito societário), "Ordem jurídica e economia na perspectiva dos direitos fundamentais" e "Meio ambiente, sustentabilidade e direitos fundamentais", respectivamente, na graduação e no Programa de Pós-graduação (Curso de Mestrado e Doutorado). Ex-coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em direito comercial, direito econômico e ambiental, focando seus estudos e trabalhos principalmente nos seguintes temas: direito da empresa, direito da propriedade, efetivação dos direitos fundamentais, relações entre direito e economia, direito ambiental e biodiversidade. Parecerista *ad hoc* da CAPES.

#### JOICE GRACIELE NIELSSON

Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos/UNISINOS-FURB (2016), possui graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (2010) e Mestrado em Desenvolvimento pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (2012). Atualmente é professora do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado em Direitos Humanos - e do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, atuando principalmente nos seguintes temas: Gênero, Feminismo, Constituição, Diversidade, Teoria da Justiça, Direitos Humanos. É integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Biopolítica (CNPq).

#### JORGE GOMES DO CRAVO BARROS

Doutor em Ciências em Geologia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1976) e Pós-Doutor em Geologia pela University of St. Andrews- Escócia (1985). Geólogo, graduado pela Universidade Federal de Pernambuco (1964), Diplôme d'

Études Supérieures pela Université de Strasbourg - França (1968). Tem experiência acadêmica e profissional em Geociências, com ênfase em Hidrogeologia e Geologia Ambiental. Atualmente, é professor aposentado da Universidade de Brasília (UnB).

#### JULIANA CRISTINE DINIZ CAMPOS

Doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2007) e mestrado em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (2009). Atualmente é professora adjunta da Universidade Federal do Ceará, em regime de dedicação exclusiva. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: teoria da democracia, poder constituinte, teoria da constituição, hermenêutica constitucional e processo coletivo.

#### LEONEL SEVERO ROCHA

Doutorado pela Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris (1989) e Pós-doutorado em Sociologia do Direito pela Università degli Studi di Lecce. Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (1979), Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1982). Atualmente é Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Coordenador Executivo do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado, Capes 6), bem como é Professor do curso de Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai (URI), Professor Visitante da Furb. Membro pesquisador 1 do CNPq. Representante Titular da Área do Direito no CNPq. Preside a Comissão de Direito do PROEX. Consultor da Capes e da Fapergs. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria Geral do Direito, trabalhando principalmente os seguintes temas: Teoria dos Sistemas Sociais e Teoria do Direito.

#### LETÍCIA TORQUATO DE MENEZES

Mestrado em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Pós-graduação em Direito Civil e Processual Civil. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Advogada com experiência em Direito Civil e Administrativo.

#### LÍDIA MARIA RIBAS

Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Realizou Pós-doutorado: na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em Direito Público; na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e em Ciências Jurídicas e Sociais, na Universidade do Museo Social da Argentina UMSA/IEAT - Instituto Educacional Almirante Tamandaré. Advogada e Economista, com graduação em Formação de Professores e em Administração de Empresas pela Universidade Católica Dom Bosco. Possui especialização em Elaboração e Análise de Proj. de Desenv. Regional, pelo Centro de Treinamento Para o Desenvolvimento Econômico, IPEA-CENDEC; especialização em Metodologia do Ensino Superior, pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul; especialização em Análise de Sistemas, pela Ctis Informática e Sistemas Ltda; especialização em Direito Civil e Empresarial, pelas Faculdades Unidas Católicas de Mato Grosso. Tem experiência na área de Direito e Economia,

com ênfase em Direito do Estado e Gestão Pública, atuando principalmente nos seguintes temas: direito tributário, direito ambiental e constitucional, processo administrativo tributário, penal tributário, políticas públicas, monitoramento e avaliação. Pesquisadora e professora na graduação e na pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS e da Universidade Anhanguera - UNIDERP. Líder do Grupo de Pesquisas no CNPq - Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Sustentável. É membro do Centro de I&D sobre Direito e Sociedade - CEDIS (UNL) e associada ao CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Avaliadora do MEC (banco de avaliadores do INEP). Atua como parecerista ad hoc para avaliação de eventos, de revistas e de projetos científicos.

#### LIZIANE PAIXÃO SILVA OLIVEIRA

Possui Doutorado na Universidade Aix-Marseille III, na França (2012), Mestrado em Direito pela Universidade de Brasília (2006), Pós-graduação em Direito Ambiental pelo UniCEUB (2004). Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. Professora da Universidade Tiradentes. Professora da Universidade de Vila Velha. Bolsista de pós-graduação pela CAPES-FAPITEC (2017-2018). Pesquisadora do Instituto de Tecnologia e Pesquisa (ITP).

#### MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2014). Mestre em Direito pela UNISINOS (2010). Pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ (2008). Graduado em Direito pela UNIJUÍ (2006). Professor-pesquisador do Programa de Pós-graduação em Direito (Mestrado em Direitos Humanos) da UNIJUÍ. Professor dos Cursos de Graduação em Direito da UNIJUÍ e da UNISINOS. Coordenador da Rede de Pesquisa Direitos Humanos e Políticas Públicas (REDIHPP) e líder do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Biopolítica (CNPq).

#### MARINES RIBEIRO DE SOUZA

Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Graduação em Direito pela Universidade Católica do Salvador e graduação em Secretariado Executivo pela Universidade Católica do Salvador. Servidora do Ministério Público do Estado da Bahia atuando na Promotoria de Justiça Ambiental. Integrante do Grupo de Pesquisa: Núcleo Interdisciplinar de Ensino, Pesquisa e Extensão em Direitos dos Animais, Meio Ambiente e Pós-humanismo da Universidade Federal da Bahia. Diretora Financeira do Instituto Abolicionista Animal

#### MÁRIO ANDRÉ MACHADO CABRAL

Doutor em Direito Econômico e Financeiro (área de Direito Econômico e Economia Política) pela Universidade de São Paulo, com tese aprovada com distinção. Foi pesquisador visitante na University of Iowa College of Law, sob orientação do professor Herbert Hovenkamp. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (magna cum laude). Advogado, atuando na área de Direito Econômico, com ênfase em Direito Concorrencial. Sua agenda de pesquisa está voltada para os seguintes temas: História do Direito Econômico; Regulação Econômica e Concorrência; Direito e Subdesenvolvimento; Direito Econômico e

Inovação. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

#### MARLI MARLENE MORAES DA COSTA

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, com pós-doutoramento em Direito pela Universidade de Burgos - Espanha, com bolsa CAPES. Professora da Graduação e da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da UNISC. Coordenadora do Grupo de Estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas do PPGD da UNISC. Especialista em Direito Privado. Psicóloga com Especialização em Terapia Familiar. Membro do Conselho Consultivo da Rede de Pesquisa em Direitos Humanos e Políticas Públicas. Membro do Núcleo de Pesquisas Migrações Internacionais e Pesquisa na Região Sul do Brasil - MIPESUL. Integrante do Grupo de Trabalho em Apoio a Refugiados e Imigrantes (GTARI/UNISC). Membro do Conselho Editorial de inúmeras revistas qualificadas no Brasil e no exterior. Autora de livros e artigos em revistas especializadas. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3841-2206>

#### MÔNICA SAPUCAIA MACHADO

Doutora e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, (conceito CAPES 5), possui Pós-Graduação em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas (2008) e Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2005). Está vinculada ao Grupo de Estudos Mulher, Sociedade e Direitos Humanos da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Coordenadora do Curso de Pós-graduação Lato Sensu Direito Administrativo e Novas Tendências e Coordenadora Executiva dos programas de Pós-graduação da Faculdade de Direito do Instituto de Direito Público de São Paulo -IDPSP.

#### RAFAEL LAMERA GIESTA CABRAL

Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília - UnB (2016). Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal de São Carlos - UFSCar (2010) e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS (2007). Atualmente, é professor adjunto no curso de Direito e no Programa de Pós-Graduação em Administração Pública (PROFIAP - Mestrado Profissional) da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). É Editor-chefe da Revista Jurídica da Universidade Federal Rural do Semi-árido - REJUR. Desenvolve pesquisas no campo da História do Direito, com ênfase na história constitucional e direitos sociais entre as décadas de 1920 e 1940. Pesquisa também na área de Administração Pública com foco na gestão democrática nos Conselhos Municipais e Gestão de Risco Institucional.

#### REJANE FRANCISCA DOS SANTOS MOTA

Pós-doutora em Ciências da Educação pela Universidade de Frankfurt (2004). Doutora em Educação pela Universidade de São Paulo (2000), com estágio *sandwich* na Universidade de Frankfurt. Mestre em Educação pela Universidade Federal do Ceará (1995). Graduada em Serviço Social pela Universidade Estadual do Ceará (1992), especialista em Ciência Política pela Universidade Federal do Ceará (1994). Atualmente é professora adjunto da Universidade Estadual do Ceará. Leciona no

curso de Serviço Social, no Mestrado Profissional em Planejamento e Políticas Públicas e no Programa de Pós-Graduação em Educação da UECE. Tem experiência na área de Educação, com ênfase em Ensino Profissionalizante, atuando principalmente nos seguintes temas: educação profissional; política e planejamento da educação profissional e tecnológica; educação superior: ensino médio; ensino médio integrado à educação profissional; juventude e trabalho; política e formação docente; formação do trabalhador. Foi bolsista de Inovação Tecnológica da FUNCAP entre 2009 e 2011. Parecerista Ad Hoc da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. Pesquisadora CNPq. Tutora do Programa de Educação Tutorial (PET) do Curso de Serviço Social da UECE.

#### SIDNEY GUERRA

Pós-Doutor pelo Centro de Estudos Sociais (CES) da Universidade de Coimbra; Pós-Doutor pelo Programa Avançado de Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PACC/UFRJ) e Pós-Doutorando pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP). É Doutor, Mestre e Especialista em Direito. Professor Associado da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ) e Professor Titular da Universidade do Grande Rio. Professor Convidado de várias Instituições de Ensino Superior no Brasil e no exterior. Visiting Researcher pela Stetson University Law School. Realizou pesquisas com financiamento de várias agências de fomento, tais como: CNPq, CAPES, MJ/PNUD, FAPERJ, FUNADESP e Fundação Dom Casmurro. Detentor do título de pesquisa outorgado pela FAPERJ (Cientista do Estado do Rio de Janeiro). Além de Advogado, é também formado em Administração de Empresas, e tem pautado sua atuação profissional no campo do Direito Público. É ainda consultor jurídico e parecerista, tendo sido Diretor Jurídico e Procurador Municipal e Secretário Municipal de Administração de Duque de Caxias - RJ (janeiro de 2013 a dezembro de 2016). É ainda autor de vários livros, além de ter diversos artigos publicados em revistas especializadas, livros em coautoria, periódicos e anais. <http://orcid.org/0000-0002-5309-662X>

#### SIMONE ANDREA SCHWIN

Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC (CAPES 5), área de concentração Direitos Sociais e Políticas Públicas, linha de pesquisa Diversidade e Políticas Públicas. Bolsista PROSUC/CAPES. Doutoramento Sanduíche na Universidade de Kassel (Alemanha) sob orientação da Prof<sup>a</sup> Dra. Sonja Buckel, com Bolsa PDSE CAPES. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC, área de concentração Direitos Sociais e Políticas Públicas, linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo com Bolsa CNPQ Brasil- Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Integrante do grupo de estudos e pesquisas "Direito, Cidadania e Políticas Públicas", Projetos de Pesquisa "Gênero e Direitos Humanos: semelhanças e diferenças no marco legislativo de combate à violência de gênero: uma análise da produção de identidade a partir dos diplomas internacionais e das leis de proteção no Brasil, Portugal e Espanha" e "Políticas migratórias com recorte de gênero a partir do estatuto do estrangeiro e do estatuto dos refugiados no Brasil" coordenados pela Prof<sup>a</sup> Pós Dra. Marli da Costa,

vinculados ao Programa de Pós Graduação em Direito- Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC; . Membro da Cátedra Sérgio Vieira de Mello da UFRGS. Membro do Núcleo de Pesquisas Migrações Internacionais e Pesquisa na Região Sul do Brasil- MIPESUL e do Grupo de Trabalho em apoio a Refugiados e Imigrantes - GTARI, da UNISC. Especialista em Formação de Professores para a Educação Superior Jurídica. Bacharela em Direito. Presidente do Conselho Municipal dos Direitos da Mulher- COMDIM de Rio Pardo/RS (2012/2014- 2017/2019). Educadora Popular. Possui pesquisas nas áreas de Direito Internacional Público; Direitos Humanos; Gênero; Políticas Públicas; Migrações Internacionais. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6277-1025>.

#### TATIELE GISCH KUNTZ

Mestrado em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2017). Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário UNIVATES (2012), pós-graduação em Direito Público pela Universidade Anhanguera Uniderp (2014). É integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Tributário e Financeiro, coordenado pelo Prof. Dr. Hugo Thamir Rodrigues. Atualmente, é advogada e professora universitária, ministrando as disciplinas de Direito Tributário e Financeiro

#### THIAGO DE OLIVEIRA VARGAS

Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI/SC. Advogado militante na área do Direito Público, com ênfase no Direito Tributário. Procurador do Município de Joinville.

#### WILSON ENGELMANN

Pós-doutor en los Retos Actuales del Derecho Público, organizado pelo Centro de Estudios de Seguridad de la Universidad de Santiago de Compostela, Espanha, sob a supervisão do Prof. Dr. José Julio Fernández Rodríguez; graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1988), mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2000) e doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2005). Atualmente é professor visitante - Universidad Católica del Uruguay, pesquisador visitante - Universidad de Santiago de Compostela - Campus Santiago, colaborador de pesquisa da Universidade Federal do Rio Grande, colaborador de pesquisa da Fundação Oswaldo Cruz, integrante do conselho editorial - Juruá Editora, colaborador - Latin American Nanotechnology & Society Network, pesquisador associado - Portugalense Institute for Legal Research, pesquisador associado do Centro de I&D sobre Direito e Sociedade, comitê de assessoramento da fapergs da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul e professor adjunto da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria Geral do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: nanotecnologias, direitos humanos, novos direitos, diálogo entre as fontes do direito e direitos fundamentais.

#### WIQLIFI BRUNO DE FREITAS MELO

Bacharel em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-árido e Especialista em Direito.



## SOBRE OS AUTORES – DOSSIÊ ESPECIAL CÁTEDRA JEAN MONNET

### ÁLVARO GONÇALVES ANTUNES ANDREUCCI

Doutorado em História Social pela Universidade de São Paulo (com o título “Uma Cadeira de Espinhos: o Supremo Tribunal Federal e a política - 1933 - 1942”)., Mestrado em História Social pela Universidade de São Paulo (com o título: “O Risco das Idéias: intelectuais e polícia política - 1930 - 1945”) e Possui Graduação e Licenciatura plena em História pela Universidade de São Paulo Atualmente é professor na UNINOVE - Universidade Nove de Julho - do Programa de Mestrado em Direito e da Graduação em Direito. Professor Tutor do Programa de Educação Tutorial - PET-MEC - na UNINOVE (grupo interdisciplinar entre Direito e Administração). Atua na área de pesquisa em Direito, Sustentabilidade, Direitos Humanos, Metodologias do Ensino Jurídico, História do Direito, História do Poder Judiciário e Justiça de Transição. Publicou e organizou livros e artigos na área de Direito, História.

### ANDRÉ AUGUSTO GIURIATTO FERRAÇO

Mestrando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília - UnB - na Linha de Pesquisa Internacionalização, Trabalho e Sustentabilidade (2017-2019). Membro do Grupo de Estudos em Direito, Recursos Naturais e Sustentabilidade, da Universidade de Brasília - GERN/UnB e do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais - FDV. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV (2016). Advogado inscrito na OAB, seccional ES.

### BEATRIZ SOUZA COSTA

Doutorado em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) 2008. Possui Mestrado em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) 2003. Participou do Summer Program in North American Law for Brazilian Judges, Prosecutors and Attorneys, na Universidade da Flórida, Gainesville, em 2010. Apresentou o Pós-Doutorado na Universidade de Castilla-La Mancha na Espanha em julho de 2018, sobre Patrimônio Cultural. Docente do Programa de Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável (Pós-graduação e pesquisa), Professora da disciplina de Direito Constitucional Ambiental, da Escola Superior Dom Helder Câmara. Editora da Dom Helder Revista de Direito. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Ambiental, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Ambiental, Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, Direito Constitucional e Ciência Política.

#### BORIS MARAÑÓN PIMENTEL

Doctor en Estudios Latinoamericanos por la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAN. Maestro en Ciencias Sociales por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales de México. Economista por la Universidad Agraria La Molina de Perú. Actualmente es investigador en el Instituto de Investigaciones Económicas de la UNAM. A partir de 2008 coordina varios proyectos sobre organizaciones económicas solidarias en México, y desde 2011 coordina el Grupo de Trabajo del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (GT Clacso) “Economía solidaria y transformación social. Una perspectiva descolonial”, que aglutina a más de 15 investigadores de siete países de América Latina.

#### DANIEL AMIN FERRAZ

Doutorado em Aspectos Actuales del Derecho Internacional - Universidad de Valencia (2004). mestrado em Direito Empresarial pela Universidade de Coimbra (1998). Professor da Universidade Federal de Juiz de Fora - MG (em processo de redistribuição). Professor do Mestrado/Doutorado do UniCeub, Brasília. Foi Diretor do Departamento de Cooperativismo e Associativismo - DENACOOOP, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, MAPA. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Empresarial e Empresarial Internacional, atuando principalmente nos seguintes temas: globalização, grupos de sociedades, contratos internacionais, direito da concorrência e nova ordem internacional.

#### GABRIELA GARCIA BATISTA LIMA MORAES

Doutora (2014) em Direito pela Universidade de Aix-Marseille-França e pelo Centro Universitário de Brasília, com bolsa CAPES; Mestre (2009) em Direito pelo Centro Universitário de Brasília em parceria com o Instituto de Desenvolvimento Sustentável e Relações Internacionais da França (IDDRI) ? com bolsa CAPES/IDDRI-França. Especialista em Direito Internacional Ambiental (2008 - UNITAR-UNEP-Suíça). Bacharel (2007) em Direito, quando foi bolsista CNPq em iniciação científica. No doutorado, fez parte do projeto International Workshop for Young Scholars (WISH) /2012, na Universidade de Pequim, Campus de Shenzhen, na China. ATUALMENTE é Professora Adjunta de Direito Ambiental da Universidade de Brasília (UnB), Codiretora do grupo de Estudos Direito dos recursos naturais e sustentabilidade (GERN) e Coordenadora de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. É ainda coordenadora do Projeto de Pesquisa - Os Recursos Hídricos face às mudanças climáticas: a função do direito na implementação de medidas de adaptação - com financiamento do CNPq. É membro dos projetos de pesquisa: 1) A Estratégia Brasileira para a Gestão Sustentável dos Recursos Marinhos -CAPES/Cofecub e 2) O princípio da precaução, onde o GERN atuou em parceria com a União Internacional para a Conservação da Natureza (UICN). Membro da Rede Amazônica de Clínica de Direitos Humanos.

#### GERMANA DE OLIVEIRA MORAES

Professora Titular de Direito Constitucional da Universidade Federal do Ceará. Decana do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC onde leciona Direitos da Natureza e Constitucionalismo Democrático Latino Americano. Pós-doutorado

na PUC-RJ, com pesquisas sobre a perspectiva do tratamento jurídico internacional da Harmonia com a Natureza e sua eventual incorporação ao direito brasileiro. Integrante da Rede de especialistas sobre Harmonia com a Natureza junto às Nações Unidas (HwN UN). Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa (1998). Mestre(1989) em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Graduada (1984). e estágio pós-doutoral na PUC-PR (2013). Graduada (1984) e Mestre(1989) em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Integrante da Rede de especialistas sobre Harmonia com a Natureza junto às Nações Unidas (HwN UN) Professora do Curso de Graduação da UFC das disciplinas Direito Constitucional e Direito da Integração Foi Coordenadora Nacional, no Brasil, da Rede para o Constitucionalismo democrático latino-americano. (2014-2016). Desenvolve pesquisas acadêmicas sobre Harmonia com a Natureza, direitos da Madre Tierra, consciência Pachamama, Tem experiência nas áreas de Direito Administrativo e Direito Constitucional, com atuação profissional e/ou trabalhos escritos sobre o novo constitucionalismo democrático latino-americano, Bem Viver, direitos de Pachamama, integração sul americana, direitos humanos das mulheres, Unasul, relações internacionais, e regime jurídico das águas, direitos fundamentais e políticas públicas, princípios constitucionais, controle jurisdicional da administração pública, conciliação, sistema judicial e formação de magistrados, É Juíza Federal no Ceará, desde 1991. Foi representante, na América Latina e no Caribe, da IAWJ - International Association of Women Judges ( 2006-2008 e 2012-2014). Atualmente é Presidenta do CBIAWJ - Capítulo Brasileiro da Associação Internacional das Mulheres Juízas. De 2005 a 2007 foi membro na primeira gestão do Conselho Nacional de Justiça, onde participou da coordenação de projetos nacionais relativos à instalação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e ao Movimento pela Conciliação. Representou os juízes federais no Conselho Superior da ENFAM, Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Juízes, de 2011 a 2013 e foi Diretora da Escola da Magistratura Federal cearense, no período de 2009 a 2013. Ademais atuou, no Ceará, como Diretora do Foro Federal, de 2000 a 2005, Juíza do Tribunal Regional Eleitoral, de 1994 a 1997 e Procuradora da Fazenda Nacional, de 1986 a 1991.

#### HELENA COLODETTI GONÇALVES SILVEIRA

Doutora em Direito Constitucional pela PUC-Rio com período sanduíche na The New School for Social Research. Orientadora de mestrado e professora da graduação da Universidade FUMEC, bem como dos cursos de pós-graduação da PUC-Rio. Tem experiência nas áreas de Direito Constitucional, Teoria do Estado, Filosofia do Direito, Direito Urbanístico e Direito Imobiliário, atuando principalmente com os seguintes temas: teoria democrática, teoria da justiça, jurisdição constitucional, pensamento social brasileiro, parcelamento do solo urbano e Estatuto das Cidades.

#### ISABELE BANDERIA DE MORAES DÁNGELO

Doutora e Mestra em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Professora Adjunta dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade de Pernambuco - UPE. Coordenadora Setorial de Extensão do Campus FCAP/PE. Foi Professora da Graduação e da Pós-Graduação lato sensu da Universidade Federal de Pernambuco ? UFPE. Membro da Academia Pernambucana de Direito do

Trabalho, do Instituto Ítalo-brasileiro de Direito do Trabalho e da Associação Luso Brasileira de Juristas do Trabalho. É líder do Grupo de Pesquisa Direito do Trabalho e os Dilemas da Sociedade Contemporânea. É membro do GPTEC - Grupo de Pesquisa Trabalho Escravo Contemporâneo.

#### JORGE LASMAR MASCARENHAS

Doutorou-se em Relações Internacionais pela London School of Economics and Political Sciences (LSE) tendo contado com bolsa da CAPES (1o lugar do Brasil na área). Mestre em Direito Internacional pela UFMG. Bacharel em Direito pela UFMG e em Relações Internacionais pela PUC Minas. Atualmente é Coordenador Geral de Pós-Graduação e Professor Titular de Direito Internacional das Faculdades Milton Campos além de Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais da PUC Minas. Atua como consultor, advogado e é membro da Comissão de Direito Internacional da OAB-MG, do Instituto Histórico e Geográfico de Minas Gerais e do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Participa do Terrorism Research Initiative, Lidera a Rede Brasileira de Pesquisa Colaborativa Sobre o Terrorismo e Violência Política (ligada ao Terrorism Research Initiative), é Coordenador para a América Latina e Central do Committee for the Study of International Society in the Americas (CSISA) e é o Diretor de Assuntos Jurídicos da International Association for Security and Intelligence Studies (INASIS). Atuou como Professor Visitante na Universidad Nacional de Rosario, foi Chefe do Departamento de Relações Internacionais da PUC Minas, membro da Comissão de Avaliação de Programas Acadêmicos e Profissionais da Área de Ciência Política e Relações Internacionais para o Quadriênio 2013-2016 da CAPES e docente convidado em cursos de capacitação e treinamento em diversas organizações privadas e agências governamentais. Possui trabalhos publicados em quatro línguas, tem ampla experiência na mídia e conquistou vários prêmios, bolsas e condecorações. Atua principalmente nas áreas de Direito Internacional, Segurança Internacional, Terrorismo e Violência Política, Teoria de Relações Internacionais, Política Internacional, Cultura e Religião, Oriente Médio, Ásia do Sul, Inteligência Comercial e Negociações Internacionais.

#### LYSSANDRO NORTON SIQUEIRA

Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC/RIO. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos (2007). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1995). Procurador do Estado de Minas Gerais e Procurador-Chefe da Procuradoria de Patrimônio Imobiliário e Meio Ambiente (Advocacia-Geral do Estado). Coordenador do Curso Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável do Centro de Atualização em Direito (CAD). Professor da Escola Superior Dom Hélder Câmara, do Centro Universitário UNA e do Centro Universitário UNI-BH. Medalha de Honra da Inconfidência, conferida pelo Estado de Minas Gerais em 21/04/2017. Medalha do Mérito da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, conferida pelo Conselho da AGE em 07/03/2017. Coordenador, em Minas Gerais, da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil (APRODAB). Coordenador na Região Sudeste do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP). Possui artigos e livros publicados no Brasil e no exterior.

#### MARCELA PINTO RIBEIRO

Mestre em Instituições sociais, direito e Democracia pela Universidade FUMEC; pós-graduada em Direito Ambiental pelo Centro Universitário UNA, graduada em Direito e Arquitetura e Urbanismo

#### MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO

Pós-Doutor em Direito (UnB, 2017), Doutor em Direito pela Southern Methodist University - EUA (SMU, 2005) - (título revalidado pela UnB). Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO, 1993), especialização em Administração Tributária (PUC-GO, 1991), MBA- Executivo em Finanças pelo IBMEC (1996), é Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB, 1999). É também graduado em Engenharia Mecânica pela UnB (1982). EX-Membro brasileiro do Comitê de Peritos em Cooperação Internacional em Matéria Tributária da ONU (ECOSOC) (jun/2009-jun/2013). Professor da Universidade Católica de Brasília dos cursos de Graduação e Mestrado em Direito, e também em cursos de especialização lato sensu; instrutor da Escola de Administração Fazendária (ESAF) e Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil. Ex Coordenador-Geral de Relações Internacionais da Receita Federal do Brasil. Ex-Presidente da 1ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do MF (CARF) (jun2013 - jul/2017). Membro dos conselhos editoriais das seguintes publicações: Law and Business Review of the Americas (USA) (1571-9537), Journal of Tax Reform (Rússia) (2412-8872), Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário (1980-1955), Revista de Finanças Públicas (806-8944), Revista do Curso de Mestrado em Direito da UCB (1980-8860), Fórum de Direito Tributário (1678-8656), Direito em Ação (UCB/DF) (1518-9562), Conselhos Científicos da Revista Direito Tributário Atual (1415-8124) e da da Revista Direito Tributário Internacional Atual. Associado da International Fiscal Association (IFA). Membro da Associação Brasileira de Direito Financeiro (ABDF). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito brasileiro, Direito Tributário, Direito Tributário Internacional, Direito Constitucional, Direito Financeiro, Direito Econômico, Direito Internacional Público. Linha de Pesquisa atual: Direito, Estado, Tributação e Desenvolvimento.

#### MAREN GUIMARÃES TABORDA

Doutorado em Sociedade e Estado em Perspectiva de Integração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2006). Mestrado em Sociedade e Estado em Perspectiva de Integração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2000). Especialista em Gestão Tributária pela UCLM - Universidad Castilla La Mancha (2009). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1985). Atualmente é professor Professor Titular da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (Graduação e programa de Mestrado), Professora de Direito Constitucional na Escola Superior de Direito Municipal, Membro da Comissão Editorial e do Conselho Editorial da Revista Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre (1415-3491), Procuradora da Prefeitura Municipal de Porto Alegre. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em História do Direito, Teoria do Direito, Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Romano, atuando principalmente nos seguintes temas: publicidade e democracia, princípios do direito

constitucional, função administrativa, processo administrativo, teoria do Estado e do Direito, teoria geral do direito tributário e jurisprudência romana.

#### MARIA TEREZA FONSECA DIAS

Doutorado (2007) em Direito Administrativo no Curso de Pós-Graduação da UFMG. Mestrado em Direito na UFMG (2001), onde cursou seu bacharelado em Direito. Seus estudos na área de direito público privilegiam a análise das temáticas das parcerias da Administração Pública, notadamente com as entidades do Terceiro Setor e a questão urbana e Direito Urbanístico. Possui trabalhos nas áreas de Metodologia da Pesquisa e do Ensino Jurídico. No curso de Graduação desenvolveu, sob a orientação da Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin, diversos projetos de pesquisa e extensão, tendo sido integrante do primeiro grupo de pesquisadores do Programa Pólos de Cidadania, da Faculdade de Direito da UFMG. No magistério superior foi professora no Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix (1999-2005), Faculdades Arnaldo Janssen (2002-2005), Universidade Federal de Ouro Preto (2008-2012). Foi professora de Cursos de Especialização em diversas instituições de ensino. É, hoje, professora associada do Departamento de Direito Público da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e dos cursos de Graduação e Pós-Graduação *Stricto sensu* da Universidade FUMEC. Atualmente exerce a função de Coordenadora do Mestrado em "Instituições Sociais, Direito e Democracia da Universidade FUMEC. Desenvolveu atividades de administração científica como Coordenadora do Centro de Mediação e Cidadania da UFOP (2008-2012), Coordenadora Pedagógica do Curso de Direito da Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira (FUNCESI) (2002-2003) e Coordenadora do Núcleo de Pesquisas e Estudos Monográficos do Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix (1999 a 2005). Principais obras publicadas: (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 4ª ed. (Em co-autoria com Miracy Barbosa de Sousa Gustin) Direito Administrativo Pós-moderno: novos paradigmas do Direito Administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a Sociedade. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. Terceiro setor e Estado - legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

#### MARINANA ANDRADE E BARROS

Doutora em Direito Internacional pela Université Paris 1 - Sorbonne e em Relações Internacionais pela PUC Minas. É mestre em Direito Público pela PUC Minas e especialista em Direito Internacional pelas Faculdades Milton Campos. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais e em Relações Internacionais pela PUC Minas. É professora do Centro Universitário UNA e do UNI-BH. Tem experiência nas áreas de Direito Internacional e Constitucional, Relações Internacionais, Teoria Política e do Estado.

#### NATIELLI EFIGÊNIA MUCELLI REZENDE VELOSO

Mestranda em Proteção dos Direitos Fundamentais, dentro da linha de pesquisa Organizações Internacionais e a Proteção dos Direitos Fundamentais. Pós-graduada pela Newton Paiva em direito penal. Formada em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Em 2013, foi contemplada com uma Bolsa-Prêmio de Vocação para a Diplomacia pelo Instituto Rio Branco e pelo

Conselho Nacional do Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Possui interesse em direito internacional e direitos humanos.

#### NURIA BELLOSO MARTIN

Possui doutorado pela Universidade de Valladolid (1987). Atualmente é Professor Titular da Universidade de Burgos. Trabalha temas como Direitos da Natureza e Direitos de Pachamama.

#### OSVALDO ESTRELA VIEGAZ

Mestre em Filosofia do Direito e Teoria do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2017). Bacharel em Direito pela Universidade Nove de Julho (2014). Licenciado em História pelas Faculdades Integradas de Guarulhos (2009). Membro do grupo de pesquisas “Epistemologia Política do Direito”.

#### PAULA WOJCIKIEWICZ ALMEIDA

Doutora em direito pela Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, área de concentração: Direito Internacional e Europeu, mention très honorable avec félicitations du jury à l'unanimité. Indicação para prêmios de melhor tese e para um financiamento para publicação. Doutora em direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Programa de Pós-graduação em Direito, área de concentração: Direito Internacional e Integração Econômica (co-tutela). Mestre em Direito Público Internacional e Europeu pela Université de Paris XI (Paris-Sud), Faculté Jean Monnet, devidamente revalidado no Brasil. Professora adjunta em tempo integral de Direito Internacional e Europeu da FGV Direito Rio. Coordenadora da Cátedra Jean Monnet da União Européia (Programa de Direito da União Européia FGV Direito Rio), financiada pela Comissão Europeia. Pesquisadora do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio. Pesquisadora associada do Institut de Recherche en Droit International et Européen de la Sorbonne (IREDIÉS). Pesquisadora visitante do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (2014) e da University of Oxford, Faculty of Law (2014). Membro do ILA Committee on the Procedural Law of International Courts and Tribunals. Pesquisadora do Centre d'études et de recherche en droit international et relations internationales de l'Académie de droit international de La Haye (2010). Coordenadora do Latin American Society of International Law (LASIL) Interest Group on 'International Courts and Tribunals'. Experiência na área de Direito Internacional e Europeu, atuando principalmente nas seguintes áreas: Direito Internacional com perspectiva latino-americana, Direito das Organizações Internacionais, Direito da União Européia e Direito do Mercosul.

#### RENATA MANTOVANI DE LIMA

Doutorado e Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2011/2006), com Pesquisa realizada na Universidade de Pisa/Itália. Possui Graduação em Direito pela Faculdade Milton Campos (2003). Membro do Jurídico do Grupo Ânima Educação. Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Fundação Universidade de Itaúna/Minas Gerais. Professora e ex-Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário UNA. Professora e ex-Diretora do Curso de Direito do Centro Universitário de Belo Horizonte - UNIBH. Possui experiência na área Jurídica, com ênfase em Direito Público e Educacional

#### RODRIGO LUIZ ZIEMBOWICZ

Mestrado em Direito pela Universidade Católica de Brasília (2018). Graduação em Direito pela Universidade da Região da Campanha (2001). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em investigação criminal, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Penal Tributário, Cursos de Formação Profissional de Delegado de Polícia Federal, Perito Criminal Federal, Escrivão de Polícia Federal, Agente de Polícia Federal, Papiloscopista Policial Federal, e em Cursos de Capacitação Continuada oferecidos pela Academia Nacional de Polícia (Polícia Federal).

#### SALEM HIKMAT NASSER

Doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (2004), tendo defendido tese em que relacionava a noção de Soft Law ao estudo das fontes do direito internacional público. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1990), obteve um DSU - Diploma Superior da Universidade em Direito Internacional Privado e um DEA - Diploma de Estudos Aprofundados em Direito Internacional Público - da Universidade de Paris II - Panthéon Sorbonne (1992 e 1993). Desde 2004, é professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas - Direito SP, onde, em consonância com a proposta inovadora de ensino do direito da instituição, tem desenvolvido materiais didáticos e testado metodologias de ensino para as disciplinas relacionadas à regulação jurídica das relações internacionais. Sua agenda de pesquisas inclui investigações teóricas sobre o direito internacional público, hoje reunidas sob a temática geral de Rule of Law e Direito Internacional, o que inclui a fragmentação do direito internacional e a noção de regimes jurídicos transnacionais; o estudo do direito islâmico e suas relações com o direito internacional; a diversidade de representações do direito e sistemas jurídicos comparados. Alguns desses temas têm sido objeto de várias publicações e apresentações públicas. Tem igualmente investigado e discutido intensamente questões relacionada ao Oriente Médio e aos mundos árabe e muçulmano. Coordenador do Centro de Direito Global da Direito SP. Foi, em 2009 e 2011, respectivamente, pesquisador visitante do Lauterpacht Centre for International Law e do European University Institute.

#### SILAS ROBERTO DE SOUZA

Mestrando em Direito e Políticas Públicas, UniCEUB. Especialização em Direito Penal e Controle Social no Centro Universitário de Brasília, UNICEUB. Possui graduação em Direito pela UDF Centro Universitário(1994).



## SOBRE OS AUTORES – DOUTRINA ESTRANGEIRA

### ALIX PERRIN

Professeure de droit public. Centre de Recherche et d'Etude en Droit et Science Politique (CREDESPO). Université de Bourgogne. Elle est l'auteur d'un livre sur l'injonction de droit public français (édition Panthéon-Assas). Elle enseigne le droit public européen au Master 2 "European Business Lawyer" de l'Université Paris Descartes.

Professora de Direito Público vinculada ao Centro de Pesquisa e Estudo em Direito e Ciência Política da Universidade de Bourgogne. É autora de livro sobre a injunção do direito público francês (editora Panthéon-Assas). Ensina Direito Público Europeu no mestrado em Advocacia de Negócios Europeus da Universidade Paris Descartes

### ÁLVARO SANCHEZ BRAVO

Doctor en Derecho. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Presidente de la Asociación Andaluza de Derecho, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Miembro. Coeditor Revista Internacional de Direito Ambiental (RIDA). Expert European Research Council Executive Agency (ERECEA). European. Commission. EU. Académico Correspondiente da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho.

Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Sevilla. Presidente da Associação de Direito Andaluzia, Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável. Membro, Coeditor da Revista Internacioal de Direito Ambiental (RIDA). Membro do Conselho Executivo Europeu (Agência Executiva). Membro da Comissão Acadêmica da União Européia. Correspondente da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho.

### DEREK ELZEIN

Professeur à l'université Paris Descartes, CPSC, Paris (Paris 5). Maître de conférences. Spécialités : Sciences politiques. Responsabilités : Directeur du DU Gestion de la Sécurité-Sûreté dans l'espace ouvert au public. Principaux thèmes de recherche : Développement, Relations internationales, Monde arabe.

Mestre de Conferências. Tem a Ciência Política como especialidade. Dentre as suas responsabilidades, dirige o diploma universitário em gestão da segurança nos espaços abertos ao público. Seus principais temas de pesquisa são: desenvolvimento, relações internacionais e mundo árabe

#### DIMITRIS LIAKOPOULOS

Full professor of European Union Law in Fletcher School-Tufts University. Full professor in international criminal law and criminal procedural law in De Haagse Hogeschool-Aja. Attorney at law in New York and Bruxelles. Orcid ID: 0000-0002-1048-6468.

Professor pleno de Direito da União Européia na Universidade Flecher School-Tufts. Professor pleno de direito penal internacional e de processo penal na De Haagse Hogeschool-Aja. Advogado em Nova Iorque e em Bruxelas. Orcid ID: 0000-0002-1048-6468.

#### ELIZABETH ACCIOLY

Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (2003), área de concentração em Direito Internacional. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Diplomada em Estudos Europeus pelo Instituto Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (1996), Atualmente é Professora do Curso de Direito da Universidade Europeia de Lisboa e Professora do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Curitiba - UNICURITIBA. Atua na área de Direito Internacional Público, Direito da Integração, com ênfase no estudo da integração latino-americana, Direito da União Europeia, Direito Internacional Económico e Contencioso da União. Exerce a advocacia em Portugal e no Brasil.

#### FOUAD NOHRA

Professeur à l'université Paris Descartes, CPSC, Paris (Paris 5). Maître de conférences HDR en science politique. Spécialités : Science politique, relations internationales, politiques économiques du développement, méthodologie de la recherche. Responsabilités : Affilié au Centre Maurice Hauriou pour la Recherche en Droit public (EA1515), Responsable du Master Pratique et politiques de l'exportation, Directeur adjoint de l'Institut Développement et Solidarités Internationales (IDSI). Principaux thèmes de recherche : L'élaboration des politiques étrangères, Les transitions politiques au Moyen-Orient, Les politiques de développement.

Professor na Universidade Paris Descartes. Mestre de Conferências em Ciência Política. Especialidades: ciência política, relações internacionais, políticas econômicas do desenvolvimento e metodologia da pesquisa. Responsabilidades: afiliado ao Centro Maurice Hauriou para a Pesquisa em Direito Público, responsável pelo Mestrado em práticas e políticas de exportação, diretor-adjunto do Instituto Desenvolvimento e Solidariedade Internacionais (IDSI). Principais temas de pesquisa: elaboração das políticas estrangeiras, transições políticas no Oriente Médio, políticas de desenvolvimento

#### HARIKRISHNAN GOPINATHAN NAIR

Universidad Nacional Autonoma de Mexico; Birla Institute of Technology and Science, Pilani



## SUMÁRIO

### DOCTRINA NACIONAL

PROPRIEDADE INTELECTUAL E INOVAÇÃO: OBSERVAÇÕES A PARTIR DA COMPLEXIDADE <i>Alejandro Knaesel Arrabal</i> .....	31
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: REFLEXOS NO SISTEMA DO DIREITO <i>Adriano Tacca</i> <i>Leonel Severo Rocha</i> .....	53
DIREITO AO REGISTRO DE NOME DO NATIMORTO NO BRASIL <i>Rafael Lamera Giesta Cabral</i> <i>Wiqlifi Bruno de Freitas Melo</i> .....	69
A (IN)DISCERNIBILIDADE ENTRE DEMOCRACIA E ESTADO DE EXCEÇÃO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO: UMA LEITURA A PARTIR DE GIORGIO AGAMBEN <i>Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth</i> <i>Joice Graciele Nielsson</i> .....	93
QUAL O LUGAR DAS MULHERES NO MUNDO? O PESO DOS ESTEREÓTIPOS DE GÊNERO SOBRE AS MULHERES MIGRANTES E REFUGIADAS <i>Marli Marlene Moraes da Costa</i> <i>Simone Andrea Schwin</i> .....	117
O HOLOCAUSTO BRASILEIRO E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM RELAÇÃO AO DIREITO À SAÚDE E A PRESTAÇÃO DE REMÉDIOS AOS DOENTES PSIQUIÁTRICOS <i>Angélica Ferreira Rosa</i> <i>Elimar Szaniawski</i> .....	133
POLÍTICAS PÚBLICAS TRIBUTÁRIAS: A JUSTIÇA FISCAL COMO INSTRUMENTO DE AUXÍLIO NA VIABILIZAÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL <i>Hugo Thamir Rodrigues</i> <i>Tatiele Gisch Kuntz</i> .....	151
A APLICAÇÃO DO ANTITRUSTE NO BRASIL: O MITO DA FALTA DE EFETIVIDADE DA LEI DE CRIMES CONTRA A ECONOMIA POPULAR DE 1938 <i>Mário André Machado Cabral</i> .....	171
REFUGIADOS AMBIENTAIS NO BRASIL: UMA ABORDAGEM A PARTIR DO CASO DO HAITI <i>Sidney Guerra</i> .....	191
UMA RELEITURA DO ARTIGO 170-A DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL A PARTIR DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO <i>HABEAS CORPUS</i> 126.292/SP: DEVER DE COERÊNCIA NO TRATO DAS CATEGORIAS E INSTITUTOS JURÍDICOS. <i>Betina Treiger Gruppenmacher</i> <i>Thiago de Oliveira Vargas</i> .....	213
TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA COMO POLÍTICA PÚBLICA E A IMPORTÂNCIA DO GASTO TRIBUTÁRIO COMO CRITÉRIO DE CONTROLE <i>Lídia Maria Ribas</i> <i>Hendrick Pinheiro</i> .....	231

MITIGATING THE PRINCIPLE OF SOVEREIGNTY OVER BIOLOGICAL RESOURCES? <i>Liziane Paixão Silva Oliveira</i> <i>Ana Flávia Barros</i> <i>Jorge Gomes do Cravo Barros</i> .....	243
REPENSANDO UMA VISÃO (NÃO) INDIVIDUALISTA DA PESSOA NO PANORAMA DA COMPREENSÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A PERSPECTIVA AUTOPOIÉTICA DE EDUCAÇÃO: UMA PROPOSTA A PARTIR DA LEITURA DE HUMBERTO MATURANA <i>Wilson Engelmann</i> <i>Guilherme Wunsch</i> .....	257
ANÁLISE DA POLÍTICA NACIONAL DOS RESÍDUOS SÓLIDOS À LUZ DO PARADIGMA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL <i>João Luis Nogueira Matias</i> <i>Letícia Torquato de Menezes</i> .....	277
FÉ CEGA, FACA AMOLADA: O DIÁLOGO DAS RELIGIÕES BRASILEIRAS DE MATRIZ AFRICANA COM A ÉTICA AMBIENTALISTA <i>Heron José de Santana Gordilho</i> <i>Rejane Francisca dos Santos Mota</i> <i>Marines Ribeiro de Souza</i> .....	289
POBREZA E A (DES)IGUALDADE DE GÊNERO: UMA RELAÇÃO ESTRUTURANTE <i>Denise Almeida de Andrade</i> <i>Mônica Sapucaia Machado</i> .....	307
A RESPONSABILIDADE SOCIAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS PARA A SUSTENTABILIDADE DO REGIME DEMOCRÁTICO <i>Alice Rocha</i> <i>Hugo Neto França Miranzi</i> .....	323
A PALAVRA NA INTERPRETAÇÃO DA INFÂNCIA: UMA ANÁLISE DO LEGADO HERMENÊUTICO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL <i>Juliana Campos Diniz</i> <i>Eulália Emília Pinho Camurça</i> <i>Carlos Roberto Cals de Melo Neto</i> .....	345
RESTRIÇÃO DAS CLÁUSULAS NEGOCIADAS PELOS SINDICATOS SOMENTE AOS SEUS FILIADOS <i>Francisco Gerson Marques de Lima</i> .....	363
<b>DOCTRINA ESTRANGEIRA</b>	
THE ARAB REPRESENTATION OF EUROPEAN DEMOCRATIC VALUES AND ITS INFLUENCE ON EURO-ARAB RELATIONS: <i>Dr Fouad Nohra</i> .....	383
LOYAUTEË DANS PROCÈS ADMINISTRATIF <i>Alix Perrin</i> .....	407
UNSETTLING EUROPEAN EPISTEMOLOGIES: MAPPING THE CONTOURS OF PARADIGMS FROM THE SOUTH <i>Harikrishnan Gopinathan Nair</i> .....	425
COOPERAÇÃO JUDICIAL INTERNACIONAL E AS NOVAS FORMAS DE ATUAÇÃO INTERESTATAL NO CONTEXTO REGIONAL E GLOBAL: APONTAMENTOS SOBRE A UNIÃO EUROPEIA <i>Elizabeth Accioly</i> .....	431
CRISIS AMBIENTAL Y CASA COMÚN: UNA INTERPRETACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE A LA LUZ DE LA ENCÍCLICA <i>LAUDATIO SI</i> <i>Álvaro Sanchez Bravo</i> .....	441
LA RÉPUBLIQUE POPULAIRE ET DÉMOCRATIQUE DE CORÉE (RPDC) FACE À LA RECONFIGURATION DES RAPPORTS DE FORCES INTERNATIONAUX <i>Derek Elzein</i> .....	461
DIFFICULT PATHS OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE: EXERCISE OF CRIMINAL JURISDICTION AGAINST THE CONSTITUTIONAL BODIES IN OFFICE CHARGED WITH INTERNATIONAL CRIMES IN SPECIAL TRIBUNAL FOR SIERRA LEONE. <i>Dimitris Liakopoulos</i> .....	471

## DOSSIÊ ESPECIAL: CÁTEDRA JEAN MONNET

EDITORIAL.....	519
A LAS GENERACIONES FUTURAS Y LA NATURALEZA: ¿HAY UN DEBER DE CUIDADO? ALGUNAS REFLEXIONES DESDE EL EUROCENTRISMO <i>Nuria Beloso Martin</i> .....	521
REVISITANDO O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR TRIBUTOS SOB A PERSPECTIVA DA SOCIEDADE DOS DIREITOS <i>Marcos Aurélio Pereira Valadão</i> <i>Rodrigo Luís Ziembowicz</i> .....	549
O DIREITO E A APLICAÇÃO DO NEXO ÁGUA-ALIMENTO-ENERGIA: ANTIGOS PRESSUPOSTOS E NOVAS ABORDAGENS NA GESTÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS. <i>Gabriela Garcia Batista Lima Moraes</i> <i>André Augusto Giuriatto Ferraço</i> .....	563
ACCESS OF INDIVIDUALS TO MERCOSUR TRIBUNALS: FILLING THE GAP V/A ADVISORY OPINIONS <i>Paula Wojcikiewicz Almeida</i> .....	585
TOWARDS A REDEFINITION OF THE RIGHT TO WORK FOUNDATIONS: FROM “FREE WORK” TO SOLIDARITY DECOLONIAL WORK <i>Isabele Banderia de Moraes D’Ángelo</i> <i>Boris Marañon Pimentel</i> .....	599
GOVERNANÇA E PROMOÇÃO DA DEMOCRACIA NA AMÉRICA LATINA: UMA ANÁLISE DA CONSTRUÇÃO NORMATIVA NO ÂMBITO DAS ORGANIZAÇÕES REGIONAIS <i>Marinana Andrade e Barros</i> <i>Jorge Lasmar Mascarenhas</i> .....	615
A CONCEITUAÇÃO AMPLIADA DA JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL NO SISTEMA INTERAMERICANO PELA OC-23/17: OS AVANÇOS NA INTERNACIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO AMBIENTAL <i>Renata Mantovani de Lima</i> <i>Natielli Efigênci Mucelli Rezende Veloso</i> .....	641
INTERNACIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO AMBIENTAL E A NECESSIDADE DE MAIOR EFETIVIDADE DAS AÇÕES DE REPARAÇÃO POR DANOS AMBIENTAIS: O CASO DE MARIANA <i>Lyssandro Norton Siqueira</i> <i>Beatriz Souza Costa</i> .....	653
O FISCO E AS NOVAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E DA COMUNICAÇÃO: SOBRE A UTILIDADE DO CONCEITO DE ‘NATUREZA DAS COISAS’ PARA A CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS FISCAIS E TRIBUTÁRIAS <i>Maren Guimarães Taborda</i> .....	669
OS DIÁLOGOS DAS NAÇÕES UNIDAS “HARMONIA COM A NATUREZA” E A PROPOSTA DE DECLARAÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DA MÃE TERRA <i>Germana de Oliveira Moraes</i> .....	687
ORIGENS DO PODER E DA SOBERANIA NO DIREITO DA MODERNIDADE: O PENSAMENTO DE GUILHERME DE OCKHAM E AS DEMOCRACIAS ATUAIS <i>Álvaro Gonçalves Antunes Andreucci</i> <i>Oswaldo Estrela Viegaz</i> .....	713
O QUE SE DIZ E O QUE SE CALA: A GOVERNANÇA ENTRE A FUGA DO DIREITO E A BUSCA PELO CONTROLE <i>Salem Hikmat Nasser</i> .....	731
O DÉFICIT DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA NA ATIVIDADE NORMATIVA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR POR MEIO DE CONSULTAS PÚBLICAS (2001 – 2017) <i>Maria Tereza Fonseca Dias</i> <i>Helena Colodetti Gonçalves Silveira</i> <i>Marcela Pinto Ribeiro</i> .....	745

EMPRESA PÚBLICA É COMPANHIA?

*Daniel Amin Ferraz*

*Silas Roberto de Souza* ..... 765



---

## DOUTRINA NACIONAL

---





# PROPRIEDADE INTELECTUAL E INOVAÇÃO: OBSERVAÇÕES A PARTIR DA COMPLEXIDADE

*Alejandro Knaesel Arrabal\**

## **Resumo**

Este artigo trata da Propriedade Intelectual frente às transformações sociais decorrentes da Inovação. Parte da complexidade que marca a vida contemporânea e coloca sob questão os fatores que separam, no plano de fundamentação dogmática e normativa, a originalidade subjetiva que permeia os Direitos de Autor da novidade objetiva que condiciona à Propriedade Industrial. Realizada a partir de abordagem sistêmico-dialógica e operada por meio de revisão bibliográfica e documental, a pesquisa encontra aqui seus resultados descritos em três momentos. O primeiro trata do conceito de complexidade, tendo como principal vetor teórico o pensamento de Edgar Morin. Na sequência o texto aborda a Propriedade Intelectual, especialmente em relação aos conceitos de originalidade e novidade, vistos como vetores estruturantes da dissociação entre os Direitos de Autor e a Propriedade Industrial. Por fim, o estudo trata a tessitura da Propriedade Intelectual e da Inovação enquanto fenômeno conexo à universalização das lógicas de mercado e de acesso à informação. A pesquisa aponta para a necessária ressignificação dos contornos característicos da Propriedade Intelectual, o que implica dessubjetivar a originalidade ínsita ao Direito de Autor, e desobjetificar a novidade no contexto da Propriedade Industrial. Em outras palavras, faz-se necessário deslocar a originalidade e a novidade, enquanto critérios adotados à constituição de direitos de Propriedade Intelectual, para o campo relações sistêmicas. A disjunção entre Direito de Autor e Propriedade Industrial contribui para que a exclusividade autoral e o monopólio industrial tornem-se promotores de um atomismo irresponsável. Neste sentido, os direitos intelectuais não podem ser tratados de forma polarizada e redutora, identificando-se tão somente com a apropriação privada do conhecimento.

## **Palavras-chave**

Propriedade Intelectual. Inovação. Complexidade. Originalidade. Novidade.

## **INTELLECTUAL PROPERTY AND INNOVATION: OBSERVATIONS FROM COMPLEXITY**

### **Abstract**

This article deals of Intellectual Property in the face of the social transformations arising from Innovation. Part of the complexity that marks the contemporary life and puts under question the factors that separate, in the plane of dogmatic and normative foundation, the subjective originality that permeates the Copyright of the objective novelty that conditions Industrial Property. Based on a sys-

---

\* Doutor em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale dos Sinos - UNISINOS (2017). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (2003). Especialista em Direito Administrativo e graduado em Direito pela Universidade Regional de Blumenau - FURB (1996). Integrante dos Grupos de Pesquisa "Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização - CONSTINTER" (FURB) e "Estado, Sociedade e Relações Jurídicas Contemporâneas" (FURB). Integra o Núcleo de Inovação Tecnológica da FURB. Professor da Universidade Regional de Blumenau (FURB) e da Fundação Educacional de Brusque (UNIFEBE). Atua nas áreas de Direito Público e Privado, com ênfase em Inovação, Propriedade Intelectual, Tecnologias da Informação e Legislação em Informática.

temic-dialogical approach and operated through a bibliographical and documentary review, the research finds its results described in three moments. The first deals with the concept of complexity, having as main theoretical vector the thinking by Edgar Morin. In the sequence, the text deals with Intellectual Property, especially in relation to the concepts of originality and novelty, seen as structural vectors of the decoupling between Copyright and Industrial Property. Finally, the study deals with the texture of Intellectual Property and Innovation as a phenomenon related to the universalization of market logic and access to information. The research points to the necessary re-signification of the characteristic contours of Intellectual Property, which implies dissubjectivity the originality inherent to Copyright, and to disobjectify the novelty in the context of Industrial Property. In other words, it is necessary to shift the originality and novelty, as criteria adopted to the constitution of Intellectual Property rights, to the field systemic relations. The disjunction between Copyright and Industrial Property contributes to author exclusivity and industrial monopoly to become promoters of an irresponsible atomism. In this sense, intellectual rights can not be treated in a polarized and reductive way, identifying only with the private appropriation of knowledge.

**Keywords:**

Intellectual Property. Innovation. Complexity. Originality. Novelty.

## INTRODUÇÃO

O domínio sobre produtos culturais e tecnológicos, em sua dimensão intangível, compreende um campo da ciência jurídica amplamente reconhecido como Direito da Propriedade Intelectual. Na esteira dos acontecimentos que marcaram a emergência dos estados nacionais modernos, dos direitos e garantias individuais e coletivos, bem como da consolidação do modelo econômico de mercado, cristalizou-se juridicamente a concepção patrimonial exclusivista sob praticamente toda expressão humana, con-substanciada em dois grandes vetores: um que sobreleva a originalidade como fator determinante à apropriação de representações simbólicas de condão literário, artístico e científico – o Direito Autoral –, outro inclinado a conferir legitimidade monopolística sobre novas soluções técnicas – a Propriedade Industrial.

Nas últimas décadas, ambas as concepções atravessam uma crise que se traduz na inadequação de seus elementos estruturantes. A noção de crise, em sentido amplo, representa um estado paradigmático no qual estabilidades historicamente erigidas são colocadas sob suspeita. Certezas foram plasmadas no pensamento ocidental, primeiro através dos mitos, depois pela fé cristã e mais recentemente pela razão. O momento presente é sucedâneo destas três realidades e também testemunha do fracasso em aplacar a angústia do incerto frente à complexidade social.

No seu estágio pré-moderno, o pressuposto naturalizante balizou a Propriedade Intelectual, constituindo forte argumento para legitimar a apropriação de expressões criativas. O vínculo de toda criação à sua origem singular como fator natural marcou profundamente a pretensão dominial, especialmente no campo autoralista. A par desta concepção, o desenvolvimento da economia de mercado eclodiu em comunhão com a técnica, de modo a sobrepujar a singularidade humana em favor dos resultados auferidos a partir do caráter utilitarista da criação. Nesta lógica, não importa a origem, mas sim os efeitos técnicos diferenciados e, mais especialmente, os resultados econômicos do que é produzido. A criatividade torna-se “fator de produção” frente aos de-

tentores dos recursos instrumentais e financeiros indispensáveis à emergência do “novo”.

A Propriedade Intelectual cresceu junto aos festejos da emancipação humana iluminista que, entre outros aspectos, reivindicou a valorização do trabalho intelectual singular, reconhecendo ao autor o domínio temporário sobre sua criação. Em outra senda, o progresso científico e tecnológico foi enaltecido, malgrado o necessário sacrifício da individualidade subjetiva para capitalizar a força de trabalho em favor da racionalidade econômica de mercado. Assim, o controle sobre as criações de vocação industrial tomou rumo diverso.

O mundo revelou sua complexidade ao admitir a emergência de múltiplas vias de produção e acesso ao conhecimento. A complexidade foi emancipada com o incremento da comunicação global, da conectividade, da atomização das instituições, da ruptura com a relação tradicional entre o tempo e o espaço. A velocidade, a diversidade e a multiplicidade são os fatores que alimentam o incerto e demandam modos diferentes de pensar. A Inovação, amplamente enaltecida – e debatida – em relação ao seu protagonismo técnico, estético e econômico, plasma-se à realidade social em arranjos institucionais variados sob o signo da mudança em oposição à duração.

Assim, a racionalidade fragmentadora, linear e causal já não basta para enfrentar os desafios emergentes das diferentes dimensões que qualificam o contemporâneo. **Diante deste contexto, a pesquisa aqui relatada partiu do seguinte questionamento: sob quais condições é possível ressignificar os contornos característicos da Propriedade Intelectual frente às transformações sociais decorrentes da Inovação?** Como hipótese para esta questão, considerou-se que a inadequação dos elementos estruturantes da Propriedade Intelectual à realidade contemporânea decorre, sobretudo, do aprisionamento do instituto ao paralelismo entre o Direito de Autor e a Propriedade Industrial, o qual representa uma das expressões latentes da disjunção sujeito-objeto.

Singularidade como variável para conferir exclusividade, seja em relação à origem da criação ou às qualidades do objeto criado, é o tom que tradicionalmente rege a Propriedade Intelectual. Singularidade implica em diferencial e este é um dos fatores indispensáveis à economia de mercado, demandado na medida em que a sustentabilidade dos atores econômicos é determinada pela competitividade.

Originalidade e a novidade são categorias não só disciplinarmente diferidas na Propriedade Intelectual, como também não raras vezes confundidas e tomadas uma pela outra. Isto ocorre fundamentalmente porque a sociedade por décadas caminha na esteira de uma atomização radical que fragmenta, classifica e individualiza tudo, reconhecendo em cada fragmento, qualidades essenciais que a diferenciam do restante.

A Inovação tornou-se uma expressão recorrente em diversos e distintos contextos sociais por traduzir, quase que de modo instantâneo, a ideia de mudança. Neste sentido, a filosofia grega lembra o quão antiga é a Inovação. Mas para a pós-modernidade esta categoria revela outros sentidos, dentre os quais, a noção de criatividade como um fenômeno coletivo. Acompanhada pelo desenvolvimento tecnológico, a Inovação filia-se com ele à globalização, à sociedade de mercado, à velocidade, ao compartilhamento e à intangibilidade dos sistemas digitais. Diante da Inovação, a

Propriedade Intelectual depara-se como o desafio (necessário) de revisitar suas bases, compreender sua gênese e reavaliar o seu papel no contexto contemporâneo.

Para operacionalizar a pesquisa da qual resulta este artigo, optou-se pelo método de abordagem Sistêmico-Dialógico, mais precisamente sob a perspectiva do Pensamento Complexo de Edgar Morin (2011). Assim, tanto o fenômeno da Inovação quanto o instituto da Propriedade Intelectual foram observados a partir de uma perspectiva multidimensional. Cumpre considerar que o projeto de Morin (1999) é um constructo teórico resultante de um rico campo epistemológico e conceitual, predicado que favorece o diálogo transdisciplinar adequado ao recorte temático proposto. O procedimento de investigação adotado foi predominantemente dialógico e historiográfico. Para Morin (2005), a dialógica compreende uma postura cognitiva que possibilita a articulação de ideias aparentemente antagônicas, na medida em que são consideradas, ao mesmo tempo, complementares. Este método permitiu a aproximação de diferentes saberes no contexto do problema proposto, o que evitou uma revisão bibliográfica sectária e especificista. Buscou-se investigar o Direito Autoral e a Propriedade Industrial a partir de uma ótica comum. Quanto à Inovação, sob a orientação do pensamento complexo, a investigação caminhou para um tratamento epistêmico não vinculado exclusivamente à ótica econômica. Rápida observação à literatura da área revela que o emprego desta categoria escapa a este vetor, confundindo-se com a própria noção do “novo”, de transformação e criatividade. As técnicas de pesquisa adotadas foram a bibliográfica e documental de ordem direta e indireta. Bibliográfica no sentido de investigar mais especificamente a literatura filosófica e científica, sem, contudo, excluir outras mencionadas na tessitura dos textos pesquisados. O estudo também foi operado por meio de pesquisa documental, tendo em vista predominantemente o contexto normativo nacional relacionado à Propriedade Intelectual e à Inovação.

A pesquisa encontra aqui seus resultados descritos em três momentos. O primeiro trata do conceito de complexidade, tendo como principal vetor teórico o pensamento de Edgar Morin. Na sequência o texto aborda a Propriedade Intelectual, especialmente em relação aos conceitos de originalidade e novidade, vistos como vetores estruturantes da dissociação entre os Direitos de Autor e a Propriedade Industrial. Por fim, o estudo trata a tessitura da Propriedade Intelectual e da Inovação enquanto fenômeno conexo à universalização das lógicas de mercado e de acesso à informação.

## 1. PARA PENSAR A COMPLEXIDADE

Complexidade é uma categoria que merece apurado esclarecimento. Sua presença no discurso científico torna-se cada dia mais audível, “apesar dos naturais (e necessários) espaços de resistência que se cristalizam em momentos de mudança paradigmática” (ALMEIDA, 2008. p. 13). Contudo, explica Morin (2006), sua difusão ampla não representa uma conquista para o aprimoramento da *episteme*. Isto porque a palavra “complexo” foi ancorada de modo redutor e massivo ao sentido de dificuldade e desordem.

Popularmente diz-se complexado o indivíduo acometido de algum distúrbio psíquico. Fala-se desde a psicanalítica freudiana (FREUD, 1969) em complexo afetivo, complexo de inferioridade, complexo de Édipo, complexo de Electra, apenas para citar alguns. Na linguagem corrente, Complexidade significa mais confusão do que esclarecimento. Por exemplo, quando se afirma: “a situação do mundo é complexa”, invariavelmente, o que se quer dizer é que não há condições de oferecer alguma explicação satisfatória sobre a realidade. Complexo seria, então, atributo de algo difícil (ou impossível) de compreender. É neste sentido equívoco que a Complexidade permeia os mais diversos discursos, inclusive no campo jurídico. Sob o pressuposto da dificuldade, há quem empregue o termo Complexidade como recurso retórico, apenas para evidenciar certo grau de superioridade epistêmica. Para concepções facilitadoras, a Complexidade representa um desvalor ou, quando muito, um domínio reservado aos *experts*. Neste sentido Casanova (2006, p. 79) afirma:

O complexo se opõe frequentemente ao simples. Inclusive em textos dos especialistas. Originalmente aparece na crítica aos modelos simples e na oposição ou apresentação, ou descobrimento de modelos ‘mais e mais realistas’. Mas o complexo não só corresponde a esta oposição como também é muito mais que ela. Os modelos simples são homogêneos e regulares, e os complexos são aqueles em que fracassa a física clássica, um ‘problema do qual os físicos não querem falar’

Portanto, ainda que se possa considerar que o complexo se opõe ao simples, não é adequado colocar a questão nestes termos. Melhor então estabelecer uma equivalência no sentido proposto por Casanova: entenda-se o simples não em termos de facilidade, mas de homogeneidade e estabilidade.

No mesmo sentido cumpre entender o complexo não como algo difícil, mas como uma relação dialógica entre homogeneidade e diversidade; estabilidade e instabilidade. Moigne (2000, p. 219) observa que a concepção do que é complexo “difere da complicação, com a qual ela é confundida, por preguiça intelectual ou por galanteria retórica, que se caracteriza facilmente por sua visibilidade. A Complexidade está para a complicação do mesmo modo que a entropia está para a energia”. Tal entendimento demanda uma reconfiguração do pensamento já que o paradigma proposto por Morin sustenta justamente o contrário, ou seja, que a dificuldade epistêmica é fruto da negação da Complexidade existencial, do repúdio a toda contradição e da fragmentação do conhecimento em especialidades.

Em seu étimo, a palavra *Complex* é composta pelo prefixo “*com*” que significa “junto”, em “relação”, e pelo sufixo “*plex*” que indica “parte”, de modo que a Complexidade representa o estado relacional e dinâmico de partes que compõe um todo fenomênico. A ideia de “um todo”, para a Complexidade, não se limita a mera aglutinação ou soma de fragmentos. Não representa um corpo ordenado como estrutura, mas evoca necessariamente a ideia de configurações de dinâmicas relacionais, em uma palavra: Sistemas.

Mas, para além da ideia de dinâmicas relacionais, a Complexidade implica no entendimento que estas dinâmicas operam a partir de relações dialógicas entre ordem e desordem, linearidade e não linearidade, centralidade e não centralidade, agregação e dispersão, conectividade e não conectividade, entre outras configurações. Todo

complexo é um tecido “de constituintes heterogêneas inseparavelmente associadas: ela coloca o paradoxo do uno e do múltiplo” (MORIN, 2011, p. 13).

A realidade nunca é um acúmulo de unidades separadas, existentes umas ao lado das outras, sem conexão entre elas. Todo ‘algo’ material é conexo a outros ‘algos’ materiais; entre os objetos há uma vasta variedade de relações. Tais relações são tão reais como os objetos e é só por meio delas que os objetos constituem efetiva realidade. Quanto mais ricas e mais complexas se tornam as relações, tanto mais rica e mais complexa é a natureza da realidade. (FISCHER, 1979, p. 41)

A fragmentação “é a barbárie do pensamento, e a Complexidade a civilização das ideias” (MORIN, 2005). Neste sentido, “o ‘muito complicado’ pode não ser ‘muito complexo’ e o ‘muito simples’ [...] pode ser dado como muito complexo” (MOIGNE, 2000, p. 219). Um dos traços marcantes do pensamento complexo corresponde à noção da unidade da diferença, em outras palavras, o reconhecimento da conjugação e da interdependência de concepções antagônicas. A disjunção é um aspecto que dialoga com todo processo de simplificação. Ao disjuntar tende-se a conformar uma separação, um corte que, inspirado no pensamento Cartesiano, é levado a cabo até a identificação das partes mais elementares. Plasmada assim, a disjunção representa um modo seguro para a obtenção de respostas objetivas.

Foi desta noção que a ciência ocidental erigiu suas especialidades. Ela consolidou a ideia de que cada segmento do saber compreende uma parte do todo, independente das demais. Seu “objeto” deve ser definido e distinguido para que seja adequadamente compreendido. Por meio do paradigma separação-redução, o “pensamento científico ou distingue realidades inseparáveis sem poder encarar sua relação, ou identifica-as por redução da realidade mais complexa a menos complexa” (MORIN, 2005, p. 138).

A especialização disciplinar confere ao mundo a qualidade de um “[...] quebra-cabeças de peças providas de jogos diferentes; de súbito, o próprio mundo, a vida, a existência, o indivíduo, caem nas fendas que separam as disciplinas, bem como na grande falha que separa ciências naturais das ciências humanas” (MORIN, 1981, p. 56). A categoria “disciplina”, assim como a expressão “faculdade”, “[...] correspondem a propósitos de rigor ou exatidão que se identificam com a posse de ‘um saber’ ou ‘o domínio de uma arte ou técnica’ e também com divisões do trabalho intelectual em campos, áreas ou aspectos de um fenômeno” (CASANOVA, 2006, p. 12).

Assim, o pensamento fragmentado em disciplinas propugna necessariamente por fronteiras, pois acredita que a partir delas é possível consolidar certezas e verdades. Contudo, o exílio disciplinar “simula” estabilidades (BAUDRILLARD, 1991) por meio de autorreferencialidade. Neste sentido, cada campo do saber encontra fundamentos e si mesmo, isolando-se em modo (método) e objeto. O isolamento disciplinar configura um pensamento de auto-afirmação legitimadora que, entre outros efeitos, nega “inter-” e “trans-” dependências. O especialista – acredita-se – é aquele que conhece profundamente um determinado campo e a legitimidade de suas afirmações opera-se exatamente a partir de sua auto-suficiência. A sua verdade é ancorada justamente no fato de ser especialista, por dedicar-se e compreender a parte supostamente determinante à consecução de um dado efeito. Contudo, “não há fenômenos

simples”, observa Bachelard (1996, p. 105), o “fenômeno é um tecido de relações. Não há natureza simples, substância simples; a substância é uma textura de atributos. Não há ideia simples, porque uma ideia simples [...] deve estar inserida, para ser compreendida, num sistema complexo de pensamentos e de experiências”.

É evidente que as especialidades assumem um papel importante do desenvolvimento da *episteme*, contudo, operado de forma fragmentada, este modo de pensar revela consequências nocivas. Exige-se na atualidade mais do que o diálogo interdisciplinar das especialidades, exige-se que elas efetivamente transcendam os contornos sitiados de suas áreas e expandam suas argumentações para além delas – enraízem-se reciprocamente (CARVALHO, 2015). É nesta direção que é possível falar em transdisciplinaridade.

Não é dada à humanidade a onisciência. A percepção do mundo sempre alcança apenas parte da complexa rede de conexões significantes, tecida “entre” e “no” macro e micro cosmos das dimensões física, biológica, psíquica (*antropo*) e social. Embora a Complexidade seja um conceito que possa remeter a ideia de grandes quantidades de elementos integrados, ou mesmo a noção de uma totalidade, o pensamento complexo não comporta pretensões universalizantes no sentido de aspirar conhecimentos absolutos. Pensar de modo complexo significa reconhecer a existência de uma trama (constituída e constituinte) de relações que comportam diferenças, contradições e não linearidades. A racionalidade tradicional forjou um pensamento redutor que assume a ideia de “relações” e “sistemas” como categorias que pressupõem – tão somente – identidades, uniformidades e coerências.

Quando se diz que um sistema corresponde a um conjunto articulado de elementos, pode-se imaginar que esta articulação corresponde a relações necessariamente harmônicas, o que consiste em um equívoco do ponto de vista da Complexidade. Neste contexto, ainda perdura no Direito da Propriedade Intelectual uma abordagem dual de proteção forjada estritamente no reconhecimento de exclusividade sobre o intangível, excepcionalmente admitindo o seu contrário. O mesmo vale para modelos de desenvolvimento baseados em Inovação que, ancorados na tradição Schumpeteriana, encerram o conceito de “novo” à obtenção de resultado econômico, mal grado a popularização do termo “destruição criativa” aponte para uma leitura tipicamente complexa.

O pensamento complexo aspira promover uma inteligência que possa superar o pensamento tradicional e redutor, típico da modernidade. Uma inteligência que possa pensar o homem em sua integralidade e avaliar consequências, a despeito da dificuldade de lidar com o incerto do mundo e dele mesmo. Para o Direito da Propriedade Intelectual, o pensamento redutor revela-se, entre outros aspectos, no modo como seus principais vetores, o Direito Autoral e a Propriedade Industrial, são interpretados e aplicados. Forjaram-se neste contexto concepções disjuntivas que, embora reconheçam certas aproximações entre seus institutos, apontam para leituras especificistas que reduzem a compreensão da Propriedade Intelectual, vezes sob o domínio radical de concepções antropocêntricas individualistas, vezes comprometida por dirigismos exclusivamente tecnológicos ou econômicos.

## 2. PROPRIEDADE INTELECTUAL: ENTRE A ORIGINALIDADE E A NOVIDADE

Para a exegese da Propriedade Intelectual, é lugar comum partir da disjunção entre o Direito de Autor e a Propriedade Industrial (BARBOSA, 2013). Na mesma medida, é corrente o entendimento de que, no regime autoralista (BRASIL, Lei nº 9.610/98), procura-se conferir tutela moral e patrimonial sobre criações estéticas, concebidas como expressões do espírito manifestas em literatura, arte e ciência, a partir da caracterização de sua originalidade. A originalidade, por sua vez, é um conceito cujo sentido evoca as qualidades relativas à gênese do objeto criado. Ao reconhecer a originação como critério constitutivo de exclusividade, privilegiou-se a subjetividade autoral, tornando-a autoridade sobre o uso, fruição e disposição da criação.

Deste modo, prevaleceu a vontade do sujeito nos moldes kantianos. A obra foi reconhecida como expressão do espírito criador, platonicamente independente do mundo físico, mas necessariamente manifesta a partir dele (PLATÃO, 1994). Para o pensamento cristão, do mesmo modo que Deus criou o homem um ser dual (corpo e espírito), a arte, produto do “espírito” humano, foi projetada como extensão deste arquétipo, caracterizada como um *corpus mysticum* manifesto em um *corpus mechanicum*. Neste sentido, não é a similaridade que, por si mesma, qualifica uma potencial violação ao Direito Autoral, vez que é a noção de origem somada a sua pressuposta singularidade que constituem o vetor deste instituto. O que se procura considerar nesta ótica é se a obra apresenta mínimas características, no plano de sua expressividade, capazes de denotar uma origem.

A Propriedade Industrial (BRASIL, Lei nº 9.279/96), por sua vez, confere exclusividade em caráter monopolístico sobre artefatos e processos, os quais devem apresentar conformação técnico-utilitária nova frente ao mundo. Sua historicidade é marcada pela transição de um regime de privilégios estatal ao reconhecimento como direito de propriedade, ainda que temporário. Marinho (2011, p. 75) observa que “o conceito de patente como propriedade foi fruto das idéias liberais, da valorização do homem pelo movimento iluminista e do fim do absolutismo”. Embora se exijam também atividade ou ato inventivo e aplicação ao universo fabril, a novidade representa o critério chave do monopólio industrial. Dispensadas aqui observações analíticas mais apuradas sobre a distinção entre a atividade e o ato inventivo, cabe apenas reconhecer que estes requisitos apontam para a exigência de um mínimo de empenho e articulação intelectual por parte do inventor. Suscetível de aplicação industrial é o invento destinado ao emprego na indústria (como diferencial no e/ou do processo) ou que seja passível de reprodutibilidade em escala industrial.

Originalidade e novidade são categorias não só disciplinarmente diferidas na Propriedade Intelectual, como também não raras vezes confundidas e tomadas uma pela outra. Isto ocorre fundamentalmente porque a sociedade por décadas caminha na esteira de uma atomização radical que fragmenta, classifica e individualiza tudo (BAUMAN, 2006), reconhecendo em cada fragmento, qualidades essenciais que a diferenciam do restante.

A Propriedade Intelectual implica o reconhecimento jurídico da exclusividade, a qual comporta dois vetores: a exclusividade em sentido estrito e o monopólio. A exclusividade em sentido estrito, típica do Direito Autoral, pressupõe a singularidade

decorrente da originação de uma obra. Significa que o critério determinante para a qualificação do Direito de Autor consiste na identidade entre a procedência (autor ou titular derivado) e o objeto (obra). Corresponde ao que se convencionou denominar como originalidade. Para Silveira (2014, p. 9) “A originalidade deve ser entendida em sentido subjetivo, em relação à esfera pessoal do autor.”

Deste modo, os potenciais efeitos econômicos, técnicos e até mesmo estéticos emergentes “do objeto”, *a priori*, são irrelevantes para conferir ao originador a exclusividade de uso, gozo e fruição. O domínio é reconhecido à procedência – frise-se – por identidade constituinte, ou seja, toda criação é produto de uma origem (tradicionalmente o indivíduo humano – autor) e, por consequência, admite-se que a sua existência no mundo seja determinada (controlada) por esta mesma origem. A similaridade não representa um ilícito nesta leitura, pois, hipoteticamente, origens distintas podem gerar idênticos resultados. O ilícito não compreende a similaridade em relação a outros objetos do mundo, mas consiste no uso não cancelado pela origem.

Por sua vez, a exclusividade como Monopólio, típica da Propriedade Industrial, pressupõe a singularidade decorrente da comparação entre um artefato ou processo com o estado da técnica. Significa que, neste caso, o domínio privativo é legitimado a partir do critério da diferença entre objeto criado e os demais existentes no mundo. Para a caracterização de patentes de invenções exige-se a novidade, entendida como atributo distintivo de um objeto ou processo, em relação a tudo que já se encontra disponível à humanidade, mesmo por descrição oral.

Para a Propriedade Industrial, a originação é um aspecto presente, mas não determinante à caracterização do monopólio. Significa dizer que haverá sempre um legitimado ao exercício dos direitos conferidos, seja ele o autor ou um titular por derivação. Contudo, o critério que orienta a constituição jurídica destes direitos é predominantemente a diferença em relação ao estado da técnica.

É preciso esclarecer que o conceito de originalidade caminha em uma dupla acepção, aspecto responsável por frequentes equívocos. Um refere-se à noção estrita de origem, ou seja, implica na ideia de uma relação de causa e efeito. Neste sentido a criação é compreendida como resultado de uma fonte constitutiva (a causa) presumivelmente singular. Implica no reconhecimento da criação (obra) provir de uma fonte criadora (autor) que, por definição, indiscutivelmente é única em razão de suas qualidades, escolhas e ações.

Disto deriva a noção, enaltecida pela tradição romântica, de que os atributos do autor estão “impressos” na obra, de modo que eles se encontram manifestos na própria expressividade que a constitui. Trata-se de uma singularidade por derivação. Assim, diz-se que uma obra é original em relação a tudo que a vincula diretamente ao seu originador, incluindo, mas não se limitando, às escolhas de instrumentos, procedimentos e materiais adotados na sua produção. Aqui a originalidade projeta-se como um valor que traduz o pertencimento simbólico e identitário da criação a uma espécie de matriz singular. Nesta linha, o reconhecimento da obra como tal está irremediavelmente ancorado à sua procedência.

Um segundo sentido privilegia a ideia de qualidades típicas, distintivas e inerentes ao objeto criado, sem considerar a sua originação. A criação consubstancia-se, por-

tanto, em algo diferenciado e incomum, encerrando, em si, atributos técnicos que a distinguem. Trata-se de uma singularidade por diferenciação objetiva frente ao mundo. Assim, a originalidade confunde-se com a novidade, ou seja, a singularidade é manifesta na diferença entre objetos e não a partir identidade do objeto em relação a uma origem singular.

No contexto da primeira abordagem, costuma-se afirmar que a palavra “cópia” designa o objeto resultante de uma fonte e meios de produção desviantes em relação a uma origem autêntica. Também por esta razão, “obra legítima” equivale ao termo “obra original”, referindo-se ao reconhecimento de uma origem constitutiva. Para a segunda, a cópia se caracteriza pela semelhança frente a uma criação preexistente no mundo. No confronto dos atributos inerentes aos objetos e na conseqüente constatação de suas identidades é que se atesta a cópia como reprodução.

Em princípio as duas abordagens são complementares na medida em que a especificidade do objeto criado é reconhecida como resultante da singularidade da sua origem. Consolida-se alegoricamente uma espécie de “espelhamento” que induz a ideia de um vínculo causal e especial entre criador e criação, entre a fonte e o produto. A obra representaria, ela mesma, uma expressão distinguível do meio e, ao mesmo tempo, distintiva para o seu originador, por representar a extensão de suas próprias qualidades.

Contudo, a lógica de mercado associada à popularização gradual dos meios de reprodução e comunicação, tende a priorizar as qualidades do objeto, em detrimento da sua origem constitutiva, conferindo para toda obra ou invento uma dimensão valorativa autônoma. A originalidade, então, passa a significar a própria singularidade do objeto, confundindo-se com a novidade. Na medida em que a singularidade objetiva (e não subjetiva) é adotada como principal vetor cultural e econômico de valorização, o novo prevalece em detrimento da origem.

A prevalência da singularidade ontológica que, *a priori*, desconsidera a criação como produto da atividade intelectual de um ou de mais sujeitos (de um gênio individual ou de uma inteligência coletiva) e, neste sentido, a transforma em “objeto singular de valor” ou de “valor singular”, tende a esvanecer qualquer fundamento exterior, ou seja, desconstitui legitimações alheias ao próprio “em si”. Em outras palavras, a criação (obra ou invento) vale por ela mesma, importa estritamente em razão dos benefícios que promove, sejam estes de ordem estética ou utilitária, independentemente de sua origem constitutiva.

### 3. A TESSITURA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E DA INOVAÇÃO

Inovação tornou-se categoria corrente em diversos e distintos contextos sociais por traduzir, quase que de modo instantâneo, a ideia de mudança. Contudo, percebida como *devoir*, a filosofia grega lembra quão antiga é a Inovação. Cumpre mencionar Heráclito quando afirma que “Tudo flui (*panta rei*), nada persiste, nem permanece o mesmo” (HEGEL, 1996). Para a pós-modernidade (LYOTARD, 1984) esta categoria revela outros sentidos, dentre os quais a noção de criatividade como um fenômeno coletivo, aberto (CHESBROUGH, 2007), que pressupõe o compartilhamento “racionalizado” de saberes, a fim produzir resultados econômicos.

Acompanhada pelo desenvolvimento tecnológico, a Inovação filia-se com ele à globalização, à sociedade de mercado, à velocidade, ao compartilhamento e à intangibilidade dos sistemas digitais. Diante da Inovação, a Propriedade Intelectual depara-se com o desafio (necessário) de revisitar suas premissas, compreender sua gênese e reavaliar o seu papel no contexto contemporâneo. Carboni (2008, p. 27) lembra que “os institutos jurídicos mudam de função ao sabor das mudanças históricas, adaptando-se às novas exigências sociais”.

Para compreender a complexidade que atravessa este cenário, Morin (1999) oferece um constructo teórico resultante de um rico campo epistemológico e conceitual, predicado que oportuniza estudos sob uma abordagem sistêmico-dialógica e transdisciplinar. Há duas concepções de complexidade: uma ingênua que remete à ideia da dificuldade de lidar com quantidades e diversidades; outra paradigmática, que propõe uma significativa ruptura com abordagens estritamente lineares e causais. Para pensar complexamente os fenômenos existenciais, Morin (2000) recomenda a adoção do princípio dialógico, o qual compreende uma postura cognitiva que procura articular ideias aparentemente antagônicas, na medida em que as considera também reciprocamente complementares. Esta abordagem permite a aproximação de diferentes saberes, o que pressupõe, igualmente, o sentido de unidade a partir da diferença e dinamicidade, aspectos estes distintos das vertentes epistêmicas tradicionais.

A Inovação, seja no sentido mais estrito que designa um processo para consecução do “novo” com vistas à obtenção de resultados econômicos, seja como fenômeno mais amplo, implica uma transformação cultural que atinge diversos setores e, fundamentalmente sobreleva a noção de criatividade como fenômeno coletivo. O espírito inovador colaborativo que emergiu de diversos espaços de produção cultural e tecnocientífica do século XX, colocou a figura do gênio em descrédito. A propósito, Kant (2005, p. 153-154) se refere ao gênio como “um talento para produzir aquilo para o qual não se pode fornecer nenhuma regra determinada, e não uma disposição de habilidade para o que possa ser aprendido segundo qualquer regra; conseqüentemente, originalidade tem de ser sua primeira propriedade”

Contudo, embora o próprio libertarismo tecnológico procure desconcertar a genialidade individual, ainda o mantém latente, na medida em que não consegue se desvencilhar do paradigma racionalista. Retroativamente alimentada pelo desenvolvimento tecnológico, a Inovação considera paradoxalmente a cópia como uma prática relevante em vários sentidos, por exemplo, na condição de meio para a preservação da memória digital e também como fator inerente ao compartilhamento, visto como necessário à própria criatividade.

Em outra senda, a ideia da renovação permanente como variável relevante ao crescimento econômico (SCHUMPETER, 1997), coloca sob o crivo da obsolescência, inclusive, os mecanismos culturais de permanência e duração, dentre eles, a garantia de exclusividade conferida pela Propriedade Intelectual. Assim, o tempo de duração da exclusividade, seja na Propriedade Industrial (monopólio) ou no âmbito do Direito de Autor (exclusividade estrita), mostra-se desalinhado com a realidade.

No contexto da interdisciplinaridade operada no ventre da Inovação, surge a possibilidade de integrar o que o racionalismo moderno de inspiração cartesiana separou. Mas, para que esta integração efetivamente ocorra, é necessário caminhar

também pela transdisciplinaridade e considerar que, os sujeitos em relação, sejam indivíduos ou instituições de diferentes segmentos voltados a distintos interesses – a exemplo do que aponta a Inovação Tríplice Hélice (ETZKOWITZ, 2008) – reconheçam que a ação do outro é determinante para a sua própria constituição e identidade.

Para o racionalismo moderno, cindir o Direito Autoral e a Propriedade Industrial implica confirmar a platônica distinção entre o mundo metafísico e o mundo físico (PLATÃO, 1994), a fim de aplacar a angústia da incerteza. A subjetividade é mantida no campo da arte, reservada ao espectro variável das impressões, intuições e dos afetos. A objetividade, por sua vez, é limitada à precisão da técnica, do cômputo, das formas, e de tudo que é mensurável. Aprisionado neste paralelismo, o pensamento racionalista não consegue dar conta de compreender a complexidade dos fenômenos sociais e, neste sentido, perceber a insuficiência do modelo jurídico que aspira regular os direitos de Propriedade Intelectual, com vistas ao desenvolvimento social e econômico.

Superar o paradigma sujeito-objeto, do ponto de vista da complexidade moriniana, não é eliminar por completo o sentido diferencial destas categorias. Implica entender a relação de interdependência constitutiva, a partir de suas diferenças. Disto decorre o entendimento de que o indivíduo não “é” por si mesmo, mas só em relação ao coletivo; que a Inovação não é por si mesma, mas só em relação ao humano; que a arte não é por si mesma, mas só em relação à técnica; e que a exclusividade patrimonial sobre criações humanas não é por si mesma, mas só em relação ao social. A partir desta leitura é possível perceber que a exclusividade hedonística propalada pela clássica doutrina do Direito de Autor não se sustenta, bem como a estrita abordagem tecnicista da Propriedade Industrial mostra-se insuficiente.

Desde as primitivas civilizações, o ser humano dialoga com a natureza provendo suas necessidades e manifestando seus sentimentos. Neste diálogo, técnica e arte sempre estiveram próximas. O senso utilitário e estético manifesta-se na existência através da corporeidade física. Toda criação representa, parafraseando Morin (2005, p. 180), uma síntese *multiplex*, em diversos aspectos: a criação como síntese da técnica e da arte; o conhecimento como síntese da teoria e da prática; o sujeito como síntese da mente e do corpo; a sociedade como síntese do coletivo e do individual.

Através da linguagem, o homem aperfeiçoou sua capacidade de estabelecer identidades e diferenças e, neste jogo simbólico, entrincheirou razão e emoção; objetividade e subjetividade, esquecendo-se que estas dimensões sempre estiveram relacionadas. Admirado com a externalidade objetiva do mundo, o homem encantou-se com a segurança dos números, das métricas, dos padrões, das formas e de tudo mais que a objetividade foi capaz de prover. Ao perceber que percebe, ao estilo cartesiano (DESCARTES, 1996), o humano distinguiu-se dos demais seres. Imputou-lhes pura instintividade – emotividade rélis e inapta à transformação objetiva do mundo. Assim, arte e técnica foram lançadas a extremos opostos. Considerado inútil, o artista ressentiu-se da técnica e procurou razão de ser “em si”, na sua interioridade metafísica, a ponto de considerar a inutilidade uma virtude. Subjugado pela autossuficiência da arte (por vezes arrogante), o técnico repudiou a sensibilidade estética, invariavelmente “variável e insegura”, proclamando a racionalidade científica como titular da verdade. No fervor deste duelo, categorias híbridas emergiram.

Técnicos que, ao desprezar o caráter mimético-recursivo imposto à “pura técnica”, invocam atributos artísticos aos seus esforços pela primazia, brilhantismo e originalidade. Refugiam-se nesta categoria sincrética doutos, filósofos e cientistas de vanguarda. Artistas, por inspiração equivalente, reivindicam profissionalismo pelas qualidades técnicas – precisão e confiabilidade – ínsitas ao resultado de seus esforços. Assim, a autoridade intelectual (subjéctiva ou objectiva) tornou-se objeto de disputa entre filósofos e cientistas, humanistas e empiristas, sociólogos e técnicos. Neste sentido, constata-se que o germe da distinção entre a arte e a técnica reside na ideia de liberdade e autonomia fundadas em atributos intelectuais, contrapostas aos limites da natureza e das relações sociais.

O que se entende por arte é um conceito que conquistou o *status* metafísico de cariz subjéctivista, noção que sincretiza várias concepções históricas, cujo denominador comum consiste na valoração suprema de um plano transcendente à materialidade. Assim foi para os gregos com o platonismo, para o pensamento cristão com Deus e para a modernidade com a razão, a vontade kantiana e o livre arbítrio. A técnica, por sua vez, manteve-se umbilicalmente ligada ao plano material, vinculada aos fatores objetivos da *res extensa*. Condicionada aos limites do mundo físico, não é difícil compreender como a técnica, do aprisionamento ideológico a *physis*, migrou para a moderna submissão ao domínio econômico dos meios de produção. Nestes termos, a cisão entre o Direito de Autor e a Propriedade Industrial é revelada.

Sistêmica e retroativamente, a liberdade e o controle distinguem-se, mas operam de modo integrado e dinâmico. A liberdade se constitui a partir do controle e o controle é constituído a partir da liberdade, em um jogo complexo de tensões interminável. Do mesmo modo que não há extremos absolutos, também não há um ponto de equilíbrio pleno capaz de garantir eterna estabilidade. Na tensão entre os planos físico e simbólico, tudo tende a (trans)formação. Significa que as formas nada mais são do que representações de estabilidade provisória que entropicamente assumem novas formas, mas que dialogam com as antecedentes. A disjunção entre a arte e a técnica, a liberdade e o controle, a constituição da autoridade do saber, a atomização via objetivação do conhecimento e da criação, e, principalmente, a prevalência do paradigma sujeito-objeto, constituem, na perspectiva deste estudo, a amalgama tradicional dos direitos intelectuais, a qual não mais se coaduna com a complexa realidade contemporânea. Reconhecer a complexidade social é admitir que todas as pessoas e instituições encontram-se densamente integradas a uma trama (uma rede), constituída e constituinte de múltiplas comunicações.

De certo modo, o desenvolvimento tecnológico contribuiu significativamente para esta tessitura, ao oportunizar bens e recursos que retroalimentam os meios de produção, gerando progressivamente quantidade, qualidade e diversidade de conhecimento e informação. O mundo tornou-se mais amplo e diverso e, ao mesmo tempo, mais concentrado e individualizado. O especialismo divisou o conhecimento, o trabalho, a teoria, a prática, a arte, a técnica e, por consequência, a Propriedade Intelectual.

Ao considerar o plano constitucional brasileiro, não restam dúvidas sobre o acolhimento da garantia de exclusividade temporária conferida aos autores sobre as obras literárias, artísticas e científicas por eles manifestas (BRASIL, 1988, Art. 5º, XXVII), assim também aos inventores de engenhos industriais (BRASIL, 1988, Art. 5º,

XXIX). Todavia, a questão da exclusividade revela-se complexa na medida em que é observada a partir das condições estruturais contemporâneas. A hegemonia da lógica de mercado, a qual colocou no plano prioritário as pretensões e os anseios consuméristas, consagrou a objetificação e a autonomia do valor monetário e das criações.

O desenvolvimento tecnológico facilitou a reprodutividade e a circulação de bens técnicos e culturais. Neste contexto, a pressuposição de que “os atributos destes bens” resultam de uma “fonte singular” é um aspecto praticamente desconsiderado, não apenas em razão da facilidade de reprodução, mas também no sentido de admitir a criatividade como um fenômeno poli-individual. Soma-se a isto o predomínio da noção de que os objetos do mundo apresentam valor em si, independente de uma origem, ou seja, são dissociados dos fatores humanos de produção. O próprio modo como a legislação e a doutrina refere-se à “proteção da criação” consagra este sentido. Assim, as obras e inventos, percebidos como entes autônomos a serem “protegidos”, comportam valor apenas pela primazia que a sua condição objetiva oferece ao deleite estético ou utilitário.

A par deste aspecto, consagrou-se no imaginário global a existência de bens intelectuais gratuitos pela simples lógica facilitarista provida pelas Tecnologias de Informação. A transmutação das expressões artísticas e técnicas para as linguagens e códigos computacionais, ao passo que potencializou a reprodutividade, a difusão e o trabalho colaborativo, também contribuiu para obnubilar as diferenças entre a criação e cópia, a forma e o conteúdo, a informação e o conhecimento.

Atualmente, o tempo da comunicação é o tempo dos fluxos dos códigos binários transmitidos pela energia elétrica ou pela luz. Desde Newton, a física explica que a velocidade compreende a relação entre espaço e tempo, e que a percepção de movimento é relativa ao observador. Contudo, a comunicação telemática estabeleceu um tempo que destoa profundamente da percepção temporal e espacial humana. É justamente este tempo – o da comunicação mediada por computadores e redes globais – que se tornou um dos principais catalisadores da Inovação. Este paradigma imprimiu um ritmo que atropela a temporalidade das relações humanas, a percepção integrativa (complexa) das dinâmicas do mundo físico-bio-social. A velocidade é imposta a praticamente tudo (LIPOVETSKY, 2004), de modo que o resultado “objetivo” e imediato impera sobre o valor da compreensão, do conhecimento e da criação enquanto processos relacionais que demandam tempos diferenciados e desacelerados.

A submissão massiva, primeiro ao ritmo da indústria, depois à temporalidade digital, mudou a percepção do mundo – comprimiu o espaço e acelerou o tempo. Sujeitos a esta infra-estrutura tecnocientífica, os indivíduos são demandados e submetidos a um fluxo de comunicações difícil de dimensionar, tornando a experiência da vida muito mais plural e intensa, mas, *contrario sensu*, simultaneamente efêmera e ilusória. A mediação tecnológica projeta uma ideia de infinitude que ressalta apenas a ideia de fartura informacional e com ela, a exaltação do acesso livre e gratuito aos bens culturais. Contudo, esta leitura esqueceu que a constituição de qualquer fenômeno (inclusive cultural) comporta o seu contrário, ou seja, o exercício da liberdade também implica condições restritivas.

Nas últimas décadas, a constituição de uma trama de eventos despertou ainda mais a atenção da filosofia e das ciências humanas para Complexidade Social, entre os

quais cumpre destacar: o fenômeno da globalização; o desenvolvimento de novas tecnologias nos campos da Informática, da Telecomunicação, da Biologia, da Física, com especial destaque para a Biotecnologia e a Nanotecnologia; o ativismo voltado para a constituição de identidades sociais e com elas, a luta pela consagração do respeito às diferenças; o fortalecimento dos ideais de liberdade e autonomia individual que, somados ao desenvolvimento da economia de mercado, massificaram o consumo e intensificaram o individualismo.

Contudo, no campo das TIC's, a popularização da Rede Mundial de Computadores permitiu a expansão, não só do acesso, mas também da participação ativa dos indivíduos na difusão de conhecimentos e informações. Emergiram novos e diversificados modos de interação colaborativa em rede, fato que representa, na perspectiva de Lévy (1999), o surgimento de uma Inteligência Coletiva. Estes e outros eventos entrelaçaram-se de modo complexo, ampliando consideravelmente o rol de novas oportunidades e novos problemas, constituindo um panorama de relativização do presente e de incertezas para o futuro. No campo da educação, as instituições de ensino procuram transformar as suas práticas a fim de acompanhar a realidade contemporânea. Transformações de base apontam para a valorização das atividades práticas em contraposição ao predomínio do ensino escolástico. O incentivo à transdisciplinaridade, o fomento a produção colaborativa e a descentração do ensino-aprendizagem situam o docente, não mais como autoridade do saber, mas como promotor de experiências que ofereçam aos alunos condições à construção do próprio saber.

O cenário empresarial, por sua vez, foi igualmente invadido pela Cultura da Inovação. No ambiente concorrencial, não há mais espaço (apenas) para reprodução massiva. É preciso criar e recriar permanentemente. A estabilidade tornou-se inevitavelmente provisória. Esta mudança exige uma transformação de pensamento que, entre outros aspectos, não estigmatiza o erro, mas apura suas causas. Não procura "uma resposta", mas múltiplas possibilidades de solução. O novo é obtido a partir de ações de grupo e o gênio individual foi mitificado, não ocupa mais um lugar de destaque no processo criativo. A genialidade foi rotulada como furtiva e refratária ao modelo descentrado e colaborativo que estrutura as organizações do novo milênio. A Inovação de base triádica (ETZKOWITZ, 2008; SABATO, 2011), por assim dizer, que procura relacionar instituições públicas e privadas, é um fenômeno presente em vários países do mundo contemporâneo e se tornou objeto de pesquisas que resultaram em diretrizes e modelos de gestão para o desenvolvimento econômico e social, mimetizadas a partir dos parâmetros de ascensão tecnológica norte americana do século XX.

Neste contexto, os Direitos de Propriedade Intelectual encontra-se em uma zona de tensão. Por um lado, há quem milite pelo necessário fortalecimento de mecanismos jurídicos no sentido de garantir pretensões exclusivistas. Por outro, concepções colaborativas e libertárias são erigidas e, nas suas vertentes mais radicais, propugnam pela extinção de exclusividades, reconhecendo a toda produção intelectual a qualidade de bem comum.

A garantia de exclusividade oportunizada pela Propriedade Intelectual representa um fator estratégico para segmentos produtivos cuja base econômica é centrada na reprodução massiva combinada com estabilidade temporal. Neste contex-

to é evidente a necessidade em reprimir a contrafação e a concorrência desleal de modo que resultados econômicos sejam garantidos, assim como a sustentabilidade do empreendimento. O controle tecnológico e jurídico sobre a produção de cópias – a reprodução – integra especialmente o paradigma produtivo da segunda e terceira revoluções industriais, em mercados cuja oferta em escala de bens representa o vetor predominante. Embora este perfil de indústria ainda exista, na medida em que emergem mudanças paradigmáticas nos conceitos e nas dinâmicas dos meios de produção e distribuição, refratárias à reprodutividade massiva e, portanto, inclinadas à diversidade e velocidade crescentes, o interesse em garantir a exclusividade por meio de Direitos de Propriedade Intelectual tende a se transformar.

Propaga-se uma cultura de valorização do novo, cuja expressão primitiva encontra-se na obsolescência programada – fruto do puro racionalismo industrial dirigido ao lucro – e na obsolescência perceptiva, modo como os indivíduos culturalmente reconhecem o valor técnico e estético dos produtos disponibilizados no mercado. A Inovação acelerada – neofílica – opera o incremento da diversificação e da redução da “vida útil” dos bens produzidos, o que tende a reduzir o potencial interesse na garantia de exclusividade sobre a reprodução destes bens. Na fronteira entre o velho paradigma reprodutivista e as novas dinâmicas criativas, o projeto de Inovação contemporâneo caminha no sentido de valorar a interdisciplinaridade por meio de relações interinstitucionais a fim de potencializar a geração de novidades que, na perspectiva Schumpeteriana, consiste no motor do desenvolvimento.

Em que pese o amplo espectro semântico, pode-se afirmar que a Inovação consiste em um processo que, levado a efeito, pode oportunizar a obtenção de resultados financeiros e/ou a promoção da qualidade de vida. Uma observação rápida do texto constitucional (BRASIL, 1988, Preâmbulo; art. 1º, III; art. 193; art. 219) facilmente revela que todas as atividades econômicas e sociais estão circunscritas à promoção do bem-estar e da dignidade humana, de modo que os resultados financeiros, por si, não podem representar nada mais que um meio para atingir aqueles fins. Mas a realidade é manifestamente complexa (não linear), de modo que a consecução dos meios pode não corresponder aos fins pretendidos. Significa dizer que não é prudente pressupor (como normalmente se faz) que a Inovação como vetor de competitividade industrial seja, ao fim e ao cabo, promotora do desenvolvimento qualitativo da vida, já que seus efeitos são, em menor e maior grau, marcados pela imprevisibilidade. Também não cabe desprezar as implicações do seu papel econômico, já que a ordem social contemporânea é atravessada pela dinâmica de mercado. No mesmo sentido, não é adequado reconhecer de pronto que a PI é determinante para a Inovação, como também não cabe subestimar sua importância, na medida em que se presta a garantir a exclusividade temporária sobre bens intangíveis e, neste sentido, opera como um vetor de competitividade.

## 5. CONCLUSÕES

Ao observar a natureza, a humanidade procurou fragmentá-la a fim de compreender suas qualidades. Porém, esta concepção fragmentária forjou a inaptidão intelectual para lidar com a complexidade do mundo. Semelhante fenômeno ocorre com a realidade tecnocientífica que, ao tornar-se cada vez mais “complexa”, sublima a pro-

nessa de “simplificação” da vida humana em detrimento de suas incongruências. Contudo, a insuficiência do isolamento promovido pela segmentação implica seu contrário, ou seja, o refluxo do sentido de integração, de ação conjunta e colaboração.

Não se trata de um fenômeno absolutamente novo, pois a história revela processos isolacionistas (de fragmentação, dispersão, degradação e entropia) que produziram o seu contrário, ou seja, trata-se da desordem que produz ordem. Os constrangimentos, as restrições e controles que emergiram do processo de divisão do trabalho na Revolução Industrial, por exemplo, compreenderam as condições para a emergência de forças contrárias de militância coletiva (instituições associativas, sindicais, entre outras). Neste sentido, a resolução dos problemas sociais, a questão do desenvolvimento e da qualidade da vida planetária, a disponibilidade de recursos materiais e imateriais perpassa por concepções sistêmicas que reposicionam a questão dos papéis e, mais especialmente, das relações inter e trans-institucionais.

A Universidade é convocada a intervir na realidade social, a se reposicionar local e globalmente, solidária às instâncias produtivas. Assim, ela é chamada a atuar em permanente comunhão com a iniciativa privada e o governo, em uma configuração triádica de Inovação. Mas o termo Inovação vai além da caracterização de relações institucionais, ele implica a produção do novo que – pressupõe-se – move a economia e produz riqueza. Neste cenário, a garantia por direitos de Propriedade Intelectual é colocada em pauta.

A tônica do Direito Autoral advém da tradição romântica que enaltece a individualidade, a autonomia, e reconhece a obra como expressão da personalidade de um sujeito, concepção fruto da luta política contrária aos estatutos e instituições opressoras pré-burguesas. Para o Direito brasileiro e para todos os países nos quais predomina a tradição autoralista românico-germânico-francesa, o paradigma da personalidade demiúrgica ainda conforma os estatutos jurídicos a uma lógica marcada pelo dualismo sujeito-objeto, precursora da noção de direitos morais e patrimoniais e da caracterização da obra como uma espécie de síntese resultante da convergência do mundo das ideias com o plano material.

Ocorre que a exegese autoral reconhece, a partir do conceito de originalidade, a tutela patrimonial e moral. Neste sentido, observa-se que o pressuposto jurídico da exclusividade é indiferente ao seu entorno. Significa dizer que efeitos econômicos, técnicos ou mesmo estéticos decorrentes da criação, *a priori*, são irrelevantes. O que orienta a concepção autoralista clássica é fundamentalmente o critério da origem, a despeito da obra produzir, ou não, impactos subjetivos ou objetivos no contexto social. Importa insistir que este critério representa, no horizonte histórico da consagração dos direitos humanos, a emergência de uma força refratária a todo constrangimento e opressão ao exercício das liberdades individuais. As artes foram juridicamente significadas como “expressões” imunes a qualquer pretensão utilitarista ou juízo de valor estético.

Por sua vez, a exegese da Propriedade Industrial, ancorada no racionalismo instrumental, sobreleva os critérios objetivos, especialmente a novidade, e ignora quase que por completo a cláusula constitucional que vincula irremediavelmente toda distintividade monopolística ao “interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país” (BRASIL, 1988, Art. 5º, XXIX). Diante destes aspectos, urge ressignifi-

car os contornos característicos da Propriedade Intelectual, o que implica dessubjetivar a originalidade ínsita ao Direito de Autor, e desobjetificar a novidade no contexto da Propriedade Industrial. Em outras palavras, faz-se necessário deslocar a originalidade e a novidade, enquanto critérios adotados à constituição de direitos de Propriedade Intelectual, para o campo relações sistêmicas.

Por dessubjetivação da originalidade deve-se entender que os atributos do originador (autor), pressupostamente responsáveis pela singularidade da obra (constituída, portanto, por derivação), não devem interferir no reconhecimento da exclusividade. As faculdades de uso, gozo e fruição não podem ser compreendidas como uma espécie de extensão da individualidade e autonomia do sujeito. Ao propor a dessubjetivação, não se está sugerindo uma racionalidade que aponte para o seu contrário. Ou seja, dessubjetivar não é o mesmo que objetivar. Portanto, de modo algum cabe intervir no plano da subjetividade criativa, estabelecendo parâmetros que balizem o julgo estético, impondo regras sobre o que deve ou não deve ser qualificado como arte para efeito de exclusividade. Tal abordagem, por óbvio, seria um retrocesso. Nem tão pouco se procura desconsiderar a autoria como uma condição meritória. A dessubjetivação deve ser compreendida como uma categoria complexa, a fim de reconhecer a garantia de exclusividade como vetor inerente às configurações sistêmicas da realidade social.

No mesmo sentido, desobjetificar a novidade no contexto da Propriedade Industrial, não significa transformar o juízo técnico sobre a concessão de monopólio em um juízo subjetivo. Trata-se de reconhecer que a caracterização da novidade não se reduz a um atributo objetivo de um artefato ou processo técnico, mas compreende uma condição sistêmica complexa, cujas implicações vão além do reconhecimento jurídico do monopólio industrial. Insistir na tradicional disjunção é, por um lado, render o interesse social às idiossincrasias de um sujeito ou grupo e, por outro, blindar o progresso industrial e tecnológico da ponderação sobre os aspectos simbólicos e estéticos (leia-se também, éticos) relativos aos problemas sociais da humanidade, problemas estes insolúveis sob a ótica que dissocia a arte e a técnica.

A concepção romântica que afirma ser a obra uma extensão da personalidade do autor, ou seja, predominantemente algo revelado ao mundo externo (obra) a partir de uma essência singular (a subjetividade), confronta-se com a atual concepção sistêmica no sentido de que toda criação, até mesmo a personalidade do sujeito, não corresponde a algo que resulta de uma interioridade volitiva, mas é constituída dialogicamente a partir de configurações sociais complexas. O mesmo ocorre em relação à técnica que, ancorada à ilusória objetividade das formas materiais, ou se afasta completamente das decisões relativas aos seus efeitos (como ocorreu com os cientistas e técnicos durante a segunda guerra mundial) ou procura tomá-las de assalto sob a alegação de que o conhecimento técnico-científico é o único apto a decidir sobre os limites de si mesmo.

A disjunção entre Direito de Autor e Propriedade Industrial contribui para uma condição na qual a exclusividade torna-se promotora do atomismo irresponsável. Neste sentido, os direitos intelectuais não podem mais ser tratados de forma polarizada e redutora de modo a identificar-se tão somente com a apropriação privada do conhecimento. O pensamento complexo permite que a Propriedade Intelectual con-

tribua para regular as tensões entre liberdade e controle, do livre fluxo do conhecimento à restrição dominial. Sabe-se que a dominação intelectual/econômica operada via Propriedade Intelectual representa um grave problema, pois implica o fortalecimento das desigualdades sociais. Mas na mesma medida, também é um erro reconhecer que o banimento de qualquer forma de exclusividade e/ou monopólio sobre os produtos da arte e da técnica favorece a ampla emancipação humana. A complexidade social contemporânea não comporta mais abordagens estritamente disjuntivas.

Urge reconhecer o papel das diferenças, seu caráter complementar e interdependência. Sob a ótica dialógica, a singularidade é produto da pluralidade e, ao mesmo tempo, a pluralidade produto da singularidade. Há uma questão para a qual a racionalidade empreendedora capitalista precisa abrir-se à reflexão crítica permanente: trata-se da lógica da Inovação pela Inovação com vistas ao acúmulo de capital e a promoção voluntária de relações econômicas radicalmente assimétricas.

Não será mais por meio da caracterização de uma pretensa autonomia epistêmico-normativa que a Propriedade Intelectual encontrará condições para colaborar com o desenvolvimento econômico voltado à qualidade de vida e à redução das desigualdades. Ao contrário, na medida em que o sistema jurídico se fecha e fragmenta-se radicalmente, distancia-se dos fenômenos complexos que emergem das relações entre os diversos subsistemas sociais.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Maria da conceição de. **Para compleender la complejidad**. Hermsillo: Multiversidad Mundo Real Edgar Morin, 2008.
- BACHELARD, Gaston. **O novo espírito científico**. Lisboa: Edições 70, 1996.
- BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. Tomo 1.
- BAUDRILLARD, Jean. **Simulacros e simulação**. Lisboa: Relógio D'Água, 1991.
- BAUMAN, Zygmunt. **Liquid modernity**. Cambridge: Polity. 2006.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2017.
- BRASIL. Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996. **Regula direitos e obrigações relativos à Propriedade Industrial**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2017.
- BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. **Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2017.
- CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2008.
- CARVALHO, Edgard de Assis. Da crise ecológica ao pensamento complexo. **Revista do Instituto Humanistas Unisinos**. São Leopoldo, ano 15, n. 469, 3 out. 2015. Disponível em: <[http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6042&secao=469](http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=6042&secao=469)>. Acesso em: 10 jan. 2017.

- CASANOVA, Pablo González. **As novas ciências e as humanidades**: da academia à política. São Paulo: Boitempo, 2006.
- CHESBROUGH, Henry. **Open innovation**: the new imperative for creating and profiting from technology. 5. ed. Boston: Harvard Business School Press, 2007.
- DESCARTES, René. **Discurso do método**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- ETZKOWITZ, Henry. **Triple Helix**: university-industry-government, innovation in action. New York: Routledge, 2008.
- FISCHER, Ernst. **A necessidade da arte**. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.
- FREUD, Sigmund. **Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud**: A história do movimento psicanalítico, artigos sobre metapsicologia e outros trabalhos. Rio de Janeiro: Imago, 1969, v. 14.
- HEGEL, Georg W. F. C – Crítica Moderna. In: SOUZA, Jose Cavalcante de (Org.). **Os pré-socráticos**: fragmentos, doxografia e comentários. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 103.
- KANT, Immanuel. **Crítica da faculdade do juízo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- LÉVY, Pierre. **A inteligência coletiva**: por uma antropologia do ciberespaço. 2. ed. São Paulo : Loyola, 1999.
- LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.
- LYOTARD, Jean-François. **The postmodern condition**: a report on knowledge. Manchester: Manchester University, 1984.
- MARINHO, Maria Edelvary P. As justificativas comuns para o direito de patentes. **Nomos**, v. 31, n. 2, 2011. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/387>>. Acesso em: 10 abr. 2018.
- MOIGNE, Jean-Louis. Sobre a modelização da complexidade. In: MORIN, Edgar; MOIGNE, Jean-Louis. **A inteligência da complexidade**. 2. ed. São Paulo: Petrópolis, 2000.
- MORIN, Edgar. **As grandes questões do nosso tempo**. 2. ed. Lisboa: Ed. Notícias, 1981.
- MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.
- MORIN, Edgar. Da necessidade de um pensamento complexo. In: MARTINS, Francisco Menezes; SILVA, Juremir Machado da. **Para navegar no século XXI**: tecnologias do imaginário e cibercultura. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2000. p. 31-35.
- MORIN, Edgar. **El método III**: el conocimiento del conocimiento. 3. ed. Madrid: Ediciones Cátedra, 1999.
- MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.
- MORIN, Edgar. **La complejidad hoy**. Conferencia inaugural del ciclo Complejidad e Interdisciplina em las Ciencias y las Humanidades. XX Aniversario del Centro de Investigaciones Interdisciplinarias em Ciencias y Humanidades - CEIICH. 13. jan. 2006.
- PLATÃO. **A república**. São Paulo: Edipro, 1994. p. 266 (517a-e).
- SABATO, Jorge A Alberto. (Org.) **El pensamiento latinoamericano en la problemática ciencia-tecnología-desarrollo-dependencia**. Buenos Aires: Ediciones Biblioteca Nacional, 2011.
- SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do desenvolvimento econômico**: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

SILVEIRA, Newton. **Propriedade Intelectual**. 5. ed. Barueri: Manole, 2014.

**Submetido em: 22 set. 2016. Aceito em: 21 jun. 2018.**





# INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: REFLEXOS NO SISTEMA DO DIREITO

*Adriano Tacca\**  
*Leonel Severo Rocha\**

## Resumo

O presente artigo objetiva examinar a utilização ascendente da Inteligência Artificial e os reflexos no sistema do direito. Assim, a questão norteadora da pesquisa está centrada em responder quais as possibilidades, reflexos e riscos advindos da aplicação dessa nova tecnologia. Em termos de metodologia será adotada uma abordagem sistêmica de matriz luhmanniana e como técnica de pesquisa a bibliográfica. Como resultado do estudo realizado, verificou-se que o avanço na utilização da Inteligência Artificial no universo jurídico já está em curso. Além disso, o debate perquiriu antever as possibilidades e implicações da Inteligência Artificial no mundo jurídico, uma vez que, melhor que competir com ela é entender como ela funciona e tirar proveito das possibilidades que ela possa proporcionar.

## Palavras-chave

Direito. Democracia. Sociedade. Inteligência artificial. Sistema do direito.

## ARTIFICIAL INTELLIGENCE: REFLECTIONS IN THE LAW SYSTEM

### Abstract

The present article aims to examine the upward use of Artificial Intelligence and the reflexes in the legal system. Thus, the guiding question of the research is centered in answering the possibilities, reflexes and risks coming from the application of this new technology. The method used was the systemic luhmannian standard and as bibliographic research technique. As a result of this research, it was verified that the advance in the use of Artificial Intelligence in the legal universe is already under way. In addition, the debate sought to foresee the possibilities and implications of the Artificial

---

\* Possui o título de Pós-doutorado em Direito com o tema que investigou a Inteligência Artificial e suas múltiplas interfaces com o Direito (UNISINOS - 2018). Doutorado Sanduíche em Direito Público pela (UNISINOS - 2016 - Capes 6) e Università degli Studi "G. d'Annunzio (Itália) com a Tese: Direito, Democracia e Saúde: Uma análise do potencial comunicativo do controle social e a contribuição para efetivar o direito fundamental à saúde; Mestre em Direitos Fundamentais (2008); Dissertação: A Administração Pública e a Gestão da Saúde: Perspectivas para um controle jurisdicional da Eficiência Administrativa; Bacharel em Direito e Especialista em Direito Processual; Formação para Docência no Ensino Superior. Coordenador da especialização em Direito Empresarial; professor titular do curso de Direito do Centro Universitário da Serra Gaúcha desde 2005; Advogado (2004).

\* Doutorado pela Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris (1989) e Pós-doutorado em Sociologia do Direito pela Università degli Studi di Lecce. Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (1979), Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1982). Atualmente é Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Coordenador Executivo do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado, Capes 6), bem como é Professor do curso de Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai (URI), Professor Visitante da Furb. Membro pesquisador 1 do CNPq. Representante Titular da Área do Direito no CNPq. Preside a Comissão de Direito do PROEX. Consultor da Capes e da Fapergs. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria Geral do Direito, trabalhando principalmente os seguintes temas: Teoria dos Sistemas Sociais e Teoria do Direito.

Intelligence in the legal scenario, since, rather than competing with it is to understand how it works and take advantage of the possibilities it can provide.

**Keywords:**

Law. Democracy. Society. Artificial intelligence. Law system.

## 1 INTRODUÇÃO

O acelerado nível em que se sucedem as transformações sociais na sociedade hodierna revela-se um tema recorrente nas agendas de debates acadêmicos e sociopolíticos. Numa sociedade da internet talvez não precisaremos, ou mesmo, nem venhamos a querer que médicos, professores, contadores, arquitetos, clérigos, consultores, advogados e muitos outros profissionais trabalhem como o fizeram até hoje (SUSSKIND, R.; SUSSKIND, D., 2016). Essa nova realidade tende a irritar os sistemas parciais da sociedade forçando-os a realizarem mudanças paradigmáticas na relação comunicativa entre eles e o ambiente que os circunda.

Contudo, um olhar mais apurado do tema pode evidenciar que muito além de uma mera discussão, trata-se agora de um desafio a ser enfrentado, isso pois, a magnitude e a intensidade que a informação e o conhecimento em rede circulam pelo ambiente da sociedade não são, todavia, facilmente descritos, ou mesmo, compreendidos. A reação que resulta dessa dinâmica faz com que a democracia,<sup>1</sup> a legislação política, a prática interpretativa dos tribunais, a doutrina das universidades seja reajustada para essa nova realidade (VESTING, 2016).

Há décadas temos visto o cinema antecipar muitas tecnologias que saíram diretamente dos filmes para permear o nosso dia a dia. Logo, iremos examinar uma nova faceta da relação entre o que já conhecemos através da ficção científica e a nova realidade que se apresentará no mundo dos fatos. É bem verdade que as previsões de *Blade Runner*<sup>2</sup> sobre a sociedade estar povoada por androides em 2019 podem ainda ser uma peça de ficção científica, todavia, a Inteligência Artificial já é uma realidade presente em inúmeros setores da sociedade antes mesmo desta data chegar. Muito embora o mercado legal ainda não tenha experimentado significativas alterações com a chegada da IA, é bem provável que em menos de duas décadas, a forma como os advogados trabalham mudará radicalmente (SUSSKIND, 2017).

Para tanto, o objetivo dessa pesquisa será investigação das possibilidades para a operacionalização de sistemas operados pela Inteligência Artificial (algoritmos inteligentes)<sup>3</sup> de forma a que eles possam dar suporte para os sistemas parciais da sociedade, em especial ao sistema parcial do direito, na tarefa de selecionar dados disponíveis

---

<sup>1</sup> Exemplo da nova dinâmica da informação em rede e suas implicações na política/democracia pode ser conferida na matéria veiculada na BBC News Brasil (CELLAN-JONES, 2016). Segundo a BBC, o Facebook e as demais redes sociais podem ter influenciado a eleição americana.

<sup>2</sup> O filme *Blade Runner*, o caçador de *Andróides* estreou nos cinemas em 1982. Retrata a criação de um robô mais ágil e forte do que a raça humana, os quais são utilizados como escravos para a exploração de outros planetas até que numa dessas missões ocorre um motim. O incidente robótico desencadeia uma operação de remoção dos rebeldes robôs. Segundo o filme, no ano de 2019 cinco replicantes chegariam a Terra e um ex-*Blade Runner* (Harrison Ford) é designado para caçá-los.

<sup>3</sup> Para saber mais ver: Rusell (2013).

no ambiente, seja pela coleta progressiva ou pela análise da base de dados fornecidos através da sua programação, aumentando com isso exponencialmente a complexidade interna do sistema, possibilitando com isso, que a escolha a ser realizada por ele, seja a mais adequada.

Como academia, temos ainda o objetivo de contribuir com a análise, identificação e busca por soluções coerentes para os problemas existentes na sociedade. Para tanto, tentamos antever as probabilidades que os sistemas de suporte a decisão baseados na inteligência artificial de aplicação sócio jurídicas podem contribuir para a operacionalização mais capacitada a ensinar o permanente aperfeiçoamento do Sistema Parcial do Direito.

## 2 A COMPLEXIDADE DE UM MUNDO COMPLEXO

O processo acelerado em que ocorrem as transformações sociais é característica evidente da sociedade atual. Sob o ponto de vista desta observação, a sociedade opera funcionalmente de forma diferenciada (ROCHA, 2013). Isso ocorre em razão de processos evolutivos e especializações comunicativas internas que afloram da própria sociedade. Essa característica é marcada pela operação dos sistemas parciais da sociedade a partir de funções específicas a cada um deles. São exemplos de sistemas especializados, o sistema parcial do direito, da política, da economia, da religião, do amor, da educação e da saúde.

Contudo, um olhar diferenciado não permite afirmar que na sociedade atual, “tais sistemas são isolados, incomunicáveis, insensíveis, imutáveis, mas sim que são ‘partes’ ou os ‘elementos’ de tais sistemas que interagem uns com os outros e somente entre si” (RODRIGUES, NEVES, 2012, p. 24). De fato, é com base nessa compreensão de que a sociedade é um sistema social onde a comunicação é seu elemento principal que aflora a ideia de fechamento e abertura operacional dos sistemas parciais que compõem a sociedade.

Niklas Luhmann é o precursor que se avigorou para formular uma teoria geral capaz de explicar o funcionamento da sociedade. Esse percurso se iniciou quando do aprimoramento do conceito de sistema que havia sido desenvolvido pelos biólogos Humberto Maturana e Francisco Varela. Pela concepção dos biólogos, tal como os vegetais, os organismos vivos e as bactérias, todos eles apresentam uma característica em comum, qual seja, são sistemas fechados, autorreferenciais e autopoieticos (FORTES, 2016).

É com base nesse fundamento que Luhmann inicia a formulação de uma teoria dos sistemas sociais aliada a uma teoria da sociedade contemporânea. Para ele, a sociedade pode ser definida como sendo um “sistema social mais amplo de reprodução da comunicação através da comunicação” (FEDOZZI, 1997, p. 28). Portanto, não existe comunicação entre a sociedade e o ambiente, ou melhor dizendo, entre a sociedade e os indivíduos que nela habitam.

Nesse contexto, as principais características a serem observadas na sociedade são a complexidade e a diferenciação funcional. De fato, se o sistema social quiser sobre-

viver, ou melhor dizendo, manter a diferenciação, “há de ser capaz de manejar de algún modo esta complejidad, o sea, há de estar em condiciones de determinar (observacionalmente) los aspectos del ambiente que son relevantes para sus propias operaciones y, a través de éstas, para a construcción de sus propios elementos” (LUHMANN, 1998, p. 7). Como visto, a complexidade é sinônimo de modernidade, isso pois, a complexidade abrange a totalidade das possibilidades que existem no mundo (NEVES, 2013).

Outra característica central dessa discussão é a diferenciação funcional. De fato, por essa característica o sistema parcial do direito “é programado através de uma comunicação codificada particular, que proclama o que é ‘legal’ e ‘ilegal’ de acordo com uma rede recursiva de operações normativas” (FORTES, 2016, p. 195). O referido sistema diferencia-se ainda internamente, a exemplo do direito penal, civil, do trabalho. Numa sociedade moderna de característica complexa, esse diferencial funcional dos sistemas é marca, ou seja, é a principal diferença com os modelos de sociedade que nos precederam (ROCHA, 2013).

Essa nova concepção passa a ser “o fundamento e o ponto de partida que, na interpretação de Luhmann, foi capaz de transformar a teoria dos sistemas [...] numa teoria universalista” (FEDOZZI, 1997, p. 21). Isso significa dizer que a teoria não irá se preocupar com os sistemas na forma de objetos especiais, mas sim, com o auxílio de uma diferenciação específica. Será essa cadeia comunicativa interna e auto-referencial do sistema que irão produzir enunciados normativos binários, os quais decidirão no interior do sistema o que é legal/ilegal (FORTES, 2016).

Por conseguinte, uma abordagem sistêmica do tema que envolve o manejo de volumes exponenciais de informação que circulam pelo ambiente dos sistemas parciais da sociedade nos proporcionará um novo olhar sobre o direito e a democracia. Isso pois, as “múltiplas influências do direito, política e economia sobre o estado constitucional contemporâneo são nítidas. Afinal, a Constituição é simultaneamente a lei suprema do país, a decisão política fundamental, e a moldura institucional necessária para a economia de mercado” (FORTES, 2016, p. 198). De fato, essa nova forma de investigar os fenômenos sociais aflora como sendo uma das poucas teorias, nos últimos tempos, a despontar repercussão e polêmica transdisciplinar entre os estudiosos (GUNTHER, 2012).

Para Bertalanffy (2008), essa especialização dos sistemas parciais é decorrente da enorme soma de informações e pela complexidade de técnicas e de estruturas teóricas de cada campo do conhecimento. Com efeito, existem modelos, princípios e leis que se aplicam a sistemas generalizados ou, então, às suas subclasses, quaisquer que sejam as relações ou as forças que atuem sobre eles.

Para Gunther (2012) abordagem dos temas sociais através da teoria sistêmica permite contemplar uma visão de conjunto. Nesse sentido, uma das principais características dessa teoria é podermos compreender um sistema (Direito) por meio da sua relação e, não por meio de sua decomposição em partes. Isso demonstra ser uma alternativa ao modelo de fragmentação do saber, uma vez que auxilia a unir as partes de um todo que é desintegrado; assim, permitindo compreendê-lo e transformá-lo. De fato, os fundamentos dessa teoria demonstram que o sistema social deve ser analisado como um todo e não individualizado em si, ou mesmo, como partes indepen-

dentes que podem ser somadas para se obter o todo. Por assim dizer, o todo é mais que a soma das partes (NICOLA, 2013).

Outra característica encontrada na análise dos sistemas parciais da sociedade é o fato de que quando passam a ter uma estrutura funcionalmente diferenciada frente ao ambiente, torna-se cada vez mais autônomo com relação a este, ou ainda, para com os demais sistemas parciais que operam na sociedade. Sob tal perspectiva, o estudo dos sistemas parciais da sociedade envolve todas as partes relacionadas entre si, o que equivale a dizer que as propriedades da sociedade como sistema social não podem ser descritas em si, sem analisar as condições de seus elementos em separado e as relações existentes entre eles (URREA; ATEHORTÚA; VALDERRAMA, 2009).

Contudo, é pela auto-referência de cada um desses sistemas parciais que eles passam a se diferenciarem unitariamente frente ao ambiente que o cerca. De forma exemplificativa, ao isolarmos a observação do Sistema Parcial do Direito, o ambiente passa a ser tudo aquilo que não pertence ao sistema, ou melhor dizendo, a diferença entre o que pertence e o que não pertence a ele determina o Sistema Parcial do Direito. O ambiente, por essa abordagem, não assume mais complexidade do que aquela que se encontra no interior do Sistema Parcial do Direito, pelo contrário, o ambiente é tudo aquilo que não pertence ao referido Sistema Parcial.

Sob essa perspectiva, o estudo do sistema da sociedade como um todo é referendado pela capacidade de formulação de princípios válidos para os sistemas parciais de forma geral e independente de qualquer que seja a natureza dos elementos que os compõem e das relações, ou as “forças” existentes entre eles (BERTALANFFY, 2008). Inserido nesse contexto, o problema nuclear a ser enfrentado pelo Sistema Parcial do Direito passa a ser como adaptar-se à crescente complexidade vivenciada pela sociedade e de que forma o sistema poderá valer-se dos sistemas de suporte a decisão legal para realizar com maior grau de probabilidade de acerto a escolha pela decisão correta (NICOLA, 2013).

Na contemporaneidade, ou seja, no contexto de uma sociedade complexa de conhecimento em rede, a qual alterou a epistemologia social, fazendo por abrir um espaço para uma nova reflexão sobre a relação entre o direito a democracia e a sociedade (VESTING, 2016). Nesse sentido, a análise sistêmica permite que se analise o todo e, ao mesmo tempo, leve-se em consideração as suas partes e suas inter-relações comunicativas. Em verdade, uma análise sistêmica da sociedade, ou mesmo, dos sistemas parciais que nela operam, proporciona ainda o entendimento do mundo moderno que vivenciamos e relaciona todas as suas interações e interdependências que compõem o referido sistema social.

Rocha e Duarte (2012) reforça esse entendimento ao afirmar que inserido no contexto de uma sociedade globalizada a teoria dos sistemas permite analisar a realidade, levando-se em conta a construção de comunicações diante de uma conjuntura de uma sociedade complexa. Dessa forma pretendemos demonstrar que a Inteligência Artificial pode atuar como um Sistema de Suporte à Decisão Judicial, seja através da operação como catalizador de informação que circula pelo ambiente do sistema, ou mesmo, potencializando fluxos comunicacionais compreensíveis pelo sistema parcial do direito e enviando-os para o seu interior, auxiliando-o assim na efetivação do próprio direito.

### 3 O LIMIAR DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

O limiar da Inteligência Artificial (IA) remonta ao final da década de 1940. Naquela ocasião John Von Neumann, com o auxílio da matemática, desenvolveu a arquitetura binária (arquitetura de Von Neumann),<sup>4</sup> a qual ainda hoje é utilizada nos programas de computadores. De lá para cá, o desenvolvimento desse tema, ou seja, a Inteligência Artificial (IA) passou por avanços, estagnações e retomadas, mas ainda, ao menos ao que nos parece, está distante de representar algo que se assemelhe a um ser autônomo<sup>5</sup> e senciente.

Data de 1943 o primeiro trabalho que envolve a IA. Ele foi desenvolvido por Warren McCulloch e Walter Pitts e propunha um modelo de neurônios artificiais. A base de sua pesquisa esteve alicerçada em três pilares, ou seja, no conhecimento da filosofia básica relacionada com a função dos neurônios do cérebro; o estudo formal da lógica proposicional desenvolvida por Russel/Whitehead; e, por fim, a teoria computacional de Turing (RUSELL; NORVIG, 2013).

Embora já tivesse passado algumas décadas daquele primeiro experimento, a definição terminológica e conceitual do que é “Inteligência Artificial” ainda demonstra não ser uma tarefa fácil. Ainda mais, para aqueles que pouco se aventuram nessa seara de saberes. Contudo em pesquisa realizada com inúmeros pesquisadores, a referida área é citada como sendo, aquele campo do saber “em que eu mais gostaria de estar” (RUSSELL; NORVIG, 2013, p. 3). De fato, pondera o autor, se imaginarmos que para um pesquisador de física, ao menos no campo das ideias, tudo já tenha sido desvelado, seja por Galileu, Einstein, ou mesmo, por Newton, por outro ponto de observação há um espaço abissal para aqueles pesquisadores que queiram desenvolver seus estudos sobre as inúmeras possibilidades que englobam a aplicabilidade da Inteligência Artificial.

Mas o que é e para que serve a Inteligência Artificial? Uma das primeiras definições aduzia que uma máquina poderia ser considerada inteligente quando pudesse enganar e passar por inteligente aos olhos dos homens (COPPIN, 2017), a exemplo da Máquina de Turing.<sup>6</sup> Definição outra, contudo, aponta a IA como um “estudo do comportamento inteligente (em homens, animais, máquinas) e a tentativa de encontrar formas pelas quais esse comportamento possa ser transformado em qualquer tipo de artefato por meio da engenharia” (WHITBY, 2004, p. 19).

Como sabemos, nenhum ser humano pode ler, ver, sentir, ouvir e interpretar a totalidade de dados que influenciam seu trabalho, sua profissão, sua vida. Contudo,

---

<sup>4</sup> Caracteriza-se por ser uma arquitetura de computador que uma máquina digital pode armazenar seus programas no mesmo espaço de memória que os dados. Dessa forma, possibilita-se que a máquina possa manipular tais programas.

<sup>5</sup> Há controvérsias nessa afirmação. Segundo matéria publicada no periódico *El País*, o Google já teria desenvolvido algoritmos que não necessitariam do conhecimento humano para apreender, sinalizando, o que é mais assustador, que este último poderia inclusive atrapalhar nesse processo de aprendizado. (SALAS, 2017).

<sup>6</sup> A Máquina de Turing é um dispositivo imaginário que formou a estrutura necessária para fundamentar a ciência da computação moderna. Segundo o *Alan Mathison Turing*, as operações de leitura, escrita e exclusão de símbolos binários poderiam ser satisfeitas por uma máquina que continha uma fita de comprimento ilimitado, com quadrados de tamanho definido sobre ela e um dispositivo com um número finito de estados, que realizava as operações na fita. (TURING..., 2012).

para uma melhor compreensão do potencial da Inteligência Artificial e suas inúmeras aplicações é que passamos a defini-la simplificada, <sup>7</sup> como sendo, máquinas dotadas de sistemas inteligentes que possuem habilidades necessárias para a realização de tarefas que normalmente requerem a utilização da inteligência humana, a exemplo, das funções cognitivas (LIMA, 2014).

Talvez uma descrição mais fácil remeta a capacidade de ensinar computadores a aprender, argumentar, se comunicar e, por fim, tomar decisões como se fossem humanos. Nesse sentido, os sistemas são programas treinados e planejados para aprenderem a completar tarefas tradicionalmente realizadas por humanos. O foco desses sistemas computacionais é procurar padrões em dados disponíveis no ambiente, testá-los e encontrar, ou mesmo, prover resultados ou tomar decisões. <sup>8</sup>

Mas por que isso é importante? Porque de acordo com a IBM (2017a), dois milhões e meio de bytes (dados) estão sendo gerados todos os dias. Imaginando que você não se atualize pelos próximos dez dias, você terá um déficit de 2.500.000.000.000.000 bytes. É sabido que a capacidade de qualquer humano para ver e compreender esse nível de dados é impossível sem ajuda computacional. Talvez por isso que a Inteligência Artificial permanece fortemente ancorada na modernidade, uma vez que ela “nos abre para a realidade que a modelou e que, por sua vez, foi por ela modelada”. (GANASCIA, 1997, p. 107).

Muito além de identificar linhas, colunas e números, as máquinas passaram a manipular um volume gigantesco de dados. Passo seguinte possibilitou a compreensão desses dados e a correlação com outros dados. Se não bastasse, foi possível utilizar-se de ferramentas capazes de raciocinar e aprender com eles. Em suma, enquanto alguns sistemas tradicionais de computador eram delineados sob a lógica de *inputs* de dados, correção de *bugs*, e *outputs* padronizados, com a utilização da Inteligência Artificial os *outputs* passaram a mudar constantemente, ou seja, não seguiram mais a lógica anterior. Isso ocorreu pois os *outputs* poderiam ser modificados a partir das escolhas do próprio sistema. <sup>9</sup>

Novamente podemos indagar quais aplicações e implicações a IA está trazendo, ou mesmo, pode trazer para a vida em sociedade? Podemos visualizar alguma aplica-

---

<sup>7</sup> O escopo da simplificação da terminologia utilizada para IA não tem o condão de excluir as demais, a exemplo da definição de LIMA, (2014, p. 1) onde o “*termo inteligência artificial constitui vários procedimentos computacionais cujas funções realizadas, caso um ser humano as executasse, seriam consideradas inteligentes*”.

<sup>8</sup> Quando realizamos uma pesquisa no Google, uma compra que é sugerida na *timeline*, uma pergunta para o Siri do iPhone ou para o Cortana do Windows, em cada uma delas estamos utilizando a Inteligência Artificial. No mundo da Internet das coisas, essa tecnologia está sendo utilizada para o desenvolvimento de cidades inteligentes onde circularão carros inteligentes que estarão interconectados com outros produtos. Esse futuro/realidade não será diferente para a área do direito. Já temos, embora ainda incipiente, advogados e juízes dotados de IA.

<sup>9</sup> A utilização de agentes inteligentes pode ser útil na resolução de problemas que até então eram solucionados apenas por humanos. Para tanto, imaginemos o trabalho manual do diretor de departamento de epidemiologia de uma Secretaria da Saúde que busca identificar manualmente através da análise de relatórios a possível ocorrência de um surto de gripe, ou mesmo, de uma infecção intestinal de determinada parcela da população que está sob sua jurisdição. Imagino que será um trabalho árduo. Contudo, outro olhar pode demonstrar que um agente inteligente pode identificar no ambiente da rede de dados (internet) a provável ocorrência desses surtos. Para exemplificar, imaginemos um agente inteligente (algoritmo) que diariamente identifica a ocorrência de um número “x” de mensagens do tipo “estou com dor de cabeça mas vou trabalhar”. O referido agente inteligente pode emitir um sinal de alerta para as autoridades de saúde se essa ocorrência aumentar de um percentual pré-definido. De fato, ao que parece, os computadores, através de agentes inteligentes, demonstram levar vantagem sobre os seres humanos, em alguns aspectos, a exemplo dos quesitos relativos a velocidade e consistência em que executam determinadas funções (REZENDE, 2003).

ção da IA para o Direito? Para responder a esse questionamento precisamos definir as aplicações da IA em três áreas: *Machine Learning*, *Deep Learning* e *Natural Language Processing*. Nesse universo onde a IA é um dos alicerces, novos hábitos estão sendo criados, novas profissões surgirão e outras estarão fadadas a extinção, outras ainda, sequer foram profetizadas.

Dentre as áreas de aplicação da IA, o *Machine Learning* certamente é a mais utilizada. Permite o desenvolvimento de sistemas com habilidades para apreender e aprimorar conhecimentos através de experiências sem que tenham sido programados para tal finalidade. Isso significa os sistemas são capacitados para detectar e entender e aprender com os dados que ele analisa. Além disso, o sistema se adapta e aprende na medida em que as informações vão sendo por ele acumuladas.<sup>10</sup>

Já a tecnologia que move a *Natural Language Processing* possibilita que os computadores possam analisar, entender e concluir com base na fala. Em sendo assim, as traduções, análises de sentimentos, dentre outras, são o espectro de suas aplicações.

Por fim, o *Deep Learning* encontra-se num nível mais sofisticado. Sua capacidade engloba a percepção e a assimilação de múltiplos e complexos comportamentos e padrões. De forma intuitiva, o sistema descobre táticas para solução dos problemas que talvez o talento humano tenha levado muito tempo para aperfeiçoar. A partir dessa percepção, o sistema está apto a apresentar resultados para inúmeras tarefas, inclusive as relacionadas ao direito, assemelhando-se com extrema precisão com aquelas tarefas desempenhadas pelos seres humanos.

Embora a utilização da Inteligência Artificial na seara do direito ainda esteja incipiente, se comparado com outras áreas do conhecimento (comércio e medicina), já é perceptível visualizar uma mudança de rumo, uma vez que os grandes escritórios de advocacia começaram a compreender as vantagens da IA.<sup>11</sup> Contudo, o caminho para a solidificação de um programa inteligente que possa atuar como um Sistema de Suporte a Decisão Judicial baseado na inteligência artificial requer, dentre outras habilidades, a distinção entre a racionalidade, a onisciência e o aprendizado, o qual permite transformar informação em conhecimento (ROSSELL, 2013).

Quando buscamos desvelar a racionalidade, nos deparamos com quatro fatores correlatos ao tema, ou seja, a medida de desempenho que define o critério de sucesso, qual o conhecimento que o agente tem do ambiente, quais as ações que o agente pode executar e a sequência de percepções que agente possui até o momento. Assim sendo, podemos afirmar que o agente é de fato racional quando o seu desempenho passe a ser tão elevado quanto o de outro agente (humano) que possa executar aquela tarefa (REZENDE, 2003).

Por onisciência compreende-se a capacidade de tudo saber. Um agente com essa capacidade é capaz de saber todos os resultados de suas ações e, portanto, pode agir baseado nesse conhecimento. Entretanto, sabemos que a onisciência é impraticável na

---

<sup>10</sup> As recomendações online que aparecem na nossa *timeline*, a exemplo da programação da Netflix ou de produtos para compra na Amazon são exemplos de aplicação desta tecnologia que já estão incorporadas aos nossos hábitos de pesquisa embora muitas vezes sem serem percebidos.

<sup>11</sup> O escritório *Reed Smith* (EUA) implantou o *RAVN ACE*, plataforma baseada em IA da *RAVAN System*. O programa realiza a revisão de contratos sem o auxílio humano. Embora os resultados se assemelhem aos realizados pelos humanos, o tempo utilizado para a realização da tarefa pelo programa foi infinitamente menor.

realidade. Igualmente, precisamos compreender que a inteligência artificial aplicada a um determinado ramo da sociedade, a exemplo da sua aplicação voltada ao direito, não pode ter a pretensão de ser onisciente.

O aprendizado é o terceiro elemento do que estamos falando. Para Whitby (2004, p. 47) “o conhecimento humano é uma coisa complexa. É frequentemente produto da experiência, em vez de simples aprendizado”. Para o autor, o conhecimento, quase sempre, é dependente de julgamentos sutis e não apenas de uma conduta que obedece cegamente às regras. De fato, essa observação soa como alerta ao imaginar que a Inteligência Artificial possa ser agregada a estrutura do sistema parcial do direito apenas como um sistema que comporte a entrada de dados (*inputs*) e em seguida, por dedução, produza informação (*outputs*) que é oriunda da tomada de decisão.

Por conseguinte, o agente inteligente deve ser capacitado não apenas para coletar informações que circulam pelo ambiente do sistema, mas sim deve ser capaz de compreender essas informações, potencializá-las, ganhar experiência operativa, autonomia, seja pelo conhecimento prévio, ou então, pela dupla seletividade das informações. A dupla seletividade de que estamos nos referindo “*consiste, ao mesmo tempo, em proceder a seleção progressiva das possibilidades do mundo e isto significa ‘ganhar espaços do mundo’, ordená-las na forma de um código significativo e manter a possibilidade de operar com este código em situações concretas*” (NEVES, 2013, p. 13).

Por fim, “a relação mutante constitutiva entre o direito e espaço é condicionada pela circulação de informação” (BARBOSA, 2016. p. 242). Isso denota a existência de um volume gigantesco de informação que está disponível no ambiente do sistema parcial do direito. Ele é demasiadamente grande e ultrapassa a capacidade estrutural do próprio sistema em selecioná-las e compreendê-las. Certamente, há mais informações no ambiente do sistema que a capacidade do próprio sistema em utilizá-las. Nesse ponto, a Inteligência Artificial parece ser uma oportunidade. Isso, pois ela pode atuar como uma estrutura do sistema parcial do direito capacidade para selecionar grandes quantidades de informações que circulam pelo ambiente do referido sistema, compreendendo-as e potencializando-as, operando, dessa forma, como um Sistema de Suporte a Decisão Judicial que baseado na Inteligência Artificial contribui para o aumento da complexidade interna do sistema, permitindo que este realize com melhores probabilidades de êxito, a opção pela decisão correta.

#### 4 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: REFLEXOS NO SISTEMA DO DIREITO

Da impossibilidade de ensinar tudo a alguém, da impossibilidade do ser humano gerir todos os dados que influenciam a sua vida, talvez a utilização da Inteligência Artificial possa auxiliar nessa tarefa, ou dito de outra forma, talvez os algoritmos inteligentes (que operam computadores ou sistemas computacionais) podem ser programados para desempenhar essas tarefas que são inacessíveis aos seres humanos.

Essa nova realidade passa a ser visualizada igualmente na seara jurídica. Muito embora possa levantar inúmeras dúvidas, suspeitas, incertezas, por outro olhar, igualmente produz expectativas, principalmente por que a Inteligência Artificial possibilita a realização de inferências, conexões e correlações na seleção de dados do am-

biente do sistema parcial do direito que dificilmente seriam factíveis aos operadores do direito.

Na verdade, essa revolução silenciosa já está em curso, e a maior parte do universo jurídico ainda não observou a velocidade dos acontecimentos e os reflexos da Inteligência Artificial no ambiente legal (SUSSKIND, 2017). Segundo o autor, essa nova realidade irá alterar radicalmente o que sabemos e o que conhecemos da seara do direito, como o fez com inúmeras outras áreas. Imagine, por exemplo, as pessoas que procuravam especialistas de sua confiança - especialistas que trabalhavam em bancos renomados - para que esses lhes orientassem acerca de como o sistema financeiro iria se comportar e qual seria o melhor investimento a ser realizado. Hoje é sabido que o dinheiro, no sistema financeiro, é administrado essencialmente por algoritmos inteligentes. Lógica idêntica ocorria no sistema da medicina, no qual o especialista realizava o diagnóstico de um paciente com uma autoridade desdenhosa, pouco se importando com dados ou conceitos estatísticos. Contudo, essa lógica tem sido revista a ponto de o especialista listar evidências e o algoritmo inteligente indicar qual a doença e qual o tratamento a ser ministrado para o paciente.<sup>12</sup>

Mas antes de avançar nesse campo de investigação, necessário realizar uma clarificação entre as diferenças existentes entre dado, informação e conhecimento. O dado pode ser compreendido como um elemento puro, quantificável sobre um determinado evento, a exemplo daqueles oriundos do Sistema Parcial do Direito (n.º “x” de decisões judiciais). Quando o dado passa a ser analisado e contextualizado temos a informação. Por sua vez, o conhecimento caracteriza-se pela “habilidade de criar um modelo mental que descreva o objeto e indique as ações a implementar, as decisões a tomar” (REZENDE, 2003, p. 5).

Segundo Rover (2001) o raciocínio emoldura-se como “um processo de entendimento do mundo em que é utilizado um conjunto definido de regras sobre um conhecimento específico e não necessariamente estruturado. Dessa forma, raciocinar é fazer transformações de informações, ou seja, é definir uma procura num espaço de estados”.

Por seu turno, o conhecimento pode ser auferido por intermédio de distintas maneiras, a partir da combinação adequada de inúmeras informações. Portanto, conhecimento é “o novo saber, resultante de análises e reflexões de informações segundo valores e modelo mental daquele que o desenvolve, proporcionando a este uma melhor capacidade adaptativa às circunstâncias do mundo” (SORDI, 2008, p. 12).

Segundo Rezende (2003) o desenvolvimento de Sistemas Inteligentes parte do pressuposto que a compreensão, análise e síntese necessárias a tomada de decisão consideradas inteligentes se iniciam do patamar do conhecimento. De fato, os sistemas inteligentes devem contemplar a habilidade de usar o conhecimento para cumprir tarefas ou resolver problemas, aliado a capacidade de tirar proveito de associações e inferências para elucidar problemas complexos que são idênticos aos reais.

Dessa forma, poderíamos conceituar um Sistema de Suporte a Decisão Judicial, como sendo, um programa de computador (algoritmo inteligente) estruturado, desenvolvido e instruído com o objetivo de realizar uma determinada aplicação que se

---

<sup>12</sup> Para saber mais sobre o futuro das profissões ver entrevista: Susskind (2017).

restringe a uma limitada fração do conhecimento humano. Para tanto, o programa seria apto a tomar uma decisão, desde que apoiado num conhecimento justificado, o qual deve ser acessado numa base de informações, idêntico ao qual um especialista de determinada área do conhecimento pode desempenhar (UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MARINGÁ, 2004).

Muito embora um Sistema de Suporte a Decisão Judicial precise ser instruído do zero e que isso pareça impossível, processo idêntico já foi desenvolvido com o Sistema de Suporte a Decisão Médica. Naquele campo do saber, igualmente o programa precisou ser treinado e instruído do zero, ou seja, primeiro o sistema precisou compreender a linguagem médica, depois teve que cursar medicina. Além disso, precisou ser instruído a aprender química, biologia, dentre outras matérias necessárias para o desempenho das funções relacionadas a medicina.

O período aproximado para esse processo de aprendizado foi de três anos. Poderíamos estar inclinados a pensar que é um longo tempo, mas não é demasiado longo se compararmos com o lapso temporal necessário para que um acadêmico pudesse se formar em medicina e se tornar um especialista renomado nesse campo do saber.

Esse processo é conhecido como *Machine Learning*, ou dito de outra forma, do aprendizado de máquina. Como já mencionado, essa ferramenta de IA tem como objetivo o “desenvolvimento de técnicas computacionais sobre o aprendizado bem como a construção de sistemas capazes de adquirir conhecimento de forma automática” (REZENDE, 2003, p. 90).

Esse tipo de sistema (programa de computador) que toma decisões com base nas experiências e as acumula em sua base de dados para aprendizado futuro pode ainda ser mais especializado na medida em que sua capacidade de percepção e a assimilação de múltiplos e complexos comportamentos e padrões podem ser realizadas de forma intuitiva. Com isso, o sistema descobre novas táticas para solução dos casos que lhe são apresentados sem que para isso tenha sido programado. Assim, o *Deep Learning* possibilita que o sistema se adapte a novas circunstâncias, extrapolando os padrões que lhe foram anteriormente programados.

Dito isso, cabe indagar qual seria a importância dessa nova tecnologia para o sistema parcial do direito? Para responder a essa indagação é que nos utilizaremos de alguns exemplos da utilização da Inteligência Artificial na seara do sistema parcial do direito.

O primeiro “robô-advogado” desenvolvido com essa tecnologia foi o Ross Intelligence (IBM, 2017b) e sua finalidade foi atender o escritório americano Baker & Hostetler. O Ross possui inúmeras habilidades, dentre elas, a capacidade de ler e compreender a linguagem natural desenvolver hipóteses se assim questionado, realizar a pesquisa jurídica (*inputs*) e gerar respostas, ou mesmo, as conclusões fundamentadas (*outputs*) sem a interferência humana. Além disso, ele é capacitado a aprender através de suas experiências, o que permite que ele ganhe velocidade e conhecimento oriundo de suas próprias interações. Se não bastasse, o Ross armazena toda a legislação necessária, atualizando-a constantemente, bem como toda a jurisprudências, precedentes e demais fontes de formação jurídica.

Além deste programa, o projeto *Supreme Court Forecasting Project*<sup>13</sup> permite que algoritmos inteligentes realizem inferências e previsões com grau elevado de probabilidade assertiva do resultado dos julgamentos de casos futuros a serem realizados nos EUA. Para tanto, utiliza-se o programa da seleção, manipulação e aprendizado de dados públicos sobre as decisões judiciais já proferidas.

No referido exemplo supracitado, durante o desenvolvimento do projeto, “perguntas idênticas” foram dirigidas simultaneamente ao programa de computador e a um seletivo grupo de especialistas do direito que atuavam com maestria naquela corte americana. Surpreendentemente o modelo estatístico operado com o auxílio da Inteligência Artificial obteve êxito em 75% dos casos analisados, ao passo que os especialistas não chegaram a 60% dos resultados (RUGER, 2014).

Exemplo outro de sistema foi desenvolvido com o auxílio da Inteligência Artificial foi descrito como um Sistema de Suporte a Decisão Judicial que opera em alguns condados americanos. Por lá, decisões a serem tomadas sobre a possibilidade de conceder a liberdade condicional é operada por algoritmos inteligentes ao invés de juízes.<sup>14</sup> As justificativas para o desenvolvimento desse tipo de sistema podem ser inúmeras, dentre elas, o fato do juiz estar sujeito a fatores diversos em seu processo de decisão, a exemplo dos casos anteriores, ou até mesmo o dia e horário em que a decisão é proferida, ou ainda, o risco do solipsismo decisório.

No Brasil essa nova tecnologia começa, embora ainda embrionária, a despontar na seara jurídica. Nesse sentido, o “Assistente Digital do Magistrado” “Assistente Digital do Promotor” e o “Assistente Digital das Procuradorias”<sup>15</sup> são exemplos domésticos de programas que se utilizam da Inteligência Artificial. Os referidos programas constroem peças processuais, as quais podem ser enviadas pelo computador ao Poder Judiciário, fazem contestações, e realizam buscas na jurisprudência para auxiliar a tomada de decisão sem que o “ser humano” tenha participado, ou mesmo, contribuído para esse processo. Além desses, o SAJ Analytics<sup>16</sup> proporciona que o programa se utilize do Big Data para combinar dados e prever padrões de entrada de novos processos, classificando as peças (processos) em determinadas categorias.

É certo que algoritmos dotados de inteligência artificial que são aptos a realizar operações desse tipo requerem o acesso e a utilização de dados, informações, conhecimento, raciocínio, estatísticas, evidências, dentre outras habilidades. A área jurídica mostra-se apropriada a operação de tais sistemas, uma vez que são regidas por princípios, leis, normas e regulamentos constitutivos que podem ser objeto de aprendizado pelos algoritmos inteligentes.

De fato, a possibilidade de “aprender” com os dados oriundos da seara jurídicas já disponíveis e conhecidos, ou então, com aqueles que venham a ser produzidos, possibilita uma exponencial potencialização das informações que gravitam no ambiente desses sistemas. A referida operação pode eleger essas informações a padrões aptos a serem reconhecidos pelo sistema parcial do direito, subsidiando-o (apoiando-o) assim, na tomada de decisão futura.

<sup>13</sup> Ver: Washington University Law (2002).

<sup>14</sup> Ver: <https://measuresforjustice.org/>

<sup>15</sup> Para saber mais acesse: <http://www.sajprocuradorias.com.br/>.

<sup>16</sup> Para saber mais acesse: <https://www.softplan.com.br/categoria-solucoes/gestao-publica/>.

É certo que essa possibilidade de seleção de dados que o sistema amparado pela Inteligência Artificial deve operar, a exemplo da plataforma do *portal brasileiro de dados abertos*<sup>17</sup>, do CNJ<sup>18</sup>, ou ainda, de outro tribunal brasileiro, evidencia uma série de dilemas a serem superados, dentre eles, a dificuldade de obtenção de dados, seja por interfaces pouco amigáveis, seja pela não padronização das bases de dados, seja por outra dificuldade qualquer.

Contudo, um olhar dessemelhante pode demonstrar que ao surgir uma dificuldade, nos deparamos igualmente com o paradoxo da possibilidade. De fato, máquinas, sempre representaram, e ainda representam expectativas de benesses e de riscos. Optamos por nos dedicar a pesquisar as perspectivas positivas da utilização dessa tecnologia, seja pela sua utilização como Sistemas de Suporte a Decisão Judicial, seja pela possibilidade de difundir expertise e conhecimento como jamais foi visto. Enfim, antevemos que essas perspectivas demonstram ser um caminho sem volta.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O avanço da utilização da inteligência artificial já está em curso. O debate sobre as possibilidades e implicações da Inteligência Artificial no mundo jurídico é vital. Isso, pois, o universo jurídico do amanhã, talvez pouco se assemelhe ao que conhecemos hoje. As instituições jurídicas e os profissionais que atuam nessa área (advogados, juízes, promotores) estão numa encruzilhada, embora poucos ainda tenham se apercebido disso.

Na verdade, ainda há poucos pesquisadores que estão se dedicando a este estudo. A maioria desse universo jurídico tende a procurar as soluções apenas no passado, assumindo, desta forma, a continuidade do processo e das profissões, razão pela qual, poucas alterações foram concebidas até então. Susskind (2017) afirma que essa realidade tende a mudar em breve e radicalmente, para ele, a descontinuidade desse universo jurídico como o conhecemos é uma questão de tempo.

Podemos imaginar com isso, qual será a sina de milhões de operadores do sistema legal quando os algoritmos sofisticados e inteligentes forem capazes de localizar mais precedentes, ou então, de analisar toda a legislação e doutrina existente em poucos minutos, contrastando com a capacidade de que os humanos pudessem ser capazes de realizar o mesmo trabalho durante uma vida inteira. Talvez esses trabalhadores (advogados, juízes e promotores) tenham que voltar para a universidade e apreender novos ofícios ou quiçá uma nova profissão. Contudo, um olhar dessemelhante pode demonstrar que ao retornarem a universidade poderão eles descobrir que a Inteligência Artificial já alterou aquele sistema (educação) a muito tempo.

A difícil tarefa de manter-se atualizado com as últimas decisões no campo jurídico e a gama de legislações que entram em vigor diariamente faz parecer impossível que um ser humano consiga compreender o universo de dados que movem esse campo do saber. Essa tarefa tende a exigir horas infindáveis de pesquisas e o dispêndio de recursos vultuosos para tal. Esse custo, na maioria das vezes é faturado para a conta do cliente.

---

<sup>17</sup> Ver: <http://dados.gov.br/>

<sup>18</sup> Ver: <http://www.cnj.jus.br/>

O impacto da Inteligência Artificial na sociedade, seja ela no campo do direito ou na democracia, não irá destruir, ou mesmo, modificar as coisas como as conhecemos de uma vez só. Por conseguinte, os advogados não irão ao trabalho, magistrados não chegarão a sala de audiências e prefeitos não irão a prefeitura e encontrarão um advogado, um juiz ou prefeito robô sentado na sua cadeira. O que vai acontecer é que a Inteligência Artificial irá desencadear uma mudança nas tarefas e nas atividades que as pessoas fazem.

Antes, tarefas que eram realizadas manualmente pelos humanos, agora, passam a ser realizadas por sistemas inteligentes. Haverá tarefas difíceis no campo legal que talvez a Inteligência Artificial não consiga desempenhar. Certamente algumas tarefas estão fora do alcance das máquinas na atualidade. Mas isso não significa que o restante do trabalho daquela profissão não possa ser desempenhado por aquele agente inteligente e de forma mais rápida e precisa.

Essa nova realidade implicará igualmente na trilogia da relação entre os profissionais, seus empregadores e o Estado. Isso pois, o contrato existente desde o século XX dá sinais de fracasso com a introdução das novas tecnologias, dentre elas, a IA. Muitos profissionais precisarão se reciclar, encontrar novas áreas de atuação na seara legal.

O Estado, precisará se (re)organizar para essa disrupção e tentar encontrar um equilíbrio para esse paradoxo. A educação está diante da mesma encruzilhada, isso pois, ainda ensinamos o direito para uma plasticidade de sociedade do século XX e não para o século XXI. O ensino ainda é baseado no acúmulo de conhecimento. Talvez sejam pouquíssimas as universidades que ensinem como defender um cliente que está sendo julgado por um programa inteligente, a exemplo do que ocorre com o sistema *Measures for Justice*. Talvez isso precise ser repensado. Deveria ser introduzido no ensino do direito, aquilo que a máquina não aprende bem. Isso pois, muitas tarefas legais (rotineiras) tendem a desaparecer da seara legal. Não será uma boa escolha competir com a máquina naquilo que ela faz melhor e mais rápido do que o ser humano (SUSSKIND, 2017).

Talvez, tenhamos dificuldades para encontrar as respostas para todas essas inquietações, no entanto, antevemos que as implicações e perspectivas a serem enfrentadas pela disseminação da utilização da Inteligência Artificial na seara legal e política da sociedade demonstrem que este será um caminho sem volta. Melhor que competir com ela, é entender como ela funciona e tirar proveito das possibilidades que ela possa proporcionar para a resolução dos problemas da sociedade.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Samuel. Espaços jurídicos e territorialidade do direito estatal. In: FORTES, Pedro; CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel (Coord.). **Teorias contemporâneas do direito: o direito e as incertezas normativas**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 96-99.

BERTALANFFY, Ludwig Von. **Teoria geral dos sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações**. Petrópolis: Vozes 2014.

CELLAN-JONES, Rory. Como o Facebook pode ter ajudado Trump a ganhar a eleição. **BBC News Brasil**, [S.l.], 12 out. 2016. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-37961917>>

COPPIN, Bem. **Inteligência artificial**. Tradução e revisão técnica Jorge Duarte Pires Valério. Rio de Janeiro: LTC, 2017.

FORTES, Pedro. Uma leitura contemporânea da teoria sistêmica do direito: múltiplos elementos normativos do direito da sociedade. In: FORTES, Pedro; CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel (Coord.). **Teorias contemporâneas do direito: o direito e as incertezas normativas**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 140-142.

GANASCIA, Jean-Gabriel. **Inteligência artificial**. Tradução de Reginaldo Carmello Corrêa de Moraes. São Paulo: Ática, 1997.

GUNTHER, Teubner. **Constitucional fragments: societal constitutionalism and globalization**. [S.l.]: OUP, 2012.

IBM. **International business machines**. New York, 2017a. Disponível em: <<https://www.ibm.com/br-pt/>>. Acesso em: 22 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Ross intelligence**. New York, 2017b. Disponível em: <<http://www.rossintelligence.com/>>. Acesso em: 22 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Watson**. New York, 2017c. Disponível em: <<https://www.ibm.com/watson/br-pt/>>. Acesso em: 22 out. 2017.

LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia**. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María Garcia Blanco. Madrid: Trotta, 1998.

NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e função do direito na teoria da sociedade de Luhmann. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. 2. ed. rev. e atual. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013. p. 65-67.

REZENDE, Solange Oliveira (Org.). **Sistemas inteligentes: fundamentos e aplicações**. Barueri, SP: Manole, 2003.

RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. **Niklas Luhmann: a sociedade como sistema**. Porto Alegre: Edipucrs, 2012.

ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. 2. ed. rev. e atual. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013a.

\_\_\_\_\_; DUARTE, Francisco Carlo (Coord.). **Direito ambiental e autopoiese**. Curitiba Juruá, 2012.

\_\_\_\_\_. Epistemologia do direito: revisitando as três matrizes jurídicas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 5, n. 2, p. 141-149, jul./dez. 2013b. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.52.06/3934>>. Acesso em: 22 out. 2017. p. 141.149.

RUSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. **Inteligência artificial**. Tradução Regina Célia Simille. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SALAS, Javier. Inteligência artificial já aprende sozinha a ser invencível: novo algoritmo do Google não precisa do conhecimento humano e sinaliza que este pode inclusive atrapalhar. **El País**, Madrid, 19 out. 2017. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/17/tecnologia/1508235763\\_015093.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/17/tecnologia/1508235763_015093.html)>. Acesso em: 22 out. 2017.

SORDI, José Osvaldo de. **Administração da informação**: fundamentos e práticas para uma nova gestão do conhecimento. São Paulo: Saraiva, 2008.

SUSSKIND, Daniel. **O futuro das profissões** (Entrevista). [S.l.], 2017a. (22 min 58 s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Ngf8Jq2nuGc>>. Acesso em: 01 mar 2018.

SUSSKIND, Richard. **Tomorrows lawyers**: an introduction to your future. 2 nd ed. Oxford: Oxford University, 2017b.

\_\_\_\_\_; SUSSKIND, Daniel. **The future of the professions**: how technology will transform the work of human experts. Hardcover edition. Oxford: Oxford University Press, 2016.

TURING, Alan M. Computing and intelligence. **Mind**, Oxford, v, 59, n. 236, p. 433-460, Oct. 1950. Disponível em: <<http://phil415.pbworks.com/f/TuringComputing.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2017.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MARINGÁ. Departamento de Informática. **Grupo de Sistemas Inteligentes** (GSI). Maringá, 2004. Disponível em: <<http://www.din.uem.br/ia>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

URREA, Amanda Correa de; ATEHORTÚA, Angélica Álvarez; VALDERRAMA, Sonia Correa. **La visión sistémica**: un referente para la gestión educativa. Medellín, 2009. Disponível em: <[http://virtual.funlam.edu.co/repositorio/sites/default/files/18Lavision\\_sistemica.pdf](http://virtual.funlam.edu.co/repositorio/sites/default/files/18Lavision_sistemica.pdf)>. Acesso em: 22 set. 2017.

VESTING, Thomas. O direito moderno e a crise do conhecimento comum. In: FORTES, Pedro; CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel (Coord.). **Teorias contemporâneas do direito**: o direito e as incertezas normativas. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

WASHINGTON UNIVERISTY LAW. **Supreme Court Forecasting Project 2002**. [S.l.], 2002. Disponível em: <<http://wusct.wustl.edu/>>. Acesso em: 22 set. 2017.

**Submetido em: 23 out. 2017. Aceito em: 20 jun. 2018.**



## DIREITO AO REGISTRO DE NOME DO NATIMORTO NO BRASIL

*Rafael Lamera Giesta Cabral\**  
*Wiqlifi Bruno de Freitas Melo\**

### Resumo

A negatória do registro de nome do natimorto concedida aos pais na inscrição da morte do filho que não alcançou o mundo extrauterino expressa a contradição entre princípios constitucionais-civilistas e a leitura corrente da Lei de Registros Públicos no seio dos Tribunais de Justiça. Estas instituições, por meio de suas Corregedorias Gerais de Justiça, expedem normativas responsáveis por esmiuçar o sentido da norma nacional. A denegação de direito ao registro do nome vem tolhendo a dignidade das famílias e impedindo que cumpram suas finalidades na amplitude pensada pelo direito constitucional. O momento da aquisição de personalidade, possíveis repercussões patrimoniais que adviriam do registro mais completo do natimorto são argumentos que tentam sustentar a continuação da negativa desse direito. Por meio da análise dos elementos marginais do direito, dos princípios alocados na Constituição, de uma leitura constitucional do direito civil e registral, e da análise das Normas de Serviço Extrajudiciais, este trabalho tem por objetivo explicitar as ferramentas capazes de legitimar a concessão de nome do natimorto e averiguar a possível compatibilização entre os dizeres constitucionais e a legislação civil. Para isto, promoveu-se uma investigação jurisprudencial nos tribunais superiores e nas normas das Corregedorias Gerais de justiça do país em busca de alternativas e novas interpretações para possibilitar o registro de nome civil ao natimorto.

### Palavras-chave

Nome civil. Natimorto. Registro público.

## THE RIGHT OF STILLBORN CHILDREN TO NAME REGISTRATION IN BRAZIL

### Abstract

To negate a stillborn child the right to name registration, which is granted to parents under the certificate of stillbirth for the fetus who will not reach extrauterine life, expresses the contradiction between civil/constitutional principles and the current reading of the Law of Public Records within Courts of Justice. Such institutions, through their General Judicial Offices of Internal Affairs, issue regulations responsible for breaking down the meaning of the national norms. The negation of the right to name registration has harmed the dignity of families and stopped them from exercising their rights as they are laid down in the Constitution. The moment of personality acquisition, potential property repercussions that may stem from a more complete registration of the stillborn child are arguments

---

\* Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília - UnB (2016). Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal de São Carlos - UFSCar (2010) e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS (2007). Atualmente, é professor adjunto no curso de Direito e no Programa de Pós-Graduação em Administração Pública (PROFIAP - Mestrado Profissional) da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). É Editor-chefe da Revista Jurídica da Universidade Federal Rural do Semi-árido - REJUR. Desenvolve pesquisas no campo da História do Direito, com ênfase na história constitucional e direitos sociais entre as décadas de 1920 e 1940. Pesquisa também na área de Administração Pública com foco na gestão democrática nos Conselhos Municipais e Gestão de Risco Institucional.

\* Bacharel em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-árido e Especialista em Direito.

which attempt at sustaining the continuation of the denial of this right. By means of an analysis of the marginal elements of the law, of the principles in the Constitution, of a constitutional reading of civil and registration law, and an analysis of the Extrajudicial Norms of Service, in addition to the confrontation of legislative perspectives in this realm, this work attempted to demonstrate the instruments capable of legitimizing the granting of a name to the stillborn child and to investigate a possible compatibility between constitutional norms and civil legislation.

**Keywords:**

Civil Name. Stillborn child. Public Register.

## 1 INTRODUÇÃO

*“Saudade é arrumar o quarto de um filho que já morreu”*  
Chico Buarque de Holanda

A dignidade humana é um atributo que se encontra inserido nas principais legislações constitucionais mundo a fora. Irradia de modo inexorável, e sem volta, às regras infraconstitucionais. O impacto do princípio da dignidade humana nos institutos jurídicos impõe uma readequação prática para a busca da felicidade individual e garantia de um bem-estar social.

No Direito Civil essas transformações se tornaram mais emblemáticas e, por mais que ainda seja amplamente voltado às questões patrimonialistas, esse ramo do Direito tem se ajustado para alcançar os objetivos previstos pelos textos fundantes dos estados nacionais. No Brasil, a legislação civil passou a ser compreendida dentro de uma nova perspectiva e seus institutos são constantemente readequados para o cumprimento da dignidade humana.

Esse diálogo entre as leis civis pode ser compreendido por intermédio de três grandes instrumentos legislativos: a Constituição Federal de 1988, a lei nº 6.015 de 1973, que versa sobre a Lei dos Registros Públicos – LRP e o Código Civil de 2002.

A LRP tem sido constantemente revisitada a partir de uma leitura que contemple as inéditas razões principiológicas que foram incorporadas nos últimos 40 anos. Existem espécies de direitos concedidos constitucionalmente e negados em vias infraconstitucionais que devem extrapolar seus conteúdos para o mundo fático através da releitura da lei. Na prática, ainda há muitas contradições institucionalizadas na seara dos registros públicos que acabam por corporificar barreiras ao exercício regular dos direitos constitucionais.

O direito à constituição de uma família, por exemplo, é um direito fundamental, principalmente por não ser mais considerada como um fim em si mesmo, mas um instrumento pelo qual cada membro da família concretiza sua dignidade. Imaginemos uma situação não tão hipotética que assolou o Brasil nos últimos anos: a epidemia do Zika Vírus, que influenciou registros de nascimento de bebês com microcefalia ou óbito de fetos. Uma gestante poderia ter gerado um bebê por 8 meses e em decorrência de múltiplas complicações, seu filho nasce morto. A condição de natimorto pode

ser mais um momento nevrálgico para a vida de uma família, muitas vezes ignorada pelo mundo jurídico.

No tocante ao natimorto, a norma jurídica lhe reserva um registro (*stricto sensu*) em apartado, cuja expressão não inclui, dentre seus elementos, espaço para nome, em clara distinção ao estabelecido ao nascituro que galga, ainda que por poucos segundos, vida extrauterina. Dispõe a Lei de Registros Públicos que os livros estabelecidos no cartório serão dedicados a registros de mesma espécie, sendo o Livro “A” depósito dos assentos de nascimento, sendo o nome um de seus elementos essenciais (art. 54, item 4º). Por seguinte, estabelece que o livro “C Auxiliar” se porá como repositório dos natimortos, tendo como elementos aqueles cabíveis (expressão vaga ofertada pelo §1º do art. 53 da norma)<sup>1</sup>.

A interpretação dada pela jurisprudência conservadora e pela práxis nas serventias de registro brasileiras, assentadas nas Normas de Serviço expedidas pelas Corregedorias dos Tribunais de Justiça dos estados federativos, é de que não existe possibilidade jurídica de se conceder nome ao natimorto em seu registro, haja vista não constar explícito tal elemento na legislação suprarrelacionada.

Há uma clara contradição: assume-se a constitucionalização do direito civil, em amplos aspectos, mas se ignora uma premente alteração da leitura de uma legislação defasada para a melhor operacionalização do instituto, muitas vezes limitada pela clássica divergência se o nascituro possui ou não personalidade jurídica.

A viabilidade do registro de nome ao natimorto tem se constituído como uma saída factível para ampliar a esfera de dignidade dos entes familiares. O problema se estabelece na medida em que vão crescendo as demandas das famílias, mormente de mães, que buscam no judiciário reconhecimento de um sentimento que existe de fato: o de que a criança natimorta é integrante da família; ou ao menos o foi, durante o período em que recebeu os cuidados e amor dos entes queridos que lutam, em um momento a mais de pena, para lhe por um nome, para lhe conceder dignidade.

Nos casos de acionamento do judiciário, são diversos os desfechos e formas de aplicação da norma, não havendo, portanto, unanimidade no cabimento ou não da lei desatualizada ou de uma subsunção direta da Constituição Federal. Nesse passo, o sofrimento individual e a falta de segurança jurídica não resultam em aplicação plena da justiça em sentido amplo.

A relevância desta pesquisa repousa no justo anseio social de compatibilização da Lei de Registros Públicos (LRP/73) com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), de modo que sejam respeitados os princípios fundantes do Texto Maior, bem como que se mantenha a segurança jurídica desejada pelo Código Civil e sistemática de registros públicos. A metodologia aplicada neste estudo partiu de um levantamento de dados primários produzidos pelos tribunais superiores (ju-

---

<sup>1</sup> Art. 33 Haverá, em cada cartório, os seguintes livros, todos com 300 (trezentas) folhas cada um: I - “A” - de registro de nascimento; [...] V - “C Auxiliar” - de registro de natimortos; [...] Art. 53.[...] § 1º No caso de ter a criança nascido morta, será o registro feito no livro “C Auxiliar”, com os elementos que couberem. § 2º No caso de a criança morrer na ocasião do parto, tendo, entretanto, respirado, serão feitos os dois assentos, o de nascimento e o de óbito, com os elementos cabíveis e com remissões recíprocas. Art. 54. O assento do nascimento deverá conter [...] 4º) o nome e o prenome, que forem postos à criança;

risprudências) e da análise das normas das Corregedorias de Justiça sobre a possibilidade de se conceder ao natimorto o registro de nome.

Esse trabalho está dividido em quatro momentos. Nos dois primeiros, buscar-se-á identificar a condição jurídica do natimorto e o impacto da despatrimonialização de direitos. Na sequência, argumenta-se sobre a forma que as normas das Corregedorias Gerais de Justiça compreendem o tema no Brasil e por fim, identificar as tentativas de alteração legislativa no país sobre a viabilidade de registro de nome ao natimorto. Espera-se que este estudo possa influenciar pesquisadores de outros países para que, em perspectiva comparada, se produzam reflexões práticas para a concretização da dignidade das famílias.

## 1 O NATIMORTO NA LEGISLAÇÃO REGISTRAL BRASILEIRA

A LRP/73 operacionaliza o direito civil em diversos campos, dentre os quais, na escrituração do registro do natimorto, supondo a hipótese de sua ocorrência e estipulando quais os elementos necessários à sua construção.

Em sentido próximo, a lei civil e registral traçam os contornos de operacionalização do registro de nascimento e o trato ao nascituro, que também ganha proteção do ordenamento jurídico nacional. A legislação acompanhada pela doutrina nacional delineou a distinção material e prática, bem como as consequências dessa diferenciação entre nascituro e natimorto, ganhando simbologias diversas no repertório de direitos que, incidental ou diretamente, lhes são conferidos.

Nascituro, do latim *nasciturus*, significa ‘o que vai nascer’. A tradução literal aclara seu signo legislativo, ou seja, a de indivíduo sobre o qual recaem expectativas de nascimento com vida, bem como a noção de que ainda não pertence ao universo humano enquanto sujeito com toda a capacidade de direitos.

Flávio Tartuce, por exemplo, indica que “nascituro é aquele que foi concebido, mas ainda não nasceu”.<sup>2</sup> O autor não faz distinção entre o tipo de concepção do nascituro, nem se está ou não hospedado em ventre humano.<sup>3</sup> Contudo, há autores que consideram o nascituro como figura distinta do embrião que não reside em útero materno.<sup>4</sup> O conceito trazido por Maria Helena Diniz, que se põe consoante com os ditames da realidade moderna, restringe as proteções concedidas a embriões de pesquisas laboratoriais, bem como considera a viabilidade patente do indivíduo que advém de um ventre materno. Ao embrião não estabelecido em útero se resguardam direitos outros, os quais se detêm ao reconhecimento de sua forma humana, mas consideram a inviabilidade de sua vida, a falta de genitores (considerando o afeto), e seu desligamento da sociedade enquanto membro desta.

<sup>2</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 118.

<sup>3</sup> TARTUCE, Flávio. A Situação Jurídica do Nascituro: Uma Página a ser virada no Direito Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 33, 2007, p. 70.

<sup>4</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, Volume 1 - Teoria geral do Direito Civil, 29ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

O trato legislativo acerca do embrião reside na lei de Biossegurança (lei de n. 11.105/2005), que prevê em seu art. 24, pena de detenção de 1 a 3 anos e multa aos que desatenderem ao regramento de seu uso, que se põe no correr do mesmo texto.

Exsurge, então, a diferença no tratamento das duas espécies de embriões, os de manutenção extrauterina e aqueles que se mantêm no ventre materno, pelos dizeres da Lei de Biossegurança e pelo Código Civil, tornando real e prático o entendimento doutrinário apregoado por Maria Helena Diniz, conforme citado anteriormente.

Desse modo, não há de que se falar em garantia de direitos de personalidade ou mesmo patrimoniais ao embrião extrauterino, pois se desvanece sua imagem humana na impossibilidade de vida, descaracterizando a personalidade de qualquer tutela porventura lhe dada diretamente.

Esse viés deve, contudo, ser observado como uma escolha de valoração social, ou como valoração que desemboca em escolha, não sendo preciso, nem pacífico na doutrina o momento de averiguação dessa premissa. Não se apresenta direito enquanto estado natural do ser humano, mesmo o mais íntimo, aparentemente ínsito.

No Brasil, o Código Civil de 2002 protege o nascituro, em suas primeiras linhas,<sup>5</sup> estabelecer que as pessoas humanas são capazes de se tornar sujeitos de direitos e deveres (não apenas obrigações), além de firmar que tal personalidade se inicia com o nascimento com vida, sendo, no entanto, protegidos os “direitos do nascituro”, que, contraditoriamente, não possui personalidade jurídica plena. Assim, ao blindar o nascituro dos direitos e deveres garantidos pela personalidade jurídica, o Código Civil estipula segurança jurídica ao ordenamento, uma vez que somente o nascimento com vida pode trazer consequências patrimoniais às relações negociais e atos que nelas respigam.

De modo adverso, as legislações estrangeiras concedem personalidade jurídica aos sujeitos ainda sem vida extrauterina em momentos distintos daquele instituído pelo ordenamento pátrio, conforme assinala Maria Helena Diniz ao fazer referência ao direito português, holandês, espanhol, argentino e húngaro.<sup>6</sup> No direito francês, adepto da teoria concepcionista, a personalidade jurídica do nascituro é reconhecida desde a concepção, sendo, nestes termos considerado pessoa e, portanto, passível de reconhecer o direito ao nome.

Segundo a autora, esse protecionismo garantista do Código Civil de 2002 corresponde à concessão de personalidade formal, tão somente, que compreende alguns direitos de personalidade inerentes ao humano, como a dignidade. Inclusive, da dignidade se espalham e se originam todos os outros elementos ligados diretamente à personalidade e que são responsáveis pelos conceitos de danos morais e à imagem. Contudo, esse conceito se distancia do que considera ser a personalidade jurídica ma-

---

<sup>5</sup> “Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

<sup>6</sup> **Idem**, p. 226. E acrescenta que “no direito civil francês e holandês (art. 3º) não basta o nascimento com vida; é necessário que o recém-nascido seja viável, isto é, apto para a vida. Se nascer com vida sua capacidade remontará à concepção. O direito civil espanhol (art. 30) exige que o recém-nascido tenha forma humana e que tenha vivido 24 horas, para que possa adquirir personalidade. O direito português também condicionava à vida a figura humana (art. 6º). Para o argentino (art. 7º) e húngaro (seção 9) a concepção já dá origem à personalidade.”

terial, a qual só se perfaz com nascimento com vida e se estabelece no plano dos direitos patrimoniais, tais como os sucessórios.<sup>7</sup>

O nome figura como fração seccionada de um complexo universal, a personalidade jurídica, cujos elementos aparentemente conseguem ter seus institutos desenvolvidos individualmente. Neste aspecto, a concessão de nome não equivale, em medida alguma, a alterações na linha sucessória, pois são desconectados, segundo a autora, às espécies de direitos relativos a personalidade jurídica.

Esse posicionamento, contudo, se afasta do pensado por Sílvio Salvo Venosa, que vê a opção legislativa atrelando a personalidade jurídica integral ao nascimento com vida. Nesta vertente de pensamento, impossível de ser o embrião intrauterino um detentor de direitos de personalidade por escolha legislativa. Contudo, o autor estabelece que seu *status* ultrapassa ao conceito de “prole eventual”, uma vez que são detentores de certos direitos que visam resguardar a integridade física do indivíduo que se gera, mesmo sem personalidade. Sobre os direitos de personalidade recai a condição suspensiva do nascimento com vida para implementação.<sup>8</sup>

Esses posicionamentos refletem as divergências da doutrina nacional sob a concepção do início da vida. As principais teorias sobre a aquisição da personalidade jurídica são (i) a natalista, que prevê que apenas o nascimento com vida conduz o sujeito à personalidade; (ii) a concepcionista, que informa a aquisição de personalidade desde a concepção; e (iii) a da personalidade condicional, que trata a personalidade como pendente da condição suspensiva do nascimento com vida.<sup>9</sup>

Em julgados recentes, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, ainda que em sede incidental, reconheceu a personalidade do nascituro, e em consequência, adotou a teoria concepcionista, ao passo que garantiu ao feto intrauterino a indenização por dano moral.<sup>10</sup> A esfera subjetiva pode ser reparada se existir, tão somente. O julgamento em questão, que faz demarcação na reviravolta do entendimento acerca do momento de concessão de personalidade jurídica, se coloca confuso em seu texto e se mostrou distante de encerrar o debate doutrinário e jurisprudencial acerca desse tema, que apesar de integrar a base da codificação privada (e se posicionar nos primeiros artigos do Código Civil de 2002), é controverso.

De outro lado o STF, em 2008, por meio do julgamento da ADI 3510,<sup>11</sup> distinguiu a figura do feto, do embrião extrauterino e da pessoa humana assim considerada enquanto sujeito de direitos, acalorando, desse modo, a discussão acerca do momento em que se galga a personalidade jurídica em nosso ordenamento.

---

<sup>7</sup> **Ibidem.**

<sup>8</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**, 13ª ed., São Paulo, Atlas, 2013.

<sup>9</sup> SANTOS, Mariana Undiciatti Barbieri. **Nome de Natimorto**. São Paulo, Monografia de Especialização em Direito Notarial e Registral, 2012. Para maiores detalhes, ver ainda ESMERALDO, Jéssica Souza. **Os Direitos Do Nascituro Frente As Problemáticas Contemporâneas**. Monografia no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba: 2013.

<sup>10</sup> STJ, REsp 399.028/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4.ª Turma, j. 26.02.2002, DJ 15.04.2002, p. 232

<sup>11</sup> STF, ADI: 3510 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134

Alerte-se, contudo, o vácuo legal que virá da consideração em definitivo da teoria concepcionista de modo integral e pacificado, pois se confundirão as figuras do nascituro que vem a falecer após o nascimento com a do natimorto, existindo verdadeira insegurança jurídica.

A despeito de todas as teorias que tentam aferir o momento de ganho de personalidade jurídica, é unanimidade entre os doutrinadores e juristas que o direito nacional confere proteção aos nascituros desde a concepção, pelo que se consagrou na segunda parte do artigo segundo do Código Civil brasileiro.

O natimorto, por seu turno, está como aquele nascituro que, apesar da expectativa que pende sobre ele, não é concebido em vida extrauterina: é percebida como aquela criança nascida morta.<sup>12</sup> O natimorto, portanto, para o direito atual, não recebe personalidade jurídica e, por tal razão, não possui direito ao nome. Em realidade, esse fato implica na negação/vedação de uma cadeia de direitos e garantias relativas à personalidade que, muitas vezes, se iniciam com o sistema registral nacional.

O Sistema Registral nacional busca conceder segurança jurídica aos atos da vida humana em sociedade. Para tanto, uma série de inscrições que são dadas nas serventias do Brasil possui natureza constitutiva. No entanto, o nascimento humano tem condão de quebrar essa verdadeira regra registral e impor sua inscrição como de natureza declaratória. Neste sentido, esclarecem Mario de Camargo Neto e Marcelo Salaroli Oliveira que os efeitos jurídicos do nascimento independem do registro para que existam, isto é, o sujeito não necessita de inscrição em serventia especializada para que goze de seu direito subjetivo, pois o registro civil apenas dará publicidade *erga omnes* aos elementos objetivos que dizem respeito ao seu nascimento e individualidade.<sup>13</sup> Nessa operacionalização, a LRP elenca os livros constantes dos serviços de Registro Civil de Pessoa Natural, a fim de que neles se executem as inscrições devidas e específicas – cada livro terá 300 folhas nas quais serão feitos assentos de mesma espécie, como se nota:

Art. 33 Haverá, em cada cartório, os seguintes livros, todos com 300 (trezentas) folhas cada um:

I - "A" - de registro de nascimento;

II - "B" - de registro de casamento;

III - "B Auxiliar" - de registro de casamento Religioso para Efeitos Cíveis;

IV - "C" - de registro de óbitos;

V - "C Auxiliar" - de registro de natimortos;

VI - "D" - de registro de proclama.

O inciso V cuida do registro daqueles que nascem mortos, isto é, dos natimortos. O art. 53, § 1º, da LRP, determina que tal registro será oficializado com os "elementos que couberem", sem elencar a presença do nome nos campos reservados ao preen-

<sup>12</sup> LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos: teoria e prática**, 6ª ed, Rio de Janeiro, Forense; São Paulo, Método, 2014.

<sup>13</sup> CAMARGO, Mario de Carvalho; OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. **Registro civil das pessoas naturais: parte geral e registro de nascimento**, Volume 1, São Paulo, Saraiva, 2014.

chimento das informações do assento, enquanto o § 2º é claro ao afirmar que no caso de nascimento posterior, serão lavrados dois assentos, o de nascimento e o de óbito, sendo que dos dois constam os nomes escolhidos pelos pais, como se depreende do art. 54, item 4º, e art. 80, da mesma lei.

Os registros no livro “C Auxiliar” foram relegados a inscrições de segunda categoria, tanto pela legislação registral, que não aclara os campos contidos no livro, quanto pelo tratamento dos Provimentos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), responsável por unificar o tratamento das serventias quanto aos diversos temas e esmiuçando a lei, que ignoram o natimorto. Nos Provimentos de n.º 2 e 3 do CNJ, há referências somente às certidões de nascimento, óbito e casamento, mesmo sendo a inscrição do C Auxiliar um claro híbrido entre as duas primeiras classes.

Discute-se, ainda, a capacidade de imposição do campo *nome* no registro de natimorto dada a qualidade de norma secundária dos provimentos do Conselho Nacional de Justiça. Esta questão está no âmago deste trabalho e um dos destaques tem como referência avaliar que, de fato, ao mesmo tempo em que o direito ao nome é um dos atributos do direito de personalidade, a própria legislação concede direitos de personalidade ao nascituro e, por decorrência ao natimorto (Enunciado n. 1, do CJF/STJ). Não é possível afirmar que o direito ao nome é uma exclusividade apenas de pessoas que nasceram com vida.

Desse modo, para que se prospere a teoria da garantia do nome do natimorto enquanto direito seu, seja por lembrança de sua figura humana, ou por se considerar sua personalidade, a lei deveria trazer tal previsão.

Ao caminhar por entendimento de que o nascituro possui personalidade desde a concepção, percebe-se que é inequívoco o seu direito a nome. Neste aspecto, a leitura do art. 53 da Lei de Registros Públicos deve ser abrangente, pois a concessão de personalidade indica que é elemento cabível o nome, em sua totalidade compositiva, isto é, prenome e patronímico.

Este, contudo, não parece ser a compreensão mais acertada. A inteligência do voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ayres Britto, quando relator da ADI 3510 que julgou a constitucionalidade da Lei de Biossegurança, fez distinção, como lembrado, das figuras do embrião extrauterino, do nascituro e a figura humana de “personalidade como predicado ou apanágio de quem é pessoa numa dimensão biográfica, mais que simplesmente biológica”, necessitando apenas de facticidade enquanto nativivo para se tornar um centro de imputação jurídica. Considerou o Ministro, acertadamente e em consonância com o espírito do Código civilista, a distinção entre as figuras citadas, e a personalidade como consequência do sopro da vida, a qual se torna marco da individualização dos sujeitos enquanto seres sociais, pertencentes ao ordenamento no qual se inserem todos os nascidos nesse território, respeitados os critérios de nacionalidade.

Avançado a consideração sobre personalidade para implicância direta no Registro Civil de Pessoas Naturais, observa-se a impossibilidade tanto fática (pelo estado das coisas como se mostram) quanto legal, de tratar a aferição do momento aquisitivo de personalidade como fator garantidor de direito ao nome. Existem caminhos não percorridos para legitimação da garantia do nome do registro que merecem destaque.

Neste aspecto, faz-se premente a análise da família enquanto núcleo de realização dos sujeitos e a observância da leitura constitucional da Lei de Registros Públicos enquanto ferramenta de emancipação da família. Isto é, ainda que o sujeito em si não possua direito a personalidade, desconsiderando-se, portanto, o direito ao nome enquanto aspecto de sua carga jurídica de direitos, a família possui a garantia de sua emancipação, de sua realização com base na dignidade humana e seus outros tantos consectários.

Ato contínuo, enviesando pelos estreitos caminhos dos aspectos do nome, Mariana Santos<sup>14</sup> leciona que tal direito enquanto elemento da personalidade, não se confunde com todos os seus amplos atributos, por implicar em inúmeros outros direitos e garantias, alguns dos quais são ditados por nosso texto constitucional como fundamentais. E, com mesma desenvoltura, enuncia a distinção entre os direitos relacionados ao nome: o direito ao nome, direito a um nome e direito de por ou tomar um nome. A autora, que apregeia a possibilidade jurídica de concessão de nome ao natimorto, especifica que o primeiro tem relação com a identificação pessoal por meio do signo designado, composto por prenome e patronímico. O direito a *um* nome, segundo a autora, se mobiliza junto ao princípio da especialidade registral subjetiva, por abarcar a singularidade do nome na identificação.

Esta especialidade registral subjetiva é um princípio contido em quase todos os ramos do direito registral e se propõe a identificar o sujeito por meio da publicidade *erga omnes*, não deixando dúvidas quanto à titularidade do direito. Neste quesito, portanto, a especialidade no Registro Civil de Pessoas Naturais resplandeceria de um modo distinto, por ser a identificação da pessoa o próprio direito tutelado. Por último, Mariana Santos<sup>15</sup> anuncia o direito de por/tomar um nome. O direito a por e o de tomar um nome pressupõem atividade comissiva do agente que exerce o direito. O direito a por um nome se exerce pelos pais no momento do registro do nascimento do nativo, conforme legislação registral vigente, nos termos do art. 54 da LRP.

O direito de receber o nome, por outro lado, se resguarda na atividade, também comissiva, de uma pessoa escolher o nome para si, como quando há possibilidade, após os 18 anos, de alteração do nome, ou mesmo quando existe mudança do sexo do agente.

A despeito de qualquer posicionamento acerca da personalidade jurídica e carga de direitos individuais, algo deve ser aceito pela própria experimentação do mundo: o nome existe de fato, antes do direito. As famílias não esperam por uma chancela estatal a fim de decidir ou denominar o filho que está por vir. E nesse aspecto, o feto já é reconhecido enquanto sujeito com nome antes de seu nascimento, pela família e por aqueles que a circundam. Assim como o nascimento, o registro do nome, que é elemento do assento de nascimento, tem natureza declaratória, e não constitutiva, sendo o registro apenas um meio de garantir a proteção ao nome e publicidade contra todos.

Indaga-se: O registro do nome do natimorto poderia ser válido enquanto do direito dos pais?

---

<sup>14</sup> SANTOS, Mariana Undiciatti Barbieri. **Nome de Natimorto**. São Paulo, Monografia de Especialização em Direito Notarial e Registral, 2012.

<sup>15</sup> **Idem**.

## 2 A DESPATRIMONIALIZAÇÃO DOS DIREITOS

A ressignificação histórica do direito acaba por dar novo formato aos institutos jurídicos. O pós-modernismo impôs uma nova forma de percepção da realidade e impactou os objetivos sociais e individuais dos seres sociais. Para tanto, as constituições nacionais passaram por transformações que extravasam o corpo de seu texto para todo o ordenamento.

Sustenta Barroso<sup>16</sup> que o mundo ocidental absorveu eticamente a dignidade humana através de acordos internacionais e constituições nacionais, além das leis que nelas se embasam.

A dignidade humana, princípio fundante da Constituição Federal brasileira, perpassa por diversos eixos, alguns dos quais têm caráter coletivo. A dignidade humana é um conceito polissêmico, “abre-se [...] um horizonte amplo de várias interpretações possíveis”<sup>17</sup>. E nesse aspecto, o afeto é um deles. O ser humano, enquanto parte do todo coletivo social se organiza em famílias em um microsistema que se recharacteriza, no prisma pós-moderno, pela sua finalidade de emancipação dos membros. Neste sentido, não se encontra a família em erosão, mas se vê transformada na busca pelo atendimento de interesses superiores das pessoas humanas, como o afeto, basilar na relação familiar, e solidariedade, princípio fundamental ao respeito mútuo exigido à continuidade das relações humanas e à emancipação coletiva.<sup>18</sup>

A família foi redimensionada pelas novas acepções da função do direito, enquanto instrumento de garantia ao homem e de libertação para consecução do bem-estar social e individual, logo após a Segunda Guerra. As escolhas políticas se desenharam no momento em que os estados nacionais estabelecem aos seus cidadãos garantias e verdadeiras prerrogativas para resguardar o seu arcabouço individual de direitos, inerentes ao que se consignou denominar de condição humana.

Há um claro objetivo de protecionismo do ser humano. Identifica-se, aí, um núcleo intangível de direitos concedidos a todos e a todas, sem distinções sociais, a fim de que os horrores da Segunda Guerra se tornem irrepetíveis. E apesar das normativas infraconstitucionais exercerem papel fundamental no gozo e plenitude dos direitos constitucionais, o fato de estes estarem institucionalizados de modo superior na hierarquia das normas, resta mais eficiente a sua prestação e palpável a sua leitura no ordenamento jurídico.

Assumindo tons privados da vida como aspecto de escolha política primordial da sociedade, reduzindo poderio estatal e barrando excessos de grupos hegemônicos, a Constituição Federal de 1988, seguindo o padrão global de vedação ao retrocesso

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Versão para o português do original “**Here, there and everywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse**”, *Boston College International and Comparative Law Review*, v. 35, n. 2. 2012.

<sup>17</sup> Cf. MALUSCHKE, Günther. A dignidade humana como princípio ético-jurídico. *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 37, n. 1, 2017, p. 96.

<sup>18</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 10ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015.

social, atestou parcela considerável de constitucionalização do direito civil, expoente maior do direito privado<sup>19</sup>.

Por seu turno, o direito das famílias, ramo importante do direito civil, se relaciona diretamente com a capacidade de rearranjo dos sujeitos sociais e com a consecução de seus objetivos individuais. A liberdade escancarada pela Constituição de 1988 dá ensejo ao afeto enquanto elemento de aglutinação dessas pessoas que decidem, por “esponte própria”, dar gênese a grupos que se concretizam como célula da sociedade, e primeiro meio social que se insere o indivíduo em sua experimentação do meio.<sup>20</sup>

Para tanto, o afeto se põe como elo e caracterização maior deste grupo, integrando o que se denomina de princípio constitucional da afetividade. Como uma faceta da dignidade humana, a afetividade, princípio também do direito de família, deve perpassar o texto infraconstitucional para dinamizar o conteúdo das normas, atualizando-o aos novos anseios sociais e garantindo o cumprimento do espírito do nosso Texto Maior.<sup>21</sup>

O direito que regula as atividades e finalidades das famílias, portanto, não se compreende apenas de mecanismos de abstenções, tampouco se restringe às questões patrimoniais. Ele, o direito, conforme o citado, se despatrimonializou ao tentar garantir a busca pela felicidade, entendida como aspecto da dignidade humana e finalidade da vida de todos.

É neste aspecto que os direitos de personalidade adquirem novo fôlego. Isto porque, as teorias alusivas à personalidade jurídica do nascituro jogam com novel visão de despatrimonialização do direito civil, que só se completa próximo à dignidade humana. A teoria concepcionista de aquisição de personalidade jurídica, à qual adere majoritária doutrina nacional atual (mudança recente), reconhece a proteção de direitos do nascituro desde a concepção, configurando o que Maria Helena Diniz chamou de “personalidade jurídica formal”, na qual se insere a gama de direitos de personalidade, ficando postergada, no entanto, a personalidade jurídica material, a qual só adquire com o nascimento com vida e se relaciona com a aquisição de capacidade para ser sujeito de direitos patrimoniais.

Essa segmentação, no entanto – e como se denota do ora exposto –, não encontrou ainda um escoamento no registro do natimorto, e daí a problemática enfrentada diuturnamente nas serventias de registro no país afora, que não conseguem reconhecer o nome como direito do natimorto no momento do assento no livro “C Auxiliar”.<sup>22</sup>

Apesar desse posicionamento, é de se registrar que a proteção que o ordenamento estabelece, desde a concepção, ao nascituro, não é apenas física, mas também patrimonial. O Novo Código de Processo Civil prescreve que somente haverá possibilidade de realizar o divórcio consensual, separação consensual ou extinção de união

<sup>19</sup> A perspectiva do Direito Civil Constitucional não é pacífica e vem sendo combatida no Brasil por inúmeros pesquisadores. Para maiores detalhes ver ainda: GOMES, Camila Paula de Barros. O Poder Judiciário no Estado neoconstitucional. *Revista Jurídica da Ufersa*, Mossoró, vol. 1, n. 1, 2017.

<sup>20</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 10ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>21</sup> TEPEDINO, Gustavo. “Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento”. *Revista de Direito do Estado (RDE)*, Rio de Janeiro, Ano 2, nº 7, 2007.

<sup>22</sup> LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros Públicos: teoria e prática*, 6ª ed, Rio de Janeiro, Forense; São Paulo, Método, 2014.

estável consensual por meio de escritura pública em caso de inexistência de filhos menores e/ou nascituro.<sup>23</sup> Inconsequente seria outra abordagem, pois a expectativa de nascimento com vida é suficiente a levantamento de alimentos gravídicos, e deve bastar também à proteção do patrimônio de um possível futuro indivíduo. Observe-se, no entanto, que na ausência do nascituro, isto é, em caso de morte posterior, a escritura poderá ser lavrada e servirá como título hábil ao registro.

Ato contínuo, em uma perspectiva de fundação dos direitos relativos à personalidade e à pessoa humana, Barroso<sup>24</sup> vê no princípio constitucional da dignidade humana tanto o “funcionamento de justificação moral quanto fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais”, haja vista ser suficiente à instituição de obrigações e direitos, mesmo no silêncio da lei específica que o faça. Elabora um raciocínio no qual, exemplificativamente, expõe que na ausência de proibitivo quanto à tortura, esta poderia ser barrada e tida como conduta antijurídica por mera proteção do corpo e da integridade humana, proibitivos principiológicos, tão somente.

Segundo tal raciocínio, ainda que não houvesse, como é o caso no ordenamento brasileiro, permissivo explícito (lembre-se que a norma se refere claramente a “elementos que couberem” no assento quanto ao registro do nome de natimorto), a dignidade humana teria condão suficiente, respaldado ainda por corolários como a dignidade da família, afetividade e emancipação das famílias, de abrir o rol de elementos do registro do livro C Auxiliar.

Tanto real é o exposto, que no Poder Judiciário, guiando a técnica jurídica, existem episódios de concessão de nome, mesmo em casos de votos vencidos. Isto é, a fluidez dos princípios no ordenamento e seu valor informativo são capazes de legitimar a sentença de juízes de direito ou o voto de desembargadores que, à luz da dignidade humana, conseguem vislumbrar a resolução da lide de forma a colmatar a lacuna aparente no ordenamento.

Desde 2002, as Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, já levavam em considerações tais ditames. Como destaque, registra-se o próprio Enunciado n. 1 da CJF que, sob a coordenação do Ministro Rui Rosado de Aguiar (STJ), determinaram que “Art. 2º: A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos de personalidade, tais como nome, imagem e sepultura”.

Essa aplicação direta cresce juntamente com a noção de que o nome esconde em si diversas facetas, dentre as quais se elencou alhures o direito a um nome, direito ao nome e direito de pôr um nome, todas relacionadas à personalidade, mas não diretamente com ela vinculada de modo que a derrocada da personalidade seria incapaz de extinguir, *per si*, o nome. Por vezes, este signo pode permanecer nos anais da memó-

<sup>23</sup> “Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731.” (Código de Processo Civil de 2015).

<sup>24</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Versão para o português do original “**Here, there and everywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse**”, **Boston College International and Comparative Law Review**, v. 35, n. 2. 2012.

ria coletiva, mesmo quando o ordenamento não mais conceda qualquer espécie de proteção ao indivíduo.

Segue o nome, portanto, como um elemento da personalidade jurídica que pode ser facilmente destacado, assim como a integridade da vida, a identidade, integridade do corpo e tantos outros decorrentes lógico-jurídicos, verdadeiros desdobramentos, da dignidade humana, que embasam os direitos e garantias fundamentais.

Ora, não se discute a proposta da destacabilidade do nome como forma de enfraquecê-lo, ou descaracterizá-lo como integrante da personalidade jurídica em geral. A sua dissociabilidade vem como modo de explicitar as outras variantes do instituto (do nome). O direito a por um nome, exemplificativamente, é direito dos pais do nascituro, natimorto ou nativo, e acontece de fato antes mesmo, e independentemente, do nascimento com vida.

Em última análise, vê-se, embasando-se no princípio da legalidade, nos termos do art. 5º, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que não poderá haver restrição a tal direito (de por um nome), senão em virtude de lei. Inexiste no ordenamento pátrio texto capaz de causar restrição a um direito de tal relevo, de conteúdo alusivo à completude interior e intrínseco à dignidade das famílias. Pelo contrário, o imperativo legal é aberto e permite, no correr das transformações pós-modernas, a complementariedade de seu sentido. Ao se referir a “elementos cabíveis”, no assento registral do natimorto, o legislador, em perspicácia rara, permitiu o ingresso do nome, mormente em análise à luz constitucional.

Veja-se, a seguir, como as normas de serviço das Corregedorias Gerais de Justiça têm encaminhado o registro dos natimortos.

### 3 AS NORMAS DE SERVIÇO DAS CORREGEDORIAS GERAIS DE JUSTIÇA E O REGISTRO DO NATIMORTO

Os Tabelionatos de Notas e Ofícios de Registro se encontram vinculados aos Tribunais de Justiça, os quais, por meio de suas Corregedorias Gerais, expedem normas para o funcionamento dos serviços dessas instituições. As serventias, tanto de registro quanto as de notas, são agrupadas conforme ditames do Tribunal de Justiça, sendo estadual o controle de suas finalidades e a distribuição dos ofícios e cartórios.

Cabe a essas normativas e às expedidas pelo Conselho Nacional de Justiça o aprofundamento das regras que versam sobre Registros Públicos, completando o sentido do estabelecido no art. 236 da Constituição Federal, bem como das leis federais de nº 6.015/73 e 8.935/94, que tratam da atividade registral e tabelioa, respectivamente.

Os serviços se submetem, apesar do comando e autonomia do tabelião, às Corregedorias no estabelecimento de suas atividades e rotinas administrativas/jurídicas. Vale salientar que o trabalho do oficial se pauta na certeza e não no convencimento, como funciona o processo judicial, em regra. É dizer que o registrador, ao dar fé pública de caráter *juris tantum* e, por vezes, em vias de excepcionalidade, *Iuri et Iuri* (em registro de *Torrens*), precisa de certeza necessária à manutenção da segurança jurídica

e eficácia explicitadas pela publicidade. Observe-se que nesse esquema se completam as funções do registro público elencados pela LRP<sup>25</sup> e pela Lei dos Cartórios.<sup>26</sup>

A submissão hierárquica ao Tribunal de Justiça dos Estados em que se estabelece a serventia corre ainda sob a forma do processo administrativo de suscitação de dúvida, prescrito genericamente pelo art. 198<sup>27</sup> da LRP. Nestes processos, como supramencionado, o juízo competente – em algumas comarcas, o juiz titular da vara especializada de registros públicos – se põe como capaz de conceder maior segurança ao registrador que procede sobre dúvida na escrituração de algum assento. O procedimento se propõe a resguardar o tabelião, que passa a não mais responder objetivamente pelo erro do processo em que suscitou dúvida e que se decidiu favorável ao registro, e padronizar o serviço conforme as mais diversas e recentes normativas. De igual modo, a suscitação de dúvida encontra-se como meio hábil a contornar situações lacunosas no conhecimento do tabelião ou na legislação e regulamentação infralegal.

Essa situação é responsável pela transfiguração dos entendimentos jurisprudenciais no que tange ao registro público, em boa medida. A vara especializada consegue plasmar os valores do ordenamento jurídico para abarcar grande diversidade de situações da vida e tentar dar resposta válida aos anseios sociais que não encontram subsunção imediata na legislação, ainda que o processo de dúvida possua natureza administrativa com decisão proferida por sentença e recorrível por apelação.

Tal mutabilidade do entendimento ocorre também por conta da sinalização de que a atividade cartorária se rege pelo *tempus regit actum*, brocado indicador do princípio de que o “tempo rege o ato”, predizendo que os atos registrais devem observar a lei pertinente que lhe for contemporânea.

Esse indicativo temporal da validade da norma e de sua aplicação no caso concreto desemboca diretamente na atividade registral, em especial naquelas mais complexas ou não cediças ainda nos órgãos que delimitam a prática cartorária. Vale dizer que a ocorrência da negação do registro do nome de natimortos submetidos ao regime de legislações restritivas de direitos não subsistiria em caso de abertura do entendimento do tribunal ou alteração da norma que fossem posteriores ao nascimento sem vida.

Neste caleidoscópio, em que nada se põe concreto, mas se alteram na mera mudança de perspectiva ou tempo, questões relevantes são erigidas, principalmente administrativamente e, em regra, por aqueles que são partes interessadas do direito que se omite. No reconhecimento do nome do natimorto, os tabeliães não se encontram como principais agentes ativos nos processos de suscitação de dúvida justamente pelo costume de registro sem a especificação do nome. As partes ingressam, via de regra,

---

<sup>25</sup> “Art. 1º Os serviços concernentes aos Registros Públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei.” (LRP/73)

<sup>26</sup> “Art. 1º Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.” (Lei nº 8.935/94 - Lei dos Cartórios)

<sup>27</sup> “Art. 198 - Havendo exigência a ser satisfeita, o oficial indicá-la-á por escrito. Não se conformando o apresentante com a exigência do oficial, ou não a podendo satisfazer, será o título, a seu requerimento e com a **declaração de dúvida**, remetido ao juízo competente para dirimí-la [...]” (grifo nosso) (LRP/73)

no judiciário, por processo judicial (especifica-se nesse caso a natureza por força do caráter administrativo que exerce frente às serventias).

Fixe-se, ainda, que não cabe ao tabelião inovar na garantia de direitos fundamentais, ainda que isso não faça sentido à luz do direito constitucional. O tabelião operacionaliza o direito, mormente o civil, realizando inclusive a assessoria jurídica na pactuação entre as partes, mas não poderá inovar no ordenamento por meio de concessão de direitos que não estão claros ou assentes na legislação. Deste modo, somente a Corregedoria Geral de Justiça dos Estados poderão emitir decisões que transpareçam novos aspectos legais até então ignorados ou interpretados de maneira restritiva.

O Parecer nº 487/2012-E, contido no bojo do Processo 2012/162147 – Capital – Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, elenca a finalidade do registro civil enquanto construção do “retrato dos fatos e negócios jurídicos ligados à condição humana”. Estabelece também a pós-modernidade como condicionante do comportamento social e o direito enquanto fator associado à realidade em que se situa.

O documento citado se refere à atualização do Capítulo de Registro Civil das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça (CGJ-SP) e tece consideração acerca das alterações propostas para as normativas emitidas com a finalidade de adequação aos novos anseios sociais, ganhando relevo sobre alteração pertinente no campo do registro do natimorto, como será explicitado.

Esses textos que revisam e esmiúçam o conteúdo das normas registrais correm sob forma de provimento<sup>28</sup> (como se depreende do art. 14 Regulamento Geral da Corregedoria Nacional de Justiça) e consideram-se normas secundárias, que tão somente podem detalhar o sentido das leis supracitadas. Nesta acepção, não podem os Provedores das Corregedorias ampliar ou restringir sentido de norma, criando direitos e/ou obrigações, em obediência ao ditame constitucional da legalidade, estabelecida pelos arts. 5º, II, e 37, *caput*, do Texto Maior.

O princípio da legalidade, em uma visão distorcida, se poria como óbice à correta aplicação da norma à luz do direito constitucional. Em frequência, tal posicionamento vem ganhando relevo na conjuntura atual dos serviços extrajudiciais. Entende-se que esta não é a leitura mais apropriada.

A Constituição deve ser compreendida não apenas como ponto de referência do qual emana o direito. A Constituição é fonte e moldura, delimitando também os espaços a serem percorridos pela lei, mediando direitos ao indivíduo para que não lhe seja tolhida a dignidade, nem abusado em seu arcabouço de direitos, consequentemente; principalmente pelo Estado.

Se, contudo, o texto constitucional vai além do que alcança a lei, que também não é expressa na restrição do convencionado supralegalmente, então pode-se inferir que o direito está disponível. É direito subjetivo. Ora, a Constituição permanece clara

---

<sup>28</sup> “Art. 14. Os atos expedidos pelo Corregedor, de natureza normativa, no âmbito de sua competência, observarão a seguinte nomenclatura: I - provimento – ato de caráter normativo interno e externo com a finalidade de esclarecer e orientar a execução dos serviços judiciais e extrajudiciais em geral. Quando se destinar a alterar outro Provimento, deverá ser redigido de tal forma a indicar expressamente a norma alterada, a fim de preservar a sistematização e a numeração existente;” (Regulamento Geral da Corregedoria Nacional de Justiça)

ao concretizar como princípio fundante a dignidade humana, que emana aos diversos grupos sociais, mormente àquele que simboliza o microcosmo fundante da sociedade, local e global, isto é, a família, que, por tal razão, também ganha proteção estatal, como se refere o art. 226 do Texto Maior.<sup>29</sup>

A lei registral assevera a entrega dos elementos cabíveis ao registro do natimorto, mas sem especificá-los. O entendimento majoritário é da não concessão e se estabiliza sobre um fundamento raso de falta de segurança jurídica.<sup>30</sup> Contudo, como já assentado, o entendimento causa mais insegurança jurídica do que se propõe, principalmente na consideração que parece tomar de conta da doutrina nacional de consideração da personalidade jurídica desde a concepção.

Não há como coadunar segurança jurídica, concepção enquanto marco do início da personalidade jurídica, leitura constitucional do direito civil e indeferimento do registro do nome do natimorto. O tópico, apesar de já discutido, precisa ser reafirmado apenas como ponto de partida para a discussão acerca das normativas de serviço das Corregedorias de Justiça, que tendem a seguir o entendimento nacional que denegam o registro do nome e compactuam, ainda que indiretamente, com essa fonte de insegurança jurídica e barreira à plena aplicação dos princípios constitucionais que resguardam o bem-estar da família, cujos membros se interligam por afetividade.

O direito ao nome do natimorto, conforme questionado anteriormente e argumentado, não corresponde a um direito do próprio nominado, mas se confunde com a possibilidade jurídica subjetiva dos pais. A dignidade dos pais, nesta condição expostos, torna-se base suficiente à concessão.

A denegatória do reconhecimento do direito ao nome do natimorto, portanto, ocorre a nível estadual, quando não se concebe que a norma federal (lei nº 6.015/73), ao estipular em seu art. 53, §1º, que o assento do natimorto deve ser lavrado com “os elementos que couberem”, com no nome enquanto requisito necessário.

Desse modo, haverá aplicação direta da Constituição no caso concreto e individual, sem inovação do tabelião, mas por meio de ditame direto do Tribunal de Justiça respectivo. Assim, não existe nem quebra do princípio da legalidade, tão pouco inovação no campo jurídico, mas apenas possibilidade do gozo de direito constitucional. Frise-se que legislação restritiva de direitos somente poderá ser concebida em leitura estrita, sem ampliação do sentido, conforme assevera Tartuce<sup>31</sup>. Fica evidente que a lei não impõe restrição a direito, nem pode a norma secundária do Tribunal fazê-la, haja vista ter em sua função a correta operacionalização do direito consubstanciado na norma primária e no Texto Maior de ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo estadual a organização dos serviços, cabe a cada Tribunal de Justiça a regulamentação do disposto nas leis de registros públicos por meio dos provimentos expedidos por suas Corregedorias Gerais de Justiça, conforme explicitado.

<sup>29</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito civil brasileiro**, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 2014.

<sup>30</sup> Vide a redação da Mensagem de Veto do Vice-Presidente Michell Temer, em referência a suposta insegurança jurídica contida na concessão do nome do natimorto, conforme encampou o Projeto de Lei nº 5.171/2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Msg/Vet/VET-231.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/Vet/VET-231.htm). Acesso em: 14.fev.2017

<sup>31</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Forense, São Paulo, MÉTODO, 2014.

Em razão dessa distribuição de competência, o trato acerca do nome do natimorto, e de toda especificação registral acaba por não encontrar homogeneidade no território nacional. Eis a gênese de instabilidade institucional dos serviços cartorários, ainda que haja certa regulamentação pelo Conselho Nacional de Justiça que tenta adequar certos procedimentos.

Exemplo desses instintos que tendem a buscar padronização no atendimento e na operacionalização do direito, visando à isonomia constitucional, são os Provimentos do CNJ, assinados pelos Corregedores Gerais de Justiça, tais como os de nº 2, 3 e 14, que uniformizam as expedições de certidões de nascimento, casamento e óbito, esquecendo, como citado anteriormente, da situação do natimorto.

Em São Paulo, contudo, a situação sofreu alteração recente, em virtude de reiteradas decisões que proferiram a verdade constitucional em detrimento das normas legais na seara do registro público. O Corregedor Geral de Justiça, à época também presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, José Renato Nalini, é quem subscreve o Provimento CG Nº 41/2012, sob sugestão apresentada pela Associação dos Registradores das Pessoas Naturais do Estado de São Paulo (ARPEN-SP) e como resultado de diversas reuniões da equipe dos Juízes Assessores do Extrajudicial do Estado.

A associação de registradores, cujos membros seguem próximos ao público no atendimento nas serventias ao longo do território nacional, está apta a sugerir alterações às normas, haja vista contemplarem os seus integrantes as problemáticas recorrentes e novos anseios da vida moderna no que tange ao registro, em especial o registro de pessoa natural, como é o caso.

A modificação sugerida e acatada pelo Tribunal se refere a diversos aspectos da vida civil, dentre os quais elenca-se a possibilidade administrativa de doação voluntária do corpo morto para estudos científicos, o casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo e, claro, previsões sobre a concessão do nome do natimorto.

O Parecer nº 487/2012-E que acompanha a minuta de Provimento indica a concessão do direito ao nome por força da condição humana e individualidade, prevenindo ainda a alteração enquanto resolução para maior eficiência na prestação do serviço registral.<sup>32</sup>

A intenção da norma, estampada no próprio parecer encaminhado ao Corregedor Geral, se aglutina, portanto, ao reconhecimento da imagem humana no embrião que um dia possuiu vida intrauterina e que recebeu o afeto humano, e assim foi considerado. Contudo, neste aspecto, fica claro que não houve menção ao fato de possuir personalidade jurídica, que seria o argumento mais óbvio em caso de consolidação da teoria concepcionista.

Nestes termos, considera-se, na norma, o próprio indivíduo humano, pela lembrança de sua viabilidade e reconhecimento pela comunidade na qual se inseriria. Se há reconhecimento social pela memória de sua individualidade, também aproveita a

---

<sup>32</sup> “Da mesma forma, houve previsão do registro do nome do natimorto em respeito a sua condição humana e conseguinte individualidade. Sabemos que muito ainda há por fazer e da grande possibilidade de equívocos de nossa parte na proposta ora apresentada, todavia, seguindo o pensamento de Vossa Excelência, optamos por avançar na busca da melhora da eficiência dos serviços delegados e, sobretudo, na tentativa da solução dos problemas concretos das pessoas.[...]” (Parecer nº 487/2012-E).

família, em vias de consequência, a lembrança social para implementação de sua dignidade no luto.

Assim restou a redação do Código de Normas Extrajudicial:

DO NASCIMENTO [...]

32. Em caso de natimorto, facultado o direito de atribuição de nome, o registro será efetuado no livro "C-Auxiliar", com índice em nome do pai ou da mãe, dispensando o assento de nascimento (SÃO PAULO, 1989).

Em aplicação direta de princípios constitucionais, em clara colmatação das lacunas ou obscuridades legais, o Tribunal de Justiça de São Paulo foi pioneiro em reconhecer a humanidade estampada na figura do natimorto, plasmando o seu nome não só em seu registro, mas na memória coletiva. Assim, reconhecer à família o direito de registrar o nome em natimorto é medida justa que concretiza a dignidade da família, consagrando o ideal de proteção cravado no art. 226 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Em 2014, a Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Pernambuco publicou o Provimento n. 12/2014 CGJ<sup>33</sup>, regulamentando o assento do óbito fetal e facultando aos pais a identificação do filho natimorto. O provimento parte do pressuposto que desde a concepção e durante a vida intrauterina, a criança por nascer não será mera perspectiva de filho, mas uma pessoa a chegar, com personalidade jurídica de fato, tendo direito a um nome.

As normas da corregedoria de Pernambuco reconheceram que a finalidade do Registro Civil é justamente retratar os fatos e negócios jurídicos ligados à condição humana e, nesses termos, o nome ao natimorto não pode ser excluído do rol dos chamados direitos humanitários. O direito de atribuir o nome ao filho natimorto foi reconhecido como um atributo do direito de personalidade que se destina a um fim sui generis, o de conferir dignidade aos membros da família.

Dada as constantes transformações, o tema chegou ao Congresso Nacional brasileiro em 2013, por iniciativa da Câmara dos Deputados. A seguir, passa-se a discutir as alterações legislativas propostas.

#### 4 PERSPECTIVAS LEGISLATIVAS

Em vistas da contradição entre a nova visão do ordenamento e a prática registrária, que continua a não conceder registro de nome ao natimorto no Registro Civil de Pessoas Naturais, um projeto de lei foi apresentado para promover alterações que se coadunassem com os valores constitucionais e registrários.

<sup>33</sup> Disponível em: [http://www.tjpe.jus.br/web/corregedoria/provimentos/2014/-/asset\\_publisher/V7UnayPEawWS/document/id/1103385?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fwww.tjpe.jus.br%2Fweb%2Fcorregedoria%2Fprovimentos%2F2014%3Fp\\_p\\_id%3D101\\_INSTAN-CE\\_V7UnayPEawWS%26p\\_p\\_lifecycle%3D0%26p\\_p\\_state%3Dnormal%26p\\_p\\_mode%3Dview%26p\\_p\\_col\\_id%3Dcolumn-3%26p\\_p\\_col\\_count%3D2](http://www.tjpe.jus.br/web/corregedoria/provimentos/2014/-/asset_publisher/V7UnayPEawWS/document/id/1103385?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fwww.tjpe.jus.br%2Fweb%2Fcorregedoria%2Fprovimentos%2F2014%3Fp_p_id%3D101_INSTAN-CE_V7UnayPEawWS%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-3%26p_p_col_count%3D2). Acesso em 06.fev.2017.

O projeto de Lei nº 88, de 2013 (nº 5.173 na Câmara dos Deputados), buscava alterar o art. 53, §1º da Lei de Registros Públicos, implicando no acréscimo expresso do prenome e patronímico na lavratura do assento do registro de natimorto.

A justificativa da lei explicava que mesmo não nascido com vida, ou seja, não adquirindo personalidade jurídica, o natimorto era membro da humanidade e, por tal razão, gozava de proteção jurídica referente aos direitos de personalidade.

No próprio projeto de lei, a marca da dissonância entre os entendimentos ao longo do território nacional era registrada quando demonstrou que um casal já goza de registro do nome de filha morta à 37ª semana de gestação. O provimento de registro foi garantido por decisão da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, após procedimento de suscitação de dúvida, segundo a justificativa do Projeto de Lei.

O Deputado Federal Ângelo Agnolin foi o responsável pelo projeto citado que, por infortúnio, foi vetado pelo Vice-Presidente da República, Michel Temer.<sup>34</sup>

A autoridade vetante argumentava, acompanhando o parecer do Ministério da Justiça e Secretaria de Políticas de Mulheres, que “a alteração poderia levar a interpretações que contrariariam a sistemática vigente na codificação civil, inclusive com eventuais efeitos não previstos para o direito sucessório”. Por alguma razão, o veto integral ainda foi compreendido dentro de um parâmetro controverso: por contrariedade ao interesse público. Como é cediço, o interesse público não pode criar empecilhos para a concretização da dignidade das famílias. Trabalhar a complexidade do caso dentro desta perspectiva foi retrocesso incompatível com a Constituição brasileira de 1988.

O registro de natimorto, efetuado no Ofício de Registro Civil de Pessoas Naturais (RCPN), não possui natureza constitutiva. Portanto, a concessão de nome não contempla o reconhecimento de personalidade jurídica para fins patrimoniais, pois o registro não é capaz de conceder tais direitos, mas apenas de garantir a publicidade *erga omnes* desta condição. Neste sentido, a Mensagem encaminhada pelo Vice-Presidente não faz frente ao Projeto de Lei, havendo confusão jurídica que muito mais embaralha o sentido da norma e alija o ordenamento de uma solução à segurança jurídica instaurada pela contradição entre o entendimento tradicional acerca da lei registral e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Após dois anos de trâmites legislativos e aprovação nas casas do Senado Federal e Câmara dos Deputados, bem como nas respectivas comissões de Constituição e Justiça, o projeto se frustrou e, com ela, a potencialidade de resolução desta questão, que se encontra pendente no direito nacional, gera desgastes psicológicos e insegurança jurídica, pois alguns Estados do país têm concedido liminarmente o direito de registro, enquanto outros, não.

Segundo o Projeto de Lei supracitado, que usa como fonte os dados fornecidos pela ARPEN-SP (Associação dos Registradores de Pessoas Naturais do Estado de São Paulo), todo ano são feitos aproximadamente 5 mil registros de natimortos, e nenhum

---

<sup>34</sup> O veto ocorreu em 30 de junho de 2015, quando o vice-presidente Michel Temer encaminhou mensagem n. 231 para o presidente do Senado Federal (vide nota 34).

contava, até o novo Código de Normas emitido pela Corregedoria do Estado de São Paulo, com o registro do nome que os pais pensavam para os filhos.

Vale ressaltar ainda que o parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, presidido pelo senador Vital do Rêgo, ao aprovar o projeto de lei, destacava que “ver o filho nascer morto aflige qualquer indivíduo e, em respeito aos valores da dignidade da pessoa humana, deve merecer total conforto do Direito”.

Na análise do parecer emitido pela comissão conclui-se o ora debatido: o direito, ao resplandecer conforto aos entes que permanecerem não concede direito ao nome como símbolo do arcabouço jurídico do natimorto, mas, sim, como elemento complementar à dignidade dos pais, e, em última instância, a da família, principalmente após as novas razões principiológicas que movem as constituições das famílias, não mais consideradas como um fim em si mesmo, mas um instrumento para a realização da dignidade de seus membros.

Reconhecendo a lacuna jurídica – a justificação do projeto supramencionado conta com a expressão “lacuna” - da lei de Registros Públicos, buscou-se colmatação por meio do respeito à dignidade humana. O caminho legislativo percorrido até a aprovação na CCJ/Senado Federal imprime na experiência legislativa nacional um avanço significativo. No entanto, a derrocada da ideia de concessão de nome ao natimorto como signo de sua existência do mundo jurídico enquanto sujeito com direitos e obrigações ocorreu no Poder Executivo, frente ao veto presidencial. Lamentavelmente, o Poder Executivo decidiu não regular o tema e, nesse aspecto, transferiu às famílias mais um encargo que, além da dor pela perda de um ente familiar natimorto, carrega o desafio de concretizar o reconhecimento do direito de “por um nome” como faceta intrínseca da dignidade dos pais, junto ao Poder Judiciário.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Registros Públicos operacionalizam o direito civil, dando vazão e base para que muitos dos direitos subjetivos dos indivíduos extrapolem para o mundo fático e possam ser exercidos com dignidade. Para grande parte dos Ofícios de Registro, os assentos possuem natureza constitutiva, a fim de assegurar que o estabelecido no livro se conforme ao ditame legal, por meio da qualificação registral. Contudo, esta não é a verdade dos Ofícios de Registro Civil de Pessoa Natural (RCPN).

As inscrições realizadas sobre o estado da pessoa, em situações que se exteriorizam no mundo antes de repercutir no direito, vão à registro apenas com condição de publicidade *erga omnes*. Exemplo disso é o nascimento, óbito e até a separação de fato que faz cessar o regime de bens. O natimorto, por seu turno, também é realidade independente do registro, assim como as relações de afeto decorrentes de sua existência e expectativa de vida extrauterina. Os genitores se consideram pais desde antes do parto.

Contudo, a situação da Lei de Registros Públicos, que entrou em vigor em 1973, anterior à Constituição de 1988, desconsidera os laços de afeto e a dignidade humana

insculpidos no Texto Maior. É dizer que a configuração contemporânea do registro do natimorto figura como mero levantamento de dados e controle para estatísticas, não incluindo em seu fim a dignificação do ser humano, seja do genitor ou mesmo da lembrança do indivíduo que gozou de afeto. Sem registro, a dignidade da família resta prejudicada. O luto, por si, é dor sem comedimento, e fora da proteção do direito, que falha em ser articulado para o cumprimento do espírito constitucional, esta dignidade familiar é ferida pela impossibilidade do cumprimento de seus objetivos da forma ampla, em detrimento do sonhado pelo Texto Maior.

O contraponto levantado por muitos, inclusive o redigido na Mensagem de Veto do então Vice-Presidente Michel Temer do Projeto de Lei nº 5.171/2013, se avença na possível falta de segurança jurídica do caso de concessão de nome ao indivíduo que não chegou a possuir condições para repercussões jurídicas patrimoniais. Nesta linha de raciocínio não se compreende a despatrimonialização do direito, que exsurge como meio para que o ser humano galgue a felicidade individual e social, muito menos se observa o caráter de publicidade, e não constitutivo, do registro. A personalidade é concebida pelo nascimento, não pelo registro; o registro do nome jamais terá condão de derogar essa verdade jurídica presente no CC/02, marco cujo conteúdo ganha concretude nos termos da Lei nº. 6.015/73.

O nascimento com vida floresce, consoante à legislação civil e parte da doutrina, como o marco do início da personalidade jurídica. O nome, enquanto elemento integrante desta personalidade, contudo, se desenrola em muitos aspectos que fogem ao alcance das regras gerais deste instituto. O direito que corresponde ao nome se desdobra, como asseverado alhures, no direito ao nome, direito a um nome e direito a por um nome. O último integra arcabouço jurídico dos pais da criança, e foge às normativas estipuladas aos demais itens da personalidade, haja vista gozarem todos eles de certa independência, a medida em que possuem regramento próprios.

Ao tratar do natimorto, a Lei de Registros Públicos não é clara, cabendo às Normas de Serviço dos Tribunais de Justiça dos estados esmiuçar o seu sentido e expor o real significado do art. 53, § 1º de seu texto, o qual carrega a obscura expressão “elementos que couberem” em referência ao registro do nascido morto. As normas do CNJ e Corregedorias Estaduais, contudo, seguem tal obscuridade como sinal de negativa de direitos, na inobservância que esta leitura se põe contrário ao sentido constitucional.

A Constituição Federal de 1988 irradia perante todo o ordenamento, não sendo possível realizar a interpretação de dispositivos a sua revelia. O Texto Fundante do Estado brasileiro se impõe alicerçado na dignidade da pessoa humana, que deverá atravessar todas as normas infraconstitucionais. Da mesma forma, corre a relevância da família, cuja proteção ganha previsão constitucional (art. 226 da CF).

A formação dessa instituição, base da sociedade moderna, corre por conta do afeto. O princípio do afeto, amplamente reconhecido pela doutrina nacional, se materializa como caracterizador da família moderna, a qual possui, enquanto finalidade, a emancipação de seus membros e a busca pela felicidade, conjunta e individual.

Dadas essas garantias constitucionais, não há de se falar em leitura do art. 53, §1º, da LRP, durante a interpretação dos elementos cabíveis ao registro do natimorto,

sem inclusão do elemento “nome”. Essa negativa não se mostra resposta justa e consoante com a dignidade humana; o seu revés, no entanto, desagua no respeito à memória individual da criança que se gerava não só dentro de um ventre, mas em um lar carregado pelo afeto, suficiente ao reconhecimento daquele sujeito enquanto membro da família.

O direito ao registro de nome do natimorto não figuraria, pois, enquanto próprio do natimorto; seria entendido, contudo, como uma consequência do “por um nome”, direito subjetivo dos pais. Os genitores da criança nascida morta necessitam da completude do registro do natimorto não só como um documento de valor estatístico, mas sim, como uma prova do reconhecimento social de seus filhos, em nome da dignidade da família, do reconhecimento de seu luto e da morte enquanto um processo natural da vida humana, assim considerada em sua mais ampla acepção.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Versão para o português do original “Here, there and everywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse”, *Boston College International and Comparative Law Review*, v. 35, n. 2. 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Nº 5.171/2013**. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=400567EAC5C6D4083D7FF76C4D40EDE.proposicoesWeb2?codteor=1067189&filename=PL+5171/2013](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=400567EAC5C6D4083D7FF76C4D40EDE.proposicoesWeb2?codteor=1067189&filename=PL+5171/2013). Acesso em 09.jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Mensagem Nº 231, de 30 de Junho de 2015**. Veta o Projeto de Lei no 88, de 2013 (no 5.171/13 na Câmara dos Deputados). 2015. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Msg/VET/VET-231.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VET/VET-231.htm). Acesso em 07.jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3510/DF – Distrito Federal**. Relator: Ministro Ayres Britto. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 29 maio 2008. <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>. Acesso em 11.jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 399028/SP 2001/0147319-0**. 2002. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/293761/recurso-especial-resp-399028-sp-2001-0147319-0>. Acesso em 14.jan. 2016.

CAMARGO, Mario de Carvalho; OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. **Registro civil das pessoas naturais: parte geral e registro de nascimento**. Vol 1. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, Volume 1: teoria geral do direito civil. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESMERALDO, Jéssica Souza. **Os Direitos Do Nascituro Frente Às Problemáticas Contemporâneas**. Monografia no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba: 2013.

GOMES, Camila Paula de Barros. O Poder Judiciário no Estado neoconstitucional. **Revista Jurídica da UFERSA**, Mossoró, vol. 1, n. 1, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

MALUSCHKE, Günther. A dignidade humana como princípio ético-jurídico. **Nomos - Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 37, n. 1, 2017.

SANTOS, Mariana Undiciatti Barbieri. **Nome de Natimorto**. São Paulo: Monografia de Curso de Pós-Graduação **Lato Sensu** – Especialização em Direito Notarial e Registral da Escola Paulista de Magistratura, 2012.

SÃO PAULO. Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo. **Parecer nº 487/2012-E**. Disponível em: <http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100300716/provimento-cg-n-41-2012-modifica-o-capitulo-xvii-do-tomo-ii-das-normas-de-servico-da-corregedoria-geral-da-justica>. Acesso em 19.jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo. **Provimento 58/89**: Normas de Serviço Cartórios Extrajudiciais - Tomo II. 1989. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/NormasExtrajudiciais/NSCGJTomoII.pdf>. Acesso em 18.jan. 2016.

TARTUCE, Flávio. A Situação Jurídica do Nascituro: Uma Página a ser virada no Direito Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 33, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: lei de introdução e parte geral**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 118

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. **Revista de Direito do Estado (RDE)**, Rio de Janeiro, Ano 2, nº 7., 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013.

**Submetido em: 27 out. 2017. Aceito em: 15 abr. 2018.**





# A (IN)DISCERNIBILIDADE ENTRE DEMOCRACIA E ESTADO DE EXCEÇÃO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO: UMA LEITURA A PARTIR DE GIORGIO AGAMBEN

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth\*  
Joice Graciele Nielsson\*

## Resumo

A democracia brasileira se construiu tendo em vista uma tradição autoritária, que não desaparece com a simples mudança de *status* jurídico-político. O presente artigo objetiva, em face deste contexto, analisar os espaços de exceção que parasitam o cenário político-jurídico nacional, nos quais a indiscernibilidade entre democracia e autoritarismo transforma-se em regra. A problematização proposta parte da ideia de que um sistema político-jurídico democrático pode ser facilmente utilizado para a realização de propósitos autoritários. Daí a hipótese levantada: a necessidade de confrontar toda a tradição mediante a suspensão dos juízos dados e herdados, de modo a evitar qualquer possibilidade de “encobrimento” da exceção sob as fórmulas fáceis do politicamente correto e do “democrático”. A primeira seção do texto possui um cariz conceitual que se destina à fixação do marco teórico proposto para a análise, na qual será apresentado e discutido o conceito de estado de exceção na obra de Giorgio Agamben; a segunda visa a contextualizar a teoria agambeniana acerca da exceção permanente a partir do contexto brasileiro pós-*impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff. A pesquisa foi perspectivada a partir do método fenomenológico.

## Palavras-chave

Democracia; Autoritarismo; Direitos Humanos; Estado de Exceção.

## THE INDISCERNIBILITY BETWEEN DEMOCRACY AND A STATE OF EXCEPTION IN CONTEMPORARY BRAZIL: a reading through Giorgio Agamben

### Abstract

Brazilian democracy was constructed in view of an authoritarian tradition, which does not disappear with the simple change of legal-political status. The present article aims, in the face of this context, to analyze the spaces of exception that parasitize the national political and juridical scenario,

---

\* Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2014). Mestre em Direito pela UNISINOS (2010). Pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI (2008). Graduado em Direito pela UNIJUI (2006). Professor-pesquisador do Programa de Pós-graduação em Direito (Mestrado em Direitos Humanos) da UNIJUI. Professor dos Cursos de Graduação em Direito da UNIJUI e da UNISINOS. Coordenador da Rede de Pesquisa Direitos Humanos e Políticas Públicas (REDIHPP) e líder do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Biopolítica (CNPq).

\* Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos/UNISINOS-FURB (2016), possui graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (2010) e Mestrado em Desenvolvimento pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (2012). Atualmente é professora do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado em Direitos Humanos - e do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, atuando principalmente nos seguintes temas: Gênero, Feminismo, Constituição, Diversidade, Teoria da Justiça, Direitos Humanos. É integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Biopolítica (CNPq).

in which the indiscernibility between democracy and authoritarianism becomes a rule. The proposed problematization starts from the idea that a democratic political-juridical system can be easily used for the accomplishment of authoritarian purposes. Hence the hypothesis raised: the need to confront the whole tradition by suspending the given and inherited judgments, in order to avoid any possibility of “concealment” of the exception under the easy formulas of the politically correct and the “democratic.” The first section of the text has a conceptual character that is intended to fix the theoretical framework proposed for the analysis, in which the concept of a state of exception in the work of Giorgio Agamben will be presented and discussed; the second aims to contextualize the agambenian theory about the permanent exception from the Brazilian post-impeachment context of President Dilma Rousseff. The research was envisaged using the phenomenological method.

**Keywords:**

Democracy; Authoritarianism; Human Rights; State of Exception.

## 1 INTRODUÇÃO

Tradicionalmente a expressão “estado de exceção” tem sido utilizada para designar a suspensão provisória da Constituição, seja em sua totalidade ou em alguns dos seus pontos principais, como os direitos e garantias fundamentais. Configuraria, portanto, uma situação excepcional instaurada a partir do advento de circunstâncias anormais, imprevisíveis, que representariam ameaças à estrutura do Estado de Direito, de tal modo que demandariam, para sua superação, a concentração de poderes e a adoção de medidas muito próximas do conceito de violência. A partir desta ideia, comumente tende-se a identificar estado de exceção e ditadura, ambos, opostos e distintos à democracia.

Todavia, a partir de uma análise biopolítica de aspectos concretos das modernas democracias ocidentais, tal qual já havia demonstrado a experiência nazista, considera-se possível a existência de um teratológico “Estado democrático-ditatorial”, de tal modo que exceção e democracia deixam de configurar realidades opostas, passando a conviver concomitantemente. É neste sentido que a filosofia política de Giorgio Agamben vem apontando, ao afirmar que a exceção autoritária não constitui uma negação do Estado democrático de direito; pelo contrário, a exceção habita *dentro* da democracia, configurando verdadeiros espaços de exceção em plena vigência democrática.

Em relação à realidade brasileira, tal percepção permite refletir sobre as práticas político-jurídicas cotidianas para nelas descortinar autoritarismos que, inicialmente, permanecem alheios e inexplicáveis em nosso ambiente político pós Constituição de 1988. Tal leitura crítica, portanto, permitiria evidenciar em nossa vivência social que, não obstante a qualidade dos enunciados normativos do texto constitucional, a democracia brasileira se construiu tendo em vista uma tradição autoritária, que não desaparece com a simples mudança de *status* jurídico-político.

É neste contexto que a expressão “estado de exceção”, não obstante sua complexidade, se transforma em uma noção central para a compreensão acadêmica e política dos paradoxos das democracias ocidentais na atualidade. Assim, uma das principais tarefas do pensamento crítico – e o principal objetivo do presente artigo – consiste em

descortinar e denunciar os espaços de exceção que parasitam o cenário político-jurídico nacional, estabelecendo espaços cada vez maiores de anomia, nos quais a indiscernibilidade entre democracia e autoritarismo transforma-se em regra.

A problematização proposta parte da ideia de que um sistema político-jurídico democrático pode ser facilmente utilizado para a realização de propósitos autoritários. Daí a hipótese levantada: a necessidade de confrontar toda a tradição mediante a suspensão dos juízos dados e herdados, de modo a evitar qualquer possibilidade de “encobrimento” da exceção sob as fórmulas fáceis do politicamente correto e do “democrático”.

Para a construção do texto, optou-se por estruturá-lo em duas seções distintas: a primeira seção possui um cariz conceitual que se destina à fixação do marco teórico proposto para a análise, na qual será apresentado e discutido o conceito de estado de exceção na obra do filósofo italiano Giorgio Agamben; a segunda visa a contextualizar a teoria agambeniana acerca da exceção permanente a partir do contexto brasileiro pós-*impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff, identificando os elementos de configuração da exceção: a presença do soberano, a constituição do inimigo e a suspensão permanente da normatividade.

A pesquisa foi perspectivada a partir do método fenomenológico, assentado sobre a importância da linguagem, na medida em que não se busca um estudo a partir do qual os sujeitos – no caso, os autores do artigo – estejam “afastados” ou “cindidos” do seu objeto. Pelo contrário, o objeto e os sujeitos são constituídos pela palavra e por meio dela recebem a atribuição de sentido, evidenciando o aspecto do círculo hermenêutico (HEIDEGGER, 2003; GADAMER, 2012). A contribuição da hermenêutica filosófica para a elaboração do presente artigo foi demonstrar que as condições que tornam o pensamento possível não são autogeradas, mas são estabelecidas bem antes do engajamento dos sujeitos em atos de introspecção, na medida em que já estão envolvidos no mundo bem antes da suposta separação teórica que caracteriza a filosofia da consciência. Não há, portanto, terminantemente, qualquer possibilidade de cisão entre os sujeitos da pesquisa e o seu objeto.

## 2 O ESTADO DE EXCEÇÃO EM GIORGIO AGAMBEN: claros-escuros de um conceito

O esforço intelectual de análise e compreensão do tempo presente, empreendido neste artigo, utiliza como matriz teórica a filosofia política de Giorgio Agamben, suas análises sobre o biopoder e as interlocuções biopolíticas com a democracia contemporânea. Isto porque, visivelmente, a contemporaneidade tem apresentado um incremento da biopolítica, ou seja, da implicação cada vez maior da vida natural do homem nos mecanismos e cálculos do poder (FOUCAULT, 2012), de tal modo que esta categoria foucaultiana tem assumido um papel de importante ferramenta conceitual para o diagnóstico e a compreensão das crises políticas do tempo presente (WERMUTH; NIELSSON, 2016).

Para Agamben (2010, p. 118), o irromper da biopolítica, antes de uma “novidade” contemporânea, representa apenas a culminância de um processo: “antes de emergir impetuosamente à luz do nosso século [século XX], o rio da biopolítica, que

arrasta consigo a vida *homo sacer*, corre de modo subterrâneo, mas contínuo”. E o seu reflexo mais contundente é, segundo o filósofo, a contínua aproximação – até a completa indistinção – entre direito e violência, e a transformação do estado de exceção em paradigma de governo na política contemporânea. Essa indiscernibilidade chega ao ponto de configurar uma ameaça de transformação radical da “estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição”, dado que o estado de exceção se apresenta “como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo.” (AGAMBEN, 2004, p. 13).

Compreender o estado de exceção como paradigma de governo requer, inicialmente, a compreensão da exceção em Agamben, um conceito que permeia o limite entre a teoria do Estado e a teoria do direito, entre legalidade e legitimidade, entre o jurídico e o político, entre direito e natureza. Um Estado tal, sentencia Villinger (2017, p. 26), é semelhante, por exemplo, a um contexto de guerra civil. Mas, ao contrário de uma situação como essa, pontual, não se refere a uma forma passageira de poder, mas à sua forma constitutiva na modernidade, enquanto estado de exceção permanente, no qual a autoridade de governo se situa e atua no espaço intermediário entre direito e política, uma espécie de zona invisível: “a invisibilidade desse *modus operandi* do poder governamental resulta não de ocultamento explícito, mas da máscara da normalidade cotidiana”.

Em suas reflexões acerca do estado de exceção, Agamben (2004) reitera esta zona intermediária entre os dispositivos totalitários das democracias da atualidade e as formas de gestão dos regimes totalitários. Embora tal contribuição não seja nova, sua abordagem permite avançar nas perspectivas críticas existentes. Adorno e Horkheimer (1984) demonstraram os limites da democracia liberal a partir da problematização da “iluminação”, vista como um mito cuja ressonância pulsa no interior de democracias liberais, conduzindo-as para a constituição de campos de concentração. Para os membros da Escola de Frankfurt, tudo começa em Ulysses e termina em *Auschwitz*, em uma empreitada mítica na qual a “iluminação” da modernidade assume uma dinâmica propriamente mortal, biopolítica.

De certo modo, o trabalho agambeniano, afirma Karmy (2017), revitaliza essa tese, reposicionando-a em novos marcos de inteligibilidade definidos em dois ciclos que atravessam o seu projeto filosófico intitulado “*Homo sacer*”: um primeiro, da soberania, no qual o autor fundamental é Carl Schmitt e o dispositivo é o estado de exceção, que expõe o *homo sacer* como um enigma arqueológico da Modernidade; e um segundo, o do governo, referenciado em Foucault, em que o dispositivo será a glória, e no qual Agamben termina mostrando a dimensão litúrgica reproduzida nas democracias contemporâneas, entendidas como democracias gloriosas. A soberania e o governo, “o primeiro e o segundo ciclos, configuram um tipo de conjunto denominado tecnicamente de ‘máquina’: um dispositivo bipolar em cujo centro habita um vazio (o que todo poder disputa é justamente a possibilidade de capturar o vazio)”. (KARMY, 2017, p. 40).

Entre a política e o direito, habitando o vazio, resta a exceção, considerada ora um fenômeno essencialmente político, ora um instituto jurídico que deve constar no direito positivo. De qualquer modo, esta zona de indeterminação, de anomia, este espaço vazio precisa ser preenchido para o pleno funcionamento e ordem do Estado.

Aí reside seu paradoxo: “o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal” (AGAMBEN, 2004, p. 12), configurando um “estado da lei” em que, de um lado, a norma está em vigor, mas não se aplica (não tem ‘força’) e em que, de outro lado, atos que não têm valor de lei adquirem sua ‘força’” (AGAMBEN, 2004, p. 61).

Na obra do filósofo italiano, o estado de exceção permanente da contemporaneidade pode ser evidenciado a partir da indistinção cada vez maior entre o poder legislativo, executivo e judiciário. Nesse marco, Agamben (2004, p. 17) refere que a expressão “plenos poderes” – utilizada, não raro, para caracterizar o estado de exceção – nada mais é do que, justamente, a “ampliação dos poderes governamentais e, particularmente, à atribuição ao exercício de promulgar decretos com força de lei”. Trata-se de uma “das possíveis modalidades de ação do poder executivo durante o estado de exceção, mas não coincide com ele.”

Efetivamente, o estado de exceção traduz “uma espécie de exclusão singular no que se refere à norma geral, em que aquilo que é excluído não permanece, em razão disso, fora de relação com a norma, mas mantém esse relacionamento sob a forma da suspensão” (WERMUTH, 2015, p. 66). Isso significa que no estado de exceção a lógica do ordenamento jurídico se inverte: a lei perde sua força e os atos do poder soberano, que não são leis, passam a ser aplicados e a vigorar como tal. A palavra de uma única pessoa se sobrepõe ao ordenamento jurídico, e suas ordens decidem, com força de lei, apensar de não o serem. “O que está em jogo é uma força de lei sem lei.” (AGAMBEN, 2004, p. 61). Na exceção, “a norma se aplica desaplicando-se, retirando-se desta”, configurando um espaço não de “caos que precede a ordem, mas a situação que resulta da sua suspensão”. “Não é a exceção que se subtrai à regra, mas a regra que, suspendendo-se, dá lugar à exceção e somente deste modo se constitui como regra, mantendo-se em relação com aquela”. (AGAMBEN, 2010, p. 24-25).

Neste rumo, o estado de exceção marca um patamar no qual lógica e práxis se indeterminam, e uma pura violência sem logos pretende realizar um enunciado sem nenhuma referência real. Sua amplitude alcança grau máximo quando o elemento normativo jurídico e o elemento metajurídico, ou seja, direito e política, coincidem numa só pessoa, o soberano. É ele quem tem a competência para decidir sobre o estado de exceção, mantendo o ordenamento jurídico à disposição de sua vontade política. É quem está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento, utilizando seu poder de suspender a validade do direito, para colocar-se legalmente fora da lei (WERMUTH; NIELSSON, 2016).

Neste ponto, a obra agambeniana é nítida e explicitamente influenciada por Carl Schmitt, para quem o soberano é, justamente, quem tem a competência para decidir sobre o estado de exceção:

Não existe nenhuma norma que seja aplicável ao caos. Primeiro se deve estabelecer a ordem: só então faz sentido o ordenamento jurídico. É preciso criar uma situação normal, e soberano é aquele que decide de modo definitivo se este estado de normalidade reina de fato. Todo direito é ‘direito aplicável a uma situação’. O soberano cria e garante a situação como um todo na sua integridade. Ele tem o monopólio da decisão última. (AGAMBEN, 2010, p. 22-23).

É na figura do soberano, portanto, que reside o paradoxo: se ele tem o poder de manter a ordem ou declarar a exceção, isso significa que o ordenamento jurídico está à sua disposição. Zaffaroni (2007, p. 143-144) explica que essa “disponibilidade” do ordenamento jurídico pelo soberano na teoria de Schmitt decorre da compreensão de que, nos casos de emergência, é o Executivo, e não o Judiciário, que tem o poder de definir e enfrentar o inimigo. Nesses casos, o soberano estaria habilitado a decidir sobre a suspensão dos limites e garantias estabelecidos na Constituição na medida em que julgasse necessário, e isso sem controle algum por parte do Judiciário. Nesse rumo, “bastaria sempre ao soberano magnificar uma situação de emergência para invocar a necessidade e estabelecer a ditadura, que, ademais, seria *jurídica*.” Para tanto, parte-se da compreensão da Constituição enquanto “um conjunto de leis e que umas têm prioridade sobre outras”, justamente o que permitiu “a hierarquização de normas constitucionais e, com isso, legitimou a implosão da Constituição de Weimar”. Com efeito, em virtude dessa justificativa

pode-se violar impunemente a Constituição e argumentar-se que isso é feito para manter sua vigência; pode-se usurpar o poder constitucional e afirmar que se permanece dentro do direito, isto é, que se legitima qualquer de golpe de Estado e, em particular, o chamado *auto-golpe* ou assunção de poderes absolutos pelo Executivo, cancelando o legislativo e o judiciário. (ZAFFARONI, 2007, p. 144).

Sobre o tema, Bercovici (2004, p. 65-66) salienta que, a partir da frase com a qual inicia o livro “Teologia Política” – “Soberano é quem decide sobre o estado de exceção” –, Carl Schmitt destaca a soberania como uma função política imprescindível para afirmar uma ordem. A controvérsia radica, no entanto, sobre “aquele que decide, em caso de conflito, em que consiste o interesse público e o do Estado, a segurança e a ordem públicas.” Isso porque a soberania nada mais é do que uma “‘competência’ imprevisível, estranha às normas de direito público, pois não se trata do término do direito, mas de sua própria origem”. Tanto que, na obra de Schmitt, “a soberania era a afirmação da ordem e, ao mesmo tempo, a sua negação”, razão pela qual “definir a soberania como decisão sobre o estado de exceção significa dizer que o ordenamento está à disposição de quem decide”. Nessa lógica, portanto, o soberano está, “ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico, pois ao utilizar o seu poder de suspender a validade do direito, coloca-se legalmente fora da lei.”

No mesmo sentido é a observação feita por Ribeiro (2002, p. 63) quando da análise do contrato social hobbesiano: neste esquema, observa-se que “o soberano *não* assina o contrato”, o qual é “firmado apenas pelos que vão se tornar súditos, não pelo beneficiário.” E isso decorre de uma lógica muito simples: “no momento do contrato não existe ainda o soberano, que só surge *devido ao contrato*. Disso resulta que ele se conserva fora dos compromissos, e isento de qualquer obrigação.”

A partir desta complexa formulação, Agamben designa não mais o desvio, mas o atual modo de ser da política moderna, no qual o estado de exceção deixa de ser uma exceção à regra, ou um sintoma passageiro de crise, passando a designar a regra. Desse modo, se desvela a “solidariedade íntima”, sempre existente, entre sistemas democráticos e totalitários, constitutivas do autêntico paradigma da contemporaneidade (VILLINGER, 2017).

E o que de fato acontece nesse “reino intermediário”, no qual *direito e poder* se fundem a ponto de parecerem indistinguíveis e indissolúveis? Em convergência com as ideias de Hannah Arendt (2004), para Agamben, verifica-se “a decomposição da natureza pública da democracia parlamentar na era do *animal laborans* orientado exclusivamente para a vida nua e crua leva à despolitização e à retirada para o privado”. (VILLINGER, 2017, p. 25).

Sob este pano de fundo é possível compreender a distinção agambeniana entre a vida humana e a *pólis*, entre *zoé* e *bios*, ou seja, entre a vida nua e a vida política, entre ser vivo e o cidadão. Na vigência do Estado de exceção desvelado por Agamben, “a vida nua e crua do ser humano (*zoé*) é excluída da ordem estatal de direito (legalidade) e ao mesmo tempo capturada pela força do direito e enclausurada em seu poder” (VILLINGER, 2017, p. 25). De tal modo, afirma a autora (*idem*), “exclusão e inclusão são a via pela qual a vida nua é exposta numa zona cinzenta do poder de disposição estatal, sem que se possa distinguir entre direito e poder, entre direito e violência”. Portanto, neste espaço de indistinção representado pela exceção, a mera vida de uma pessoa passa a ser tomada como um objeto de poder, sem voz e sem língua, corpo biopolítico, tido como ponto de partida do poder soberano.

Com essa orientação para a vida humana por parte da política de poder, formase o corpo do *homo sacer*, uma obscura figura do direito romano resgatada por Agamben (2010) para retratar, justamente, a ambivalência característica do estado de exceção, bem como para dar conta da complexidade da situação do homem contemporâneo. Com efeito, o *homo sacer* é aquele ser que não é consagrado – no sentido de passagem do *ius humanum* (profano) para o divino (sacro) – mas que também é posto para fora da jurisdição humana. Portanto, a vida sacra é aquela que, ao mesmo tempo em que é insacrificável, é também matável sem que o ordenamento jurídico sancione quem porventura a eliminar: “a vida insacrificável e, todavia, matável, é a vida sacra.” (AGAMBEN, 2010, p. 84). É, assim, uma vida suscetível de ser morta impunemente, porém não de ser sacrificada, porque na era dos direitos humanos e civis a vida é “sagrada”<sup>1</sup>. A suscetibilidade da morte, neste caso, não necessariamente é física, mas simbólica: perde-se a voz, e uma vez inaudível, a vida humana desaparece no invisível tornando-se o que Hannah Arendt (2004) chamaria de um “*Muselmann*”<sup>2 3</sup>, uma pessoa privada da sua dignidade.

Nesse ponto, também convém salientar que a categoria *homo sacer* pode se ampliar de modo a, em um ambiente biopolítico, transformar grupos inteiros e, não raro,

---

<sup>1</sup> Neste contexto, enquanto os sacrifícios simbolizavam um ato visível, cultural, público, no qual o “sagrado e o poder”, ou seja, legitimidade e poder dispõem de modo visível sobre morte ou expulsão do outro, da pessoa estranha heterogênea que perturba sua unidade, típico das sociedades tradicionais, em contraste, as técnicas políticas do poder governamental moderno operam na zona cinzenta invisível do direito público e do poder, e aí a vida humana, tanto nas democracias quanto nas ditaduras, somente pode ser morta, não mais sacrificada. (VILLINGER, 2017, p. 26).

<sup>2</sup> *Muselmann* (pl. *Muselmänner*, muçulmano em alemão) era um termo pejorativo usado entre os cativos dos campos de concentração nazistas da Segunda Guerra Mundial para se referirem a pessoas que sofriam de uma combinação de emagrecimento pela fome (também conhecida como “doença da fome”) e esgotamento, prestes a morrerem. Os prisioneiros *Muselmänner* demonstravam emaciação e fraqueza física, apatia sobre seu próprio destino e uma falta de resposta ao seu ambiente.

<sup>3</sup> “O muçulmano não causava pena a ninguém, nem podia contar com a simpatia de alguém. Os companheiros de prisão, que temiam continuamente pela própria vida, nem sequer se dignavam de lhe lançar um olhar. Para os prisioneiros que colaboravam, os muçulmanos eram fonte de raiva e preocupação; para as SS eram apenas inútil imundície. Tanto uns quanto os outros só pensavam em eliminá-los, cada um à sua maneira.” (RYN e KLODZINSKI apud AGAMBEN, 2008, p. 51).

toda a população – ao menos virtualmente – em *homines sacrii*. Isso porque, para Agamben (2004, p. 13), o totalitarismo moderno pode ser definido “como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político.”

Nesse sentido, Ruiz (2012, p. 5) salienta que a partir da perspectiva sob análise, a vontade soberana, a qual detém o poder de decretar a exceção, já não mais se encontra circunscrita aos regimes absolutistas tradicionais. A filosofia de Agamben chama atenção justamente para este ponto, ou seja, “para a presença latente ou real da vontade soberana na ordem moderna, inclusive do estado de direito”:

a presença da vontade soberana na sombra da ordem social coloca a vida humana, todas as vidas humanas, sobre a potencial ameaça da exceção. Isso quer dizer que, se por qualquer circunstância, uma pessoa ou um grupo populacional representasse para a ordem uma ameaça real ou suposta, eles poderão sofrer a suspensão parcial ou total dos direitos para melhor controle de suas vidas.

Se o estado de exceção é a regra na qual habita o *homo sacer*, a vida impunemente matável, o espaço que se abre a partir dele é o que se pode chamar, com Agamben (2010), de campo, o lugar exato em que a situação extrema converte-se no próprio paradigma cotidiano<sup>4</sup>. Com efeito, o campo se coloca como uma característica essencial da biopolítica moderna, a partir da sua necessidade de redefinir continuamente, na vida, o limiar que articula e separa aquilo que está dentro daquilo que está fora (WERMUTH; NIELSSON, 2016). Na perspectiva agambeniana (2010, p. 44), é preciso olhar para o campo “não como uma experiência limitada e pontual da barbárie nazista, mas como uma figura jurídico-política inerente ao Estado moderno”: um pedaço do território que é colocado fora do ordenamento jurídico normal, mas não é, por causa disso, simplesmente um espaço externo.

Aquilo que nele é excluído é, segundo o significado etimológico do termo exceção, capturado fora, incluído através da sua própria exclusão. Mas aquilo que, deste modo, é antes de tudo capturado no ordenamento, é o próprio estado de exceção. Na medida em que o estado de exceção é, de fato, desejado, ele inaugura um novo paradigma jurídico-político, no qual a norma torna-se indiscernível da exceção. O campo é, então, a estrutura na qual o estado de exceção, em cuja possível decisão se baseia o poder soberano, é realizado normalmente (WERMUTH; NIELSSON, 2016). Na medida em que seus habitantes foram despojados de todo estatuto político e reduzidos integralmente à vida nua, o campo é também o mais absoluto espaço biopolítico que jamais tenha sido realizado, no qual o poder não tem diante de si senão a pura vida, sem qualquer mediação. Por isso, o campo é o próprio paradigma do espaço político, no ponto em que a política torna-se biopolítica e o *homo sacer* se confunde virtualmente com o cidadão (AGAMBEN, 2010).

---

<sup>4</sup> De acordo com Ruiz (2012, p. 14), “o campo é o espaço em que ordenamento está suspenso e em seu lugar se coloca a vontade soberana. No campo a vontade soberana coincide com a lei. No campo a lei é o arbítrio do soberano. Nesse caso, a vida humana que cai sob a condição da exceção se torna um verdadeiro *homo sacer*. É uma vida nua sobre a qual vigora a vontade soberana como lei absoluta e a exceção como norma de sua existência.

A produção da vida nua não é, porém, um fato natural, mas sim, um “limiar em que o direito transmuta-se, a todo momento, em fato e o fato em direito, e no qual os dois planos tendem a tornar-se indiscerníveis. E o campo é o lugar onde, na modernidade, se realiza o exercício biopolítico do poder sobre a vida nua e crua, localizando o que no estado de exceção não pode ser localizado” (VILLINGER, 2017, p. 27). Deste modo, a partir da relação entre campo e exceção, Agamben revela e questiona a máscara de normalidade do exercício biopolítico do poder e sua operacionalidade a partir da exclusão, dando-lhes visibilidade literal. Isto porque,

o conceito de “campo” veicula de modo bem direto que ali está em jogo a “vida nua e crua”: os excluídos e enclausurados nesse espaço não só não têm uma linguagem (política), mas tampouco uma voz audível, além de poderem ser mortos também fisicamente por estarem totalmente sujeitados nessa zona de indefinição do poder governamental, e destituídos de uma opção própria para agir. Por isso o campo marca o espaço absoluto de exceção do estado de exceção (VILLINGER, 2017, p. 27).

A partir desta análise, Agamben (2004; 2010) deixa claro que o campo não é comparável à prisão, porque esta é parte da ordem jurídica normal, mas ao contrário, se aproxima de um direito de guerra, ou de um estado de sítio. Veja-se os campos de concentração do século XX, examinados por Hannah Arendt (2004), cujo fundamento legal de interdição residia na chamada “detenção de tutela”<sup>5</sup> que instituiu, conscientemente, o estado de exceção, e não no direito comum. Aboliram-se os direitos humanos e civis a fim de tornar possível a matança de judeus, comunistas, homossexuais, ciganos, deficientes, etc. Nesses espaços/campos, afirma Arendt (2004), o direito estava totalmente abolido, de modo que tudo era possível, o que os transformava em laboratórios de experiências sobre a capacidade de domínio sobre o ser humano, e onde a vida poderia ser reduzida a espécies de cadáveres vivos que precediam a fabricação em massa de cadáveres mortos. Tal condição jamais poderia se desenvolver fora do espaço do campo.

Todo este processo, imprescindível destacar, não teria sido possível sem a adesão do cidadão comum, através de uma série de pequenas concessões cotidianas da qual participaram a maior parte da população, pessoas que não se achavam apenas cidadãos, mas um pouco mais: “cidadãos de bem”. Os monstros, afinal, eram os outros, e o horror ali permitido não aconteceu de uma vez, foi acontecendo um pouco por dia, paulatinamente. Nenhuma das grandes barbáries da história humana foi consumada sem o silêncio da maioria, um silêncio que se inicia no cotidiano de uma vida aparentemente democrática. (BRUM, 2017).

Por tudo isso, Villinger (2017) aponta que a caminho e dentro do campo as pessoas são expostas a um processo de *desindividualização* que compreende três momentos: mata-se a *pessoa jurídica*, destrói-se a *pessoa moral* e extingue-se a *diferenciação individual*. A morte da *pessoa jurídica* destina-se, segundo a autora (2017, p. 28) àqueles que perderam sua condição genuinamente política de agir, razão pela qual elas “apenas ainda *existem* – judeus, portadores de bacilos, expoentes de classes em extinção”, pessoas “refugiadas [*heimatlos*], apátridas, destituídas de direitos, economicamente supér-

<sup>5</sup> Ou custódia protetora, instituída e desenvolvida na Alemanha a partir de 1916 com o objetivo de tirar de circulação pessoas do desagrado das autoridades.

fluas e socialmente indesejadas”. A eliminação da *pessoa moral* ocorre no campo a partir de um “sistema de esquecimento” que impede o luto e a lembrança, produzindo uma morte anônima, desmerecedora de qualquer luto. A *destruição da individualidade*, por sua vez, se revela nas condições indignas nos transportes, na raspagem de cabelos e na vestimenta dos detentos. “Continua nas torturas sem qualquer objetivo racional determinado, sucedidas pela destruição absolutamente fria, absolutamente calculada e sistemática dos corpos humanos para fins de destruição da dignidade humana”. (VILLINGER, 2017, p. 28).

Assim, aniquiladas em suas identidades moral e legal, aos integrantes do campo resta a privação de qualquer forma de apoio e orientação da identidade individual, “abandonadas e entregues à arbitrariedade e ausência de sentido, reduzidas, enquanto seres vivos, à sua vida biológica. Uma vez chegadas a esse nível, poderiam ser usadas finalmente para provar [...] que pessoas, em princípio, são supérfluas.” (VILLINGER, 2017, p. 28).

Este processo evidencia a conexão entre “ideologia e terror” como nova forma de poder estatal a se realizar no espaço do campo, um espaço que, para Agamben (2004; 2010), não atingiu seu ápice com os campos nazi-fascistas do século XX, mas que se aprimorou e encontrou guarida em pleno século XXI, especialmente na guerra contra o terror declarada por Bush nos Estados Unidos, a qual instalou o estado de exceção permanente em nosso tempo. Resultado disso foi, entre outros, o campo de Guantánamo, onde a vida nua e crua alcançou sua indeterminação suprema. O caráter biopolítico de Guantánamo se evidencia na medida em que se percebe, a partir deste exemplo, que “la vida se cuida y se mantiene diferencialmente, y existen formas radicalmente diferentes de distribución de la vulnerabilidad física del hombre a lo largo del planeta”. Nessa ótica, “ciertas vidas están altamente protegidas, y el atentado contra su santidad basta para movilizar las fuerzas de la guerra. Otras vidas no gozan de un apoyo tan inmediato y furioso, y no se calificarán incluso como vidas que ‘valgan la pena’.” (BUTLER, 2009, p. 58).

É flagrante que, desde a virada do milênio, também nos países democráticos ocidentais a percepção do perigo do terrorismo gerou alterações essenciais na relação entre direito e poder. Cada vez mais a segurança pública ganha preferência em relação ao conceito de liberdade, e em seu nome os direitos civis e humanos podem ser restritos, embora não abolidos. Esse procedimento tem sido adotado já na mera suposição de possível risco, o que torna possível uma detenção por tempo indeterminado, mesmo sem acusação. Nesses casos, é comum se legitimar a “suspensão” da lei em nome da “soberania da nação”, que passa a ser compreendida como a obrigação do Estado em preservar sua própria territorialidade. Ocorre que, como observa Butler (2009, p. 85), por meio desse ato de suspensão da lei,

el Estado queda entonces desarticulado en un conjunto de poderes administrativos que en alguna medida se sitúan en el exterior del aparato del Estado mismo, mientras que las formas de soberanía que resucitan en su interior señalan la persistencia de formas de poder para el Ejecutivo previas a la emergencia del Estado moderno.

Em comum, as várias manifestações históricas dos campos, inclusive a que se pretende analisar em seguida, foram possibilitadas pelo declínio do espaço público e

de uma esfera pública ideologicamente manipulada e historicamente esquecida. “Como resultado da preponderância da vida natural em vez da ação política, têm-se a perda da liberdade e da ação política, e os cidadãos derivam para a *pólis*, à mercê de soberanos onipotentes, lideranças autocráticas, tão comuns nas modernas democracias de massas” (VILLINGER, 2017, p. 28).

É neste sentido que, na teoria de Giorgio Agamben (2004; 2010), o campo deixa de ser um laboratório de sistemas totalitários, tal como em por Hannah Arendt (2004). O campo, tomado enquanto espaço privilegiado da exceção, passa a ser visto como um fenômeno muito mais abrangente, como paradigma da modernidade, permitindo descrevê-los enquanto espaços excepcionais de exercício biopolítico do poder, seja em regimes totalitários ou democráticos (VILLIGNER, 2017). Desvelando tal indiscernibilidade entre poder e direito, permite-se perceber não apenas na história, mas também no tempo presente tais espaços de indistinção, revelando o estado de politização da vida situada entre o poder jurídico-institucional e o poder biopolítico e a relação de continuidade entre exceção e regras, entre o campo de concentração nazista e a cidade moderna, entre o totalitarismo e o Estado de Direito.

Considerada fora da historiografia, esta tese revela um fato de fundamental importância: nada está a salvo, nem mesmo o Estado de Direito chamado de “democracia liberal”. É com este tema que se ocupa o tópico a seguir, que visa a transladar a discussão até aqui empreendida para a realidade jurídico-política brasileira pós-*impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff.

### 3 A EXCEÇÃO PERMANENTE “À BRASILEIRA”: ecos da teoria agambeniana na realidade jurídico-política do Brasil pós-*impeachment* de 2016

Configurada a tese agambeniana de que a exceção autoritária não se efetiva apenas na negação do Estado Democrático de Direito, mas, ao contrário, habita dentro da democracia e do Estado de Direito, resta agora refletir sobre as práticas político-jurídicas da cotidianidade brasileira para nelas descortinar camadas de autoritarismo que, à primeira vista, parecem alheias e inexplicáveis. Somente uma leitura crítica da vivência social brasileira pode evidenciar que, não obstante a perfeição e a beleza dos enunciados normativos da Constituição de 1988, a democracia se construiu no país tendo em vista uma tradição autoritária, a qual não desaparece da noite para o dia apenas porque foram alteradas as leis e os governantes (MATOS, 2016). Ao contrário, persiste no Brasil uma sociedade profundamente autoritária, hostil aos mais elementares avanços em termos de direitos humanos, na qual “o autoritarismo é tão socialmente implantado que o regime de exceção tem condições de gozar, durante certos períodos, de larga capacidade de dissimulação e de ocultação de grande parte dos seus feitos, mantendo-se quase que totalmente imune à efetiva autodefesa dos cidadãos”. (PINHEIRO, 2007, p. 114).

Aqui, conforme ensina Guillermo O’Donnell (1991), embora já tenham se efetivado governos democraticamente eleitos, ainda resta ultrapassar uma “segunda transição”, mais complexa e lenta, para um regime verdadeiramente democrático, e que pressuponha uma sólida sociedade democrática. Do contrário, poderíamos escrever

vários livros sobre as concessões feitas ao autoritarismo ontem e hoje (BRUM, 2017). Infelizmente, hoje não menos que ontem, considerando que o projeto de democracia no Brasil, a exemplo dos demais países latino-americanos, é constantemente interrompido por golpes de Estado (VALIM, 2017). No caso mais recente, após um curto período de governo eleito por vias democráticas, a partir do afastamento da Presidenta Dilma Rousseff, em 31 de agosto de 2016, o ataque não se deu por um golpe militar, mas por uma espécie de “golpe institucional” (VALIM, 2017), gestado e executado sob a aparência de legalidade. Instaurou-se um processo, ouviram-se as partes e as testemunhas, elaboraram-se relatórios, efetivando-se um “simulacro de devido processo legal encenado por parlamentares toscos e venais, sob o impulso decisivo da mídia nativa” (VALIM, 2017), implantando um estado de exceção juridicamente legitimado.

Este processo acentuou o perigoso e acelerado crescimento de medidas próprias de um estado de exceção, que estão sendo praticadas e naturalizadas cotidianamente. Com isso, a incipiente democracia brasileira vai se esfacelando e se transformando em uma maquiagem, que confere a aparência de um Estado Democrático, e ao invés de ampliar e efetivar direitos, suprime-os paulatinamente. Em um contexto tal, indiscutivelmente direito e política parecem indistinguíveis, um só corpo a determinar quais são as ordens a serem cumpridas, quando serão cumpridas, e contra quem serão cumpridas. Quem serão as vidas impunemente matáveis, e quais são as vidas que merecem ser vividas. Quem serão aqueles que, cotidianamente, caminharão rumo à morte em vida, à vida nua e crua da exceção diária no âmbito do campo chamado Brasil.

Por tudo isso, a fim de configurar a tese aqui defendida, qual seja, de que o Estado Democrático de Direito vigente no Brasil da atualidade nada mais é do que um estado de exceção juridicamente legitimado, e biopoliticamente atuante, tal como descrito por Giorgio Agamben, torna-se necessário identificar quem são, como se configuram e onde se localizam os três elementos centrais de sustentação deste modelo de poder, conforme descrito por Valim (2017), pelos quais se efetivam a indistinguibilidade entre direito e política e se implementam as estratégias de biopoder: a afirmação do poder soberano, a configuração do inimigo e a suspensão permanente da normatividade.

### 3.1 A configuração do soberano

Compreender de modo correto a atuação e a localização do verdadeiro poder que, na atualidade, é capaz de transformar a regra em exceção, e vice-versa, é um aspecto fundamental para a análise do contexto jurídico-político brasileiro atual. Nesse sentido, indispensável questionar quem é, de fato, o soberano de nosso tempo? No mesmo sentido apontado por Valim (2017), considera-se que, mais do que qualquer pessoa em si, “quem decide sobre a exceção atualmente é o chamado ‘mercado’, em nome de uma elite invisível e não passível de localização; é dizer, o soberano na contemporaneidade é o mercado”. De tal modo, afirma o autor que o estado de exceção é uma exigência do atual modelo de dominação neoliberal, o meio pelo qual se neutraliza a prática democrática e se reconfiguram, de modo silencioso, os regimes políticos em escala universal.

Este processo de ascensão soberana do poder econômico não é recente, mas, especialmente nas últimas décadas, de acordo com Luigi Ferrajoli (2015), produziu uma silenciosa revolução institucional que alterou a dinâmica do Estado Democrático de Direito. Segundo o jurista italiano (2015, p. 149), “não temos mais o governo público e político da economia, mas o governo privado e econômico da política” ([http://jornalggn.com.br/noticia/estado-de-excecao-a-forma-juridica-do-neoliberalismo-por-rafael-valim - \\_ftn25](http://jornalggn.com.br/noticia/estado-de-excecao-a-forma-juridica-do-neoliberalismo-por-rafael-valim_-_ftn25)). Não são mais os governos democraticamente eleitos que gerem a vida econômica e social a partir da consecução de interesses públicos, mas sim as potências ocultas e sem responsabilidade política do capital financeiro.

Com efeito, a partir de uma leitura das teses de Walter Benjamin, é possível afirmar, segundo Agamben (2012), que o capitalismo é uma verdadeira “religião”, sendo a “mais feroz, implacável e irracional religião que jamais existiu, porque não conhece nem redenção nem trégua”. Esta religião “celebra um culto ininterrupto cuja liturgia é o trabalho e cujo objeto é o dinheiro. Deus não morreu, ele se tornou Dinheiro”. Nesta lógica, cada vez mais é são os bancos, que assumem o lugar da Igreja e, governando o crédito, até mesmo doa Estados, que abdicam paulatinamente de sua soberania, manipulam e gerem “a fé – a escassa, incerta confiança – que o nosso tempo ainda traz consigo”.

Na lição de Jessé Sousa (2016, p. 22), o mundo moderno, ou capitalista “possui uma elite que comanda todas as outras elites e, desse modo, comanda também o imaginário social tido por todos como legítimo”. A elite do dinheiro é a “verdadeira elite” por conta do simples fato de poder comprar todas as outras elites que exercem influência variada na sociedade. “Compra primeiro a elite intelectual, cuja opinião possui o prestígio e o condão de influenciar a opinião de muito, depois compra a elite política de modo direto financiando eleições, e posteriormente, direta ou indiretamente, compra a elite jurídica, jornalística, literária etc.” Deste modo, o capitalismo configura, soberanamente, o estado de exceção, sintetizado por Ferrajoli (2015, p. 149), “somos governados, de fato, por sujeitos que não nos representam, enquanto os sujeitos que nos representam são àqueles subalternos e impotentes diante deles”.

Tamanha subalternidade da política à economia ajuda a explicar a atual “crise de legitimidade dos órgãos eletivos, aos quais compete, por meio de um discurso fantasioso e, por vezes, ridículo, editar legislações francamente antissociais, mas que beneficiam o seu senhorio, o mercado” (VALIM, 2017). E o maior preço a ser pago recai sobre a própria democracia, que se reconfigura em um modelo sem povo, a serviço do mercado, e que diante de qualquer sinal de insubordinação, reagem com medidas autoritárias. Como aduz Agamben (2012), em um cenário tal, as expressões “crise” e “economia” são utilizadas como verdadeiras “palavras de ordem”, as quais “servem para impor e para fazer com que se aceitem medidas e restrições que as pessoas não têm motivo algum para aceitar”. A expressão “crise”, deste modo, significa que “você deve obedecer!”. E o fato de a “crise” ser interminável nada mais revela “senão o modo normal como funciona o capitalismo em nosso tempo. E se trata de um funcionamento que nada tem de racional.”

Disso se infere que, se a noção de “crise” designa o funcionamento normal do capitalismo na contemporaneidade, o capitalismo se estrutura necessariamente incor-

porando a exceção como regra, enquanto poder soberano que passa a determinar o que, quem e como obedecer. De acordo com a análise de Joseph Stiglitz (2014, p. 208), “os ricos não precisam do Estado de Direito; eles podem, e de facto fazem, moldar os processos económicos e políticos em seu proveito”, e o fazem, biopoliticamente, ativando e desativando o campo sempre que necessário.

Em grande medida, todas essas ações são justificadas por uma das assinaturas da biopolítica contemporânea, evidenciada por Chignola (2017, s.p.): a tecnicização da decisão política. Esta, por ser cada vez mais pautada “pelas supremas razões da eficiência econômica ou do mercado, orientada por problemas de segurança diante da “crise”, modulada sobre as exigências do capital –, também é cada vez mais subtraída dos procedimentos de formação e de controle das instituições democráticas”. No entanto, não é somente a democracia que está em crise, alerta o autor (2017). A crescente desafeição com os mecanismos eleitorais, o retorno da guerra, a corrupção endêmica que atravessa os sistemas políticos, parecem relevar que também as instituições clássicas às quais ela se liga, como o Estado, a soberania nacional, a moeda, parecem ser submetidas a tensões irremediáveis, uma vez que colocados sob o poder soberano do mercado.

Em síntese, o neoliberalismo transforma a democracia liberal em um simulacro distante e oposto à realidade social, e desta distância se configura a brecha pela qual irrompem os campos da modernidade, tal como descrito por Agamben (2010). Disso não se segue, contudo, que a economia prescindia do Estado. Ao contrário, afirma Valim (2017), o mercado reclama um Estado máximo na economia e mínimo na política, uma economia sem política, sem conflito. Nas palavras de Santos (2007, p. 311), o mercado “precisa, evidentemente, de um Estado fraco como instância de decisão e formulação de política, mas forte como organismo gestor de população e dispositivo de controle social”.

Neste contexto, a política, agora biopolítica dominada pela exceção, se estrutura a partir de cesuras entre amigo e inimigo, *bios* e *zoé*, vida digna e *homo sacer*. Enquanto mantenedor deste status, o Estado empreende uma guerra biopolítica contra um inimigo, permanentemente redefinido, retirando deste a própria condição de pessoa, e reduzindo-os a vidas nuas, indignas de serem vividas. Para tanto, inegável o papel representado pelo Direito Penal, espaço de atuação e legitimação deste agir biopolítico estatal que se manifesta em todas as instâncias e poderes: tanto o poder executivo, quanto o poder legislativo, e agora também o poder judiciário passam a legitimar a exceção, ao se aproximar cada vez mais da política e politizar cada vez mais suas decisões. Com isso, aquela classe que Souza (2017, p. 103) denomina de “ralé dos novos escravos” acaba se constituindo como “uma classe reduzida ao próprio corpo”, ou seja, representativa do “que há de mais baixo na escala valorativa do Ocidente”; com efeito, esta classe, tal qual os antigos escravos, “é desumanizada e animalizada”, passando a “não valer como ser humano.”

Especialmente no atual cenário brasileiro, a agenda neoliberal imposta pelo governo que assumiu o poder após o *impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff aponta, univocamente, para o verdadeiro soberano no Brasil: o mercado, o qual, conforme sintetiza Valim (2017), “encarnado em uma elite que, apenas em 2015, apropriou-se, através de pagamento de juros e amortizações da dívida pública, de novecentos e ses-

senta e dois bilhões de reais do povo brasileiro, ou seja, quarenta e dois por cento do orçamento da União”, é o grande agente soberano, que rege os desígnios da política no Brasil contemporâneo.

### 3.2 A configuração do inimigo

Identificado o soberano, cabe ainda indagar, a fim de configurar o cenário biopolítico brasileiro, quem é o inimigo a quem, paulatinamente o estado de exceção passa a transformar em vida nua, indigna de ser vivida. Aquele que vai, ainda em vida, ser morto a cada dia, e cujo combate passa a figurar como justificção para a implantação do campo de exceção, um espaço que, como já se demonstrou, para Agamben (2004; 2010), não atingiu seu ápice com os campos nazistas do século XX, mas se aprimorou e encontrou guarida no século XXI.

Em termos mundiais, Villinger (2017) aponta ser flagrante que nos países democráticos ocidentais, a percepção do perigo do terrorismo, ou da violência do terror, tem gerado alterações essenciais na relação entre direito e poder. A guerra ao terror instalou o estado de exceção permanente em nosso tempo e, a partir daí, o “combate ao terrorismo” passou a figurar como justificativa para a adoção de medidas de emergência que afrontam aos direitos fundamentais, cujo ápice se dá com Guantánamo. Conforme delimitam Wermuth e Senger (2017, p. 118), “ataques terroristas amplamente explorados pelos meios de comunicação de massa desde 2001 são utilizados pelas lideranças políticas mundiais para legitimar ações que atentam e violam direitos humanos.”

No universo brasileiro, por sua vez, o “combate ao terror” tem dado lugar a outra noção como justificção e ativação do campo, em pleno estado de direito: a ideia de “combate à corrupção”. Ao inimigo, encarnado na figura do corrupto, são negadas garantias processuais básicas do Estado de Direito, de tal modo que “o enfrentamento da corrupção, enquanto desafio fundamental das democracias contemporâneas, passa a constituir um cavalo de troia dentro do Estado de Direito, sendo usado em favor de interesses inconfessáveis” (VALIM, 2017).

Obviamente não são todos ou quaisquer “corruptos” que passam a figurar como alvo de medidas de exceção. Como explicita Jessé Sousa (2016, p. 112), “em toda a história republicana brasileira, o mote da corrupção é sempre usado como arma letal para o inimigo de classe da elite e de seus aliados”. Segundo o autor (2016, p. 112), isto sempre ocorre quando existem políticas que “envolvam inclusão dos setores marginalizados – que implicam menor participação no orçamento dos endinheirados e aumento do salário relativo dos trabalhadores, o que também não os interessa – ou condução pelo Estado de políticas de desenvolvimento de longo prazo”. Ou seja, sempre que o soberano mercado se vê afrontado pela condução do espaço público e da política. Nesse sentido, a corrupção acaba servindo como “fachada” para ocultar o verdadeiro objetivo das classes médias brasileiras: “interromper o projeto de ascensão social dessas classes [subalternizadas] para que continuem sendo – exatamente como os escravos do passado – odiadas, superexploradas e desprezadas.” (SOUZA, 2017, p. 102).

Para viabilizar esta construção, a elite do dinheiro, tende não só a legitimar sua própria atividade de forma que nenhuma outra atividade social logrou conseguir; ela também cria uma ordem legal e um discurso político-social que permite silenciar o que não pode ser visto, jogando a culpa de todas as mazelas sociais no ombro de outras elites e outras esferas sociais. É uma dominação construída para permitir e justificar a drenagem de recursos de todos para poucos bolsos, em tempos normais, fazendo recair no ombro de outras elites a culpa de crises e desequilíbrios (SOUZA, 2016). Sobre essa inversão ideológica, Souza (2016, p. 24) revela, com agudeza, a razão da configuração do corrupto como inimigo: “como o combate à desigualdade é um valor universal, que não se pode atacar em público sem causar forte reação, tem-se que combater essa bandeira inatacável com outra bandeira inatacável”.

Com efeito, esclarece Valim (2017), a partir de 2014, com o início da “Operação Lava-jato”, uma série de prisões cautelares de empresários e de agentes públicos, espetacularizadas e perpassadas por “vazamentos seletivos” de informações de forma organizada com grandes veículos de comunicação, criaram as condições sociais e políticas para a instauração do processo de *impeachment*

da Presidenta eleita. Neste ínterim, uma conversa da Presidenta da República, interceptada por um juiz de primeira instância, foi divulgada, em flagrante violação do art. 8º da Lei nº 9.296/96. Tal violação foi posteriormente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, mas nenhuma providência de ordem disciplinar foi tomada contra o magistrado.

Neste processo, ao contrário, além de não punir o magistrado, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao julgar o P. A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS<sup>6</sup>, sob a relatoria do Des. Federal Rômulo Pizzolatti consagrou explicitamente um “estado de exceção jurisdicional”, ao afirmar que “essas regras jurídicas só podem ser corretamente interpretadas à luz dos fatos a que se ligam e de todo modo verificado que incidiram dentro do âmbito de *normalidade* por elas abrangido. É que a norma jurídica incide no plano da *normalidade*, não se aplicando a *situações excepcionais*.” (TRF4, P. A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS, 2016, p. 04). Mais adiante, prossegue o relator,

Ora, é sabido que os processos e investigações criminais decorrentes da chamada “Operação Lava-Jato”, sob a direção do magistrado representado, constituem caso inédito (único, excepcional) no direito brasileiro. Em tais condições, neles haverá situações inéditas, que escaparão ao regramento genérico, destinado aos casos comuns. Assim, tendo o levantamento do sigilo das comunicações telefônicas de investigados na referida operação servido para preservá-la das sucessivas e notórias tentativas de obstrução, por parte daqueles, garantindo-se assim a futura aplicação da lei penal, é correto entender que o sigilo das comunicações telefônicas (Constituição, art. 5º, XII) pode, em casos excepcionais, ser suplantado pelo interesse geral na administração da justiça e na aplicação da lei penal. A ameaça permanente à continuidade das investigações da Operação Lava-Jato, inclusive mediante sugestões de alterações na legislação, constitui, sem dúvida, uma situação

<sup>6</sup> TRF4, Corte Especial, P. A. 0003021-32.2016.4.04.8000/RS, Rel. Des. Federal Rômulo Pizzolatti. Disponível em: <https://s.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 21 ago 2017.

inédita, a merecer um *tratamento excepcional*. (TRF4, P. A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS, 2016, p. 05).

A propósito, afirma Valim (2017, s.p.), “é na persecução criminal deflagrada contra o ex-Presidente Lula que é possível encontrar as maiores inconstitucionalidades, excepcionalmente legitimadas pelo Poder Judiciário”, dentro os quais os princípios do juiz natural, da imparcialidade e da presunção de inocência. Somam-se a isso as violações às prerrogativas profissionais dos advogados do réu, também vítimas, por exemplo, de interceptações telefônicas ilegais<sup>7</sup>.

Corolário de tais medidas excepcionais e seletivas de “combate à corrupção” no Brasil, que notadamente se propõe à criminalização e eliminação de um determinado projeto de política afrontoso aos interesses do soberano, está o tratamento dispensado à própria população, toda vez que esta exerce seu direito democraticamente garantido de manifestação. Aquele que protesta tem sido reiteradamente atribuído a pecha de “vândalo”, alguém que destrói o patrimônio público e privado das “pessoas de bem”, em uma clara estratégia de desumanização, que apaga qualquer nuance e elimina contexto e circunstâncias, reeditada sempre que o conteúdo das manifestações contraria interesses das elites do mercado. Se os manifestantes são vândalos, suas manifestações podem ser reprimidas com violência para que as pessoas tenham medo de ir para as ruas pedir “diretas já” (BRUM, 2017).

O combate à corrupção e aos “vândalos” que ousam questionar as ações do poder soberano chega ao ápice no momento em que o governo, não democraticamente eleito, mas que age com o domínio soberano do poder, convoca o Exército Nacional para atuar contra manifestantes, que exercem seu direito de expressão contra um presidente investigado por corrupção, obstrução da justiça e participação em organização criminosa, e seu ministério, composto igualmente por vários investigados.

Apesar do recuo diante desta atitude, não se pode desconsiderar que a Polícia Militar já vandaliza as ruas e o direito de se manifestar de forma contrária ao poder soberano, diariamente. Diante do manifestante vândalo se concretiza uma das expressões mais evidentes da constituição do campo como paradigma político sustentado pelo estado de exceção: a naturalização do abuso cometido pela Polícia. Um abuso direcionado estrategicamente contra o cidadão para garantir os interesses de manutenção do poder.

A atuação da polícia, no Brasil, permite exemplificar o nexos originário que se estabelece entre direito e violência em um estado de exceção. Com efeito, a polícia, antes de uma função meramente administrativa de execução do direito, evidencia, a partir de sua atuação, com clareza, a proximidade entre violência e direito que caracteriza a figura do soberano. Isso porque as razões de “ordem pública” e de “segurança” – o que perpassa, no caso do presente artigo, pelo controle e pela repressão aos “vândalos” – que devem ser decididas pela polícia em cada caso concreto, configuram uma zona de indistinção entre violência e direito exatamente simétrica àquela da soberania (AGAMBEN, 2015).

---

<sup>7</sup> <http://jornalgggn.com.br/noticia/estado-de-excecao-a-forma-juridica-do-neoliberalismo-por-rafael-valim>

Aceita-se como “normal”, que policiais militares possam ferir manifestantes ou acabar com uma manifestação utilizando bombas de gás, spray de pimenta e balas de borracha, em nome de um suposto “confronto” ou, conforme o caso, de “dispersão”. É a legalidade permissivamente ferida a cada dia. Ao estipular a ideia de vândalos, retira-se destes a possibilidade de reivindicação de qualquer direito, de qualquer possibilidade de manifestação, tira-se a dignidade da existência, e justifica-se tratá-los como seres espancáveis e até mesmo matáveis.

Neste Brasil, transformado em campo, a pena de morte, que não é permitida pela lei, é amplamente praticada por agentes do Estado. Além de utilizada é justificada a cada vez que a expressão “bandido bom é bandido morto” é pronunciada por qualquer cidadão. E, mais uma vez, a justificativa é a da “ordem pública”, e os mortos em confronto multiplicam-se, sempre os pobres, a maioria negros, chegando às manifestações políticas. Desumaniza-se para matar cotidianamente nas periferias urbanas, desumaniza-se agora para ferir nas manifestações. Em síntese do até aqui exposto, assevera Serrano (2017, p. 5-6) que “vivemos um estado de exceção que governa com violência os territórios ocupados pelos pobre e sob a ditadura jurídica do capital.”

É a expressão de mais uma das facetas do poder soberano, descritas por Sousa (2016, p. 24), que atua na própria definição do que seja crime, do que seja uma atitude punível do ponto de vista social, do que seja corrupção ou não. Esse novo consenso do que passa a valer como legal ou ilegal significa que o batedor de carteiras, o pequeno traficante e o assaltante de rua tornam-se o foco da ação policial e legal, e o assalto especulativo de fundos de investimento, por sua vez, torna-se algo permitido, e digno de honra no universo do mercado.

O cenário de campo de exceção tem, portanto, como foco a retirada ou a negação de direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, e a consequente desumanização de determinados seres humanos, ao ponto de transformá-los em verdadeiros *homo sacer*, vidas nuas e cruas passíveis de serem mortas a qualquer momento. Nas palavras de Pinheiro (2007), “loucos, prostitutas, prisioneiros, negros, hispânicos, árabes, curdos, judeus, ianomâmis, aidéticos, homossexuais, travestis, crianças, operários irão nascer e morrer sem terem conhecido o comedimento do Leviatã”. Tudo em nome do combate à corrupção e a qualquer forma de manifestação de pensamento progressista e de concretização de qualquer espécie de justiça social. Eis os inimigos do soberano.

### 3.3 A suspensão permanente da normatividade

O terceiro e último elemento de sustentação do Estado de exceção a vigor no Brasil sob os auspícios do Estado de Democrático de Direito, é a suspensão permanente da normatividade. Ao negar a lei [http://jornalggn.com.br/noticia/estado-de-excecao-a-forma-juridica-do-neoliberalismo-por-rafael-valim\\_-\\_ftn19](http://jornalggn.com.br/noticia/estado-de-excecao-a-forma-juridica-do-neoliberalismo-por-rafael-valim_-_ftn19), principal produto da soberania popular democrática, a exceção abala um dos pilares dos estados de direito, e coroe a democracia. [http://jornalggn.com.br/noticia/estado-de-excecao-a-forma-juridica-do-neoliberalismo-por-rafael-valim\\_-\\_ftn15](http://jornalggn.com.br/noticia/estado-de-excecao-a-forma-juridica-do-neoliberalismo-por-rafael-valim_-_ftn15)Subverte-se a concepção de que toda e qualquer autoridade, administrativa, legislativa ou judiciária age como

representante do povo nos limites da Constituição e das leis, abrindo um perigoso espaço para o voluntarismo. A pretensão de um governo impessoal das leis dá lugar ao governo pessoal dos homens, o povo é destronado em favor do soberano e a exceção, como afirma Agamben (2004), torna-se o absolutismo da contemporaneidade.

Neste aspecto, o estado de exceção ocorre quando determinadas leis ou dispositivos legais são suspensos, ou não aplicados na medida em que “alguém com poder põe o direito que acha adequado para aquele – e cada – caso” (STRECK, 2017). Alguém, neste caso, o soberano, aquele que decide sobre o estado de exceção. Quando se suspende uma lei que trata de direitos e essa suspensão não tem correção porque quem tem de corrigir e não o faz ou convalida a suspensão, é porque o horizonte aponta para a exceção. No Brasil este fenômeno de maciça superação da normatividade, especialmente por parte do Poder Judiciário é cada dia mais claro. Todo o catálogo de direitos fundamentais é atingido – individuais, sociais e políticos –, em um acelerado processo desconstituinte.

Este processo, aponta Mattos (2016), já há muito se verifica, e uma das principais tarefas do pensamento crítico consiste em denunciá-lo. Três exemplos são dados pela autora, a fim de demonstrar que há tempos a exceção habita o corpo do Estado Democrático brasileiro: a violenta desocupação de Pinheirinhos em São Paulo, ou mais recentemente da desocupação de Lanceiros Negros, em Porto Alegre; a proibição, em várias cidades do país, da marcha da Maconha e, finalmente, a famigerada Lei Geral da Copa, que suspendeu diversas normas jurídicas brasileiras (Lei de Licitações, Código de Defesa do Consumidor, etc) para possibilitar a realização de evento futebolístico conforme a vontade “soberana” da FIFA.

Neste sentido, o processo de *impeachment* de Dilma Rousseff em 2016 é tão só um exemplo das múltiplas exceções que, se já não sepultaram o moribundo Estado de Direito brasileiro, estão em vias de fazê-lo. Lenio Streck (2017), por exemplo, elenca um *check list* a fim de comprovar que estamos perigosamente na tênue linha do estado de exceção, uma vez que: a advocacia se torna um exercício de humilhação cotidiana; indícios e presunções viram prova, prova é transformada em uma mera crença e juiz condena réu a longa sentença (reformada) baseado em meros relatos de delatores; advogado é processado por obstrução de justiça porque aconselha seu cliente a não fazer colaboração premiada; ocorre divulgação (seletiva ou não) de gravações resultantes de interceptações não autorizadas; arquiva-se, com argumentos de política e não de princípio, representação contra quem procedeu a divulgação da prova ilícita; membros do Ministério Público e do Judiciário se manifestam em redes sociais, tomam lado, confessando parcialidade e incitando a população contra o Tribunal Superior Eleitoral, face a julgamento com o qual não concordam; agentes políticos do Estado vendem, por intermédio de agenciamento comercial, palestras por altos valores, autopromovendo-se a partir de processos judiciais das quais são protagonistas; ocorre a institucionalização da ausência de prazo para prisões preventivas (há casos de prisões que ultrapassam a dois anos, usadas para forçar delações premiadas e acusados (ou indiciados) “aconselhados” a trocarem de advogado, para contratarem causídicos “especialistas” em delação; o perigo de se institucionalizar uma espécie de “lavagem de prova ilícita”, isto é, a legitimação de delações sem denúncia e “constitucionalização” da possibilidade de uso de prova ilícita; a naturalização de decisões que decre-

tam prisões baseadas em argumentos morais e políticos; naturalização de denúncias criminais baseadas em construções ficcionais; enfim, decisões que deveriam ser baseadas no Direito não passam de escolhas baseadas em opiniões morais e políticas.

Enfim, continua afirmando Streck (2017, s.p.), “juristas viraram torcedores, “torcendo” o direito à vontade: vontade de poder. A mídia faz a pauta (des)institucional, o Direito desaparece e o soberano, que decide no Estado de exceção, dá às palavras o sentido que quer”.

Neste contexto, o impedimento de Dilma Rousseff em 2016 configura um golpe jurídico político seguido de medidas de austeridade econômica, que atingem diretamente uma série de direitos constitucionalmente garantidos. Tal estratégia inclui, conforme identifica Valim (2017) a adoção, por meio de Emenda Constitucional (EC nº 95/2016), de um programa de austeridade seletivo, com duração de vinte anos, em que se sacrificam as despesas sociais e se preservam as despesas com o setor financeiro; a alteração da Lei nº 13.365/2016, para o fim de extinguir a exclusividade da Petrobras como operadora do pré-sal; a formulação de propostas de reforma da Previdência Social e da legislação trabalhista que, se aprovadas, resultarão em escandalosos retrocessos sociais; a proposta de facilitação de venda de terras a estrangeiros, com sérios riscos à soberania social; a diminuição significativa de áreas de proteção ambiental, e a legitimação da grilagem.

Note-se, conforme identifica o autor (2017), que a despolitização operada pela exceção não salvaguarda nem mesmo um dos traços salientes do constitucionalismo moderno, as chamadas conquistas civilizatórias irrenunciáveis, delimitadoras do próprio espaço democrático. Do contrário, a exceção investe inclusive contra estas, de que é exemplo eloquente o eterno retorno do tema da tortura e da pena de morte, nos debates públicos e nos pronunciamentos, cada vez mais frequentes, de líderes políticos. Na síntese de Wermuth e Senger (2017, p. 129), pode-se concluir que, “considerando a elaboração agambeniana, é possível vislumbrar a capacidade que os Estados, amparados pela soberania e usando como instrumento o direito estatal, são capazes de “suspender” o direito de determinadas pessoas e alçá-las à vida nua”.

No Brasil transformado em campo, percebe-se que aos cidadãos brasileiros são negados direitos básicos, tais como moradia, devido processo legal e liberdade de expressão, proteção ao meio ambiente, dentre outros. Tais atos denegatórios de direitos não são, conforme seus idealizadores, “ilegais”, mas plenamente “democráticos”, eis que seguiram certos procedimentos e regras do ordenamento jurídico nacional. No entanto, isso só significa que um sistema político-jurídico democrático pode ser facilmente utilizado para a realização de propósitos autoritários.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A problematização desenvolvida no presente artigo partiu da ideia de que um sistema político-jurídico democrático pode ser facilmente utilizado para a realização de propósitos autoritários. Nesse sentido, a partir da filosofia política de Giorgio Agamben, retomou o conceito de estado de exceção, considerado não mais como um espaço ditatorial de negação do Estado democrático, mas ao contrário, como espaço

de anomia e de indiscernibilidade entre direito e política, e, portanto, de democracia e autoritarismo que se perpetua em plena vigência democrática e com ares de “legalidade”.

Tal abordagem biopolítica permite confrontar a tradição jurídico-política da modernidade, a partir da suspensão de juízos tradicionais herdados, de modo a evitar a possibilidade de “encobrimento” e de legitimação da exceção sob as fórmulas do politicamente correto e do democrático. Nesse sentido, também a realidade brasileira pode ser observada sob este novo viés, a partir do descortinamento de camadas de autoritarismo que, inicialmente, poderiam permanecer indiscerníveis face ao ambiente inaugurado com a Constituição de 1988, abrindo-se novas possibilidades de compreensão de nosso tempo.

Com este objetivo, o estudo buscou contextualizar a teoria agambeniana acerca da exceção permanente a partir do contexto brasileiro pós-*impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff. Para tanto, identificou os elementos de configuração da exceção: a presença do soberano, a constituição do inimigo e a suspensão permanente da normatividade. Sobre o primeiro elemento, verificou-se que o soberano, no caso brasileiro, não está configurado em uma determinada pessoa ou grupo, mas pode ser identificado na presença onipotente do mercado neoliberal. De tal modo, que o estado de exceção constitui uma exigência do atual modelo de dominação neoliberal, e o meio pelo qual se neutraliza a prática democrática e se reconfiguram, de modo silencioso, os regimes políticos em escala universal.

Com relação à constituição do inimigo, no caso em tela, o “combate à corrupção” tem fornecido o discurso legitimador necessário para que, toda vez que o soberano mercado se veja afrontado pela condução do espaço público e da política, a exceção seja colocada em prática, conforme demonstram muitos dos processos da chamada “Operação Lava-Jato”, bem como a persecução penal empreendida ao ex-Presidente Lula. Com base em tal justificativa, no cotidiano das ruas, diariamente verifica-se a retirada ou a negação de direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, e a consequente desumanização de determinados seres humanos: vândalos, petralhas, negros, bandidos, homossexuais, travestis, dentre muitos outros passam a ser verdadeiros *homo sacer*. Tudo em nome do combate à corrupção e a qualquer forma de manifestação de pensamento progressista e de concretização da justiça social.

E por fim, um terceiro elemento a configurar o estado de exceção no cenário brasileiro, encontra-se na suspensão permanente da normatividade, toda vez que a vontade soberana assim o desejar, fenômeno que se verifica cotidianamente na prática do Poder Judiciário brasileiro, a partir do processo de politização do direito. Na prática, o que se tem observado é um direito colocado a disposição da vontade de poder, no qual a normatividade desaparece, e a decisão sobre Estado de exceção ou legalidade, passa estar a mercê da vontade de poder soberana, dando às palavras e às leis o sentido que quiser.

Configurado este cenário, no Brasil transformado em campo, aos cidadãos são “legitimamente” negados direitos básicos, por meio de atos que, por seguirem procedimentos e regras do ordenamento jurídico nacional, tornam-se verdadeiros simulacros de democracia. E a situação fática aqui vivenciada torna-se um exemplo significativo de indistinção entre direito e política, na qual o código e modelo do poder não é

mais o direito, mas o poder/autoridade do estado de exceção, representado pelo neo-liberalismo econômico, para matar, seja simbolicamente, ou também fisicamente todos aqueles que a ele se opuserem.

## REFERÊNCIAS:

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento**. Trad. Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1984.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III)**. Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

AGAMBEN, Giorgio. **“Deus não morreu. Ele tornou-se Dinheiro”**. Entrevista com Giorgio Agamben. Instituto Humanitas UNISINOS. 2012. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/512966-giorgio-agamben>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

AGAMBEN, Giorgio. **Meios sem fim: notas sobre a biopolítica**. Trad. Davi Pessoa. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2015.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BRUM, Eliane. **Cotidiano de exceção. Como lutar pela democracia aprendendo sobre a tirania**. El país. Maio, 2017. Disponível em: <[http://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/29/opinion/1496068623\\_644264.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/29/opinion/1496068623_644264.html)>. Acesso em: 01 jun. 2017.

BUTLER, Judith. **Vida precária: el poder del duelo y la violencia**. Trad. Fermín Rodríguez. Buenos Aires: Paidós, 2009.

CHIGNOLA, Sandro. **Tecnicização da decisão política é uma das assinaturas da contemporaneidade**. Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos.br/edicao/505>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Tradução Alexander Araujo de Souza, Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, André Karam Trindade, Hermes Zaneti Júnior e Leonardo Menin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A Vontade de Saber**. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 22ª. Impressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 12. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

HEIDEGGER, Martin. **A essência da linguagem**. In: A Caminho da Linguagem. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 121-171.

KARMY, Rodrigo. **O impensado como potência e a desativação das máquinas de poder**. Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos.br/edicao/505>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **Estado de Exceção e Democracia no Brasil**. Revista de Ciências do Estado, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 11-13, jul./dez. 2016. Disponível em: <<https://seer.ufmg.br/index.php/revce/article/download/3652/2722>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

O'DONNELL, Guillermo. **Democracia delegativa?** Novos estudos, 31, p. 25-40, 1991.

PINHEIRO, Paulo Sergio. **Estado e Terror**. In: NOVAES, Adauto (coord.). Ética. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

RIBEIRO, Renato Janine. **Hobbes: o medo e a esperança**. In: WEFFORT, Francisco C.. Os clássicos da política. Vol. I. São Paulo: Ática, 2002. p. 51-77.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. **A sacralidade da vida na exceção soberana, a testemunha e sua linguagem: (re)leituras biopolíticas da obra de Giorgio Agamben**. Cadernos IHU. São Leopoldo: Instituto Humanitas Unisinos. Ano 10, nº 39, 2012.

SANTOS, Laymert Garcia dos. **Brasil contemporâneo: estado de exceção?** In: OLIVEIRA, Francisco de; RIZEK, Cibele Saliba (coord.). A era da indeterminação. São Paulo: Boitempo, 2007.

SERRANO, Pedro Estevam. **A ditadura jurídica do capital**. Extra classe, ano 22, n. 125. Porto Alegre, jul. 2017.

SOUZA, Jessé. **A radiografia do golpe**. São Paulo: LeYa, 2016.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão à Lava jato**. São Paulo: LeYa, 2017.

STIGLITZ, Joseph E. **O preço da desigualdade**. Lisboa: Bertrand Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Check list: 21 razões pelas quais já estamos em Estado de exceção**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jun-29/senso-incomum-check-list-21-razoes-pelas-quais-estamos-estado-excecao>. Acesso em: 07 jul 2017.

TRF4. Corte Especial, **P. A. 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**. Rel. Des. Federal Rômulo Pizzolatti. Disponível em: <https://s.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 21 ago 2017.

VALIM, Rafael. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. Disponível em: <<http://jornalggm.com.br/noticia/estado-de-excecao-a-forma-juridica-do-neoliberalismo-por-rafael-valim>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

VILLINGER, Ingeborg. **Uma esfera pública em decomposição e dominada por sentimentos**. Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos.br/edicao/505>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Por que a Guerra? De Einstein e Freud à atualidade**. Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2015.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; NIELSSON, Joice Graciele. **O Campo como Espaço da Exceção: Uma Análise da Produção da Vida Nua Feminina nos Lares Brasileiros à Luz da Biopolítica**. Revista Prim@ Facie, vol 15, número 30, 2016. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/33084/17576>. Acesso em 25 ago 2017.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; SENGER, Ilise. As Migrações no Mundo Contemporâneo e o paradoxal papel dos direitos humanos: proteção ou abandono? **Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 37, n. 1, jan./jun. 2017. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2558/30829>. Acesso em: 05 maio 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

**Submetido em: 1 nov. 2017. Aceito em: 07 maio. 2018.**



## QUAL O LUGAR DAS MULHERES NO MUNDO? O PESO DOS ESTEREÓTIPOS DE GÊNERO SOBRE AS MULHERES MIGRANTES E REFUGIADAS

*Marli Marlene Moraes da Costa\**

*Simone Andrea Schwin\**

### Resumo

Ao longo de suas vidas, mulheres e homens são confrontados com expectativas sobre seu comportamento e seu “lugar” na sociedade. Essas “expectativas de gênero” (ADICHIE, 2015) costumam partir de pré-conceitos que limitam a vida das mulheres, seja por enfatizar seu papel como esposa e mãe, ou sobre que tipo de atitude ela deve ter tanto no espaço doméstico, quanto no ambiente de trabalho. Esses estereótipos, baseados em gênero, tem reflexos na divisão sexual do trabalho, nas diferentes formas de violência sofrida pelas mulheres, na determinação de quais espaços elas podem ocupar, na pressão sobre o tipo de vida e comportamentos (casamento, maternidade, vestuário...), na objetificação dos corpos femininos e na dificuldade de superação das estruturas de poder que ordenam a sociedade. Tais situações são comuns a todas as mulheres, mas para aquelas em situação de migração são um agravante, na medida em que estão mais desprotegidas para reivindicar e ter acesso a direitos. O presente trabalho objetiva então, a partir do questionamento sobre qual o lugar das mulheres no mundo, analisar qual o peso dos estereótipos de gênero sobre as mulheres migrantes e refugiadas. Desta forma, primeiramente irá tratar dos estereótipos de gênero e sua influência na vida das mulheres de

---

\* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, com pós-doutoramento em Direito pela Universidade de Burgos - Espanha, com bolsa CAPES. Professora da Graduação e da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da UNISC. Coordenadora do Grupo de Estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas do PPGD da UNISC. Especialista em Direito Privado. Psicóloga com Especialização em Terapia Familiar. Membro do Conselho Consultivo da Rede de Pesquisa em Direitos Humanos e Políticas Públicas. Membro do Núcleo de Pesquisas Migrações Internacionais e Pesquisa na Região Sul do Brasil - MIPESUL. Integrante do Grupo de Trabalho em Apoio a Refugiados e Imigrantes (GTARI/UNISC). Membro do Conselho Editorial de inúmeras revistas qualificadas no Brasil e no exterior. Autora de livros e artigos em revistas especializadas. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3841-2206>.

\* Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC (CAPES 5), área de concentração Direitos Sociais e Políticas Públicas, linha de pesquisa Diversidade e Políticas Públicas. Bolsista PROSUC/CAPES. Doutorado Sanduíche na Universidade de Kassel (Alemanha) sob orientação da Prof<sup>a</sup> Dra. Sonja Buckel, com Bolsa PDSE CAPES. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC, área de concentração Direitos Sociais e Políticas Públicas, linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo com Bolsa CNPQ Brasil-Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Integrante do grupo de estudos e pesquisas “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”, Projetos de Pesquisa “Gênero e Direitos Humanos: semelhanças e diferenças no marco legislativo de combate à violência de gênero: uma análise da produção de identidade a partir dos diplomas internacionais e das leis de proteção no Brasil, Portugal e Espanha” e “Políticas migratórias com recorte de gênero a partir do estatuto do estrangeiro e do estatuto dos refugiados no Brasil” coordenados pela Prof<sup>a</sup> Pós Dra. Marli da Costa, vinculados ao Programa de Pós Graduação em Direito- Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC; . Membro da Cátedra Sérgio Vieira de Mello da UFRGS. Membro do Núcleo de Pesquisas Migrações Internacionais e Pesquisa na Região Sul do Brasil- MIPESUL e do Grupo de Trabalho em apoio a Refugiados e Imigrantes - GTARI, da UNISC. Especialista em Formação de Professores para a Educação Superior Jurídica. Bacharela em Direito. Presidente do Conselho Municipal dos Direitos da Mulher- COMDIM de Rio Pardo/RS (2012/2014- 2017/2019). Educadora Popular. Possui pesquisas nas áreas de Direito Internacional Público; Direitos Humanos; Gênero; Políticas Públicas; Migrações Internacionais. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6277-1025>.

forma geral, para depois abordar a vida das mulheres em um mundo de homens (NAÇÕES UNIDAS, 2015), tendo em vista a visão androcêntrica (MORENO, 1999) de mundo constantemente reforçada em diferentes espaços. Finalmente, analisará o peso dos estereótipos de gênero sobre as mulheres migrantes e refugiadas. Trata-se de um trabalho de revisão bibliográfica, baseado no método dedutivo, visando corroborar a hipótese de que mulheres e homens são colocados frente à estereótipos de gênero, mas o peso negativo sobre as mulheres é muito maior devido à concepção de masculino e feminino socialmente reproduzida, que se refletirá também no contexto migratório.

**Palavras chave:**

Estereótipos de gênero. Migrações. Mulheres. Migrantes.

**WHERE IS THE PLACE OF WOMEN IN THE WORLD? THE BURDEN OF GENDER STEREOTYPES ON MIGRANT AND REFUGEE WOMEN**

**Abstract**

Throughout life, women and men are confronted with expectations about their behavior and their “place” in society. These “gender expectations” usually start from preconceptions that limit women’s lives, either by emphasizing their role as wife and mother, or what kind of attitude they should have in both domestic and work environment. These stereotypes, based on gender, reflect the sexual division of labor, the different forms of violence suffered by women, the determination of which spaces they can occupy, the pressure on the type of life and behaviors (marriage, maternity, clothing...), in the objectification of women’s bodies and in the difficulty of overcoming the structures of power that order society. These situations are common to all women, but for women in a situation of migration they are an aggravating factor in that they are more unprotected to claim and have access to rights. The present paper aims to analyze the gender stereotypes of migrant and refugee women, based on the question of the place of women in the world. In this way, it will first deal with gender stereotypes and their influence on women’s lives in general, and then approach the lives of women in a world of men, in view of the androcentric vision of the world constantly reinforced in different spaces. Finally, it will analyze the gender stereotypes of migrant and refugee women. It is a bibliographical review, based on the deductive method, in order to corroborate the hypothesis that women and men are placed in front of gender stereotypes, but the negative burden on women is much higher due to the conception of male and female socially reproduced, which will also be reflected in the migratory context.

**Keywords:**

Gender stereotypes. Migrations. Women. Migrants.

## 1 INTRODUÇÃO

O problema da questão de gênero é que ela prescreve como *devemos* ser em vez de reconhecer como somos. Seríamos bem mais felizes, mais livres para sermos quem realmente somos, se não tivéssemos o peso das expectativas de gênero.

Chimamanda Ngozi Adichie

*Sejam todos feministas*

Existe um sentimento, que parece ser comum às mulheres migrantes e refugiadas: a busca por uma vida melhor, mesmo que ela esteja do outro lado do oceano. Vida em primeiro lugar. Este pensamento faz com que milhares de mulheres deixem

suas casas, suas famílias, muitas vezes os filhos, as referências, em busca de uma existência digna, longe da violência e da opressão.

A discriminação por motivo de gênero afeta todas as mulheres, uma vez que, por gênero entende-se a construção cultural baseada naquilo que a sociedade espera em relação aos papéis atribuídos a mulheres e homens. A diferença está no fato de que as mulheres em situação de migração e refúgio estão mais desprotegidas para reivindicar e ter acesso a direitos.

Buscando analisar qual o peso dos estereótipos de gênero sobre as mulheres em situação de migração, este trabalho inicia por investigar como os estereótipos de gênero afetam a vida das mulheres para, em seguida, avaliar a questão da igualdade e equidade de gênero na vida das mulheres em um mundo dominado por homens. Por fim, se deterá sobre a análise do peso dos estereótipos de gênero sobre mulheres migrantes e refugiadas e ao acesso à igualdade substantiva.

## 1 ESTEREÓTIPOS DE GÊNERO: COMO AFETAM A VIDA DAS MULHERES

Ao longo da vida, mulheres e homens são confrontados com expectativas sobre o que se espera de um comportamento feminino e masculino. Essas expectativas de gênero, em muito, são fruto de estereótipos acerca do que é permitido à mulher, ou ao ser mulher, e ao homem, ou ao ser homem. Tendo em vista que estereótipos são generalizações ou pré-conceitos feitos sobre características ou comportamentos de indivíduos ou grupos sociais, é possível observar que essas expectativas têm grande impacto na vida, sobretudo das mulheres<sup>1</sup>.

Os estereótipos de gênero são motivadores de discriminação sobre as mulheres, uma vez que “gênero” se trata de uma construção social, cultural, baseado naquilo que a sociedade espera em relação aos papéis atribuídos a mulheres e homens. Conforme definiu Joan Scott (1995):

[...] o termo “gênero” também é utilizado para designar as relações sociais entre os sexos. Seu uso rejeita explicitamente explicações biológicas, como aquelas que encontram um denominador comum, para diversas formas de subordinação feminina, nos fatos de que as mulheres têm a capacidade para dar à luz e de que os homens têm uma força muscular superior. Em vez disso, o termo “gênero” torna-se uma forma de indicar “construções culturais” - a criação inteiramente social de idéias (*sic*) sobre os papéis adequados aos homens e às mulheres. (p. 75).

Haug (2007) observa que as relações de gênero regulam as formações sociais e são fundamentais para questionamentos acerca das relações de dominação e explora-

---

<sup>1</sup> Não se ignoram aqui os estudos sobre “masculinidades”, que abordam entre outros temas, a construção do masculino, mas, na esteira do que traz Schpun (2004), a partir dos estudos de Lacan, “[...] o feminino tende a ser portador do reconhecimento da impossibilidade da completude humana, distanciando-se da posição de portador da lei simbólica ocupada pelo masculino. São definidas assim as estruturas e posições respectivas do masculino e do feminino e as funções paterna e materna, de tal modo que a divisão anatômica continua a dar origem a uma divisão dos gêneros em torno da concepção de que *somente o ‘órgão erétil’ simboliza o lugar do gozo*”. Ou seja, o masculino é sinônimo de força ou potência, representado pelo *falo*, enquanto o feminino insere-se na ideia de castração, uma vez que não possui o *falo*.

ção, na divisão do trabalho, na política, religião, moral e sexualidade, entre outras dimensões, ao passo em que ultrapassam cada um desses sentidos. A autora defende “que todas as práticas na sociedade estão determinadas por relações de gênero –tem um subtexto de gênero– são, por isso, colocadas em chave de dominação e que, portanto, devemos incluí-las em qualquer análise e compreensão da sociedade” (p. 354).

Studart (1987) recorre à história e afirma que

O grande handicap da mulher foi um fato histórico. Aconteceu quando o homem saiu à caça e ela se deixou ficar na caverna, cozinhando, procriando, em plena vegetatividade. O homem lutou, cresceu, criou a charrua e depois a aeronave. A ação assegurou o seu desenvolvimento mental. Enquanto isso, a mulher, sempre na caverna (que passou a chamar de lar), esperava, imutavelmente, a volta do caçador. (p. 10).

Com o passar do tempo, essa prática de confinar meninas ao ambiente doméstico, brincando de comidinha, enquanto os meninos ficam soltos, livres para explorar o mundo, passou a ser algo natural, na medida em que à elas é esperada a preparação para a vida no lar, para o cuidado da casa, do marido e dos filhos (mesmo que lhe seja garantido o “direito” de trabalhar fora). Mesmo as jovens que se sobressaem na escola e acessam a universidade, é esperado que busquem carreiras consideradas femininas (e que, portanto, não exigem muito esforço mental), ou então que a universidade seja o lugar onde possam conhecer um “bom partido”. (STUDART, 1987).

Chimamanda Adichie (2015) ilustra essa situação com uma experiência pessoal, ocorrida na escola quando criança: a professora disse à turma que aquele que tirasse a nota mais alta na prova seria o monitor da classe, algo de grande importância, já que cabia ao monitor a tarefa de anotar o nome dos colegas bagunceiros e circular livremente pela sala de aula com uma vara, que não poderia ser usada, mas impunha certo respeito. Chimamanda efetivamente tirou a nota mais alta na prova, mas, para sua surpresa, a professora informou que o monitor seria um menino. Para ela, era óbvio que quem deveria assumir o posto de monitor era um menino, mesmo tendo obtido a segunda nota mais alta.

Se repetimos uma coisa várias vezes, ela se torna normal. Se vemos uma coisa com frequência, ela se torna normal. Se só os meninos são escolhidos como monitores da classe, então em algum momento nós todos vamos achar, mesmo que inconscientemente, que só um menino pode ser o monitor da classe. Se só os homens ocupam cargos de chefia nas empresas, comecemos a achar “normal” que esses cargos de chefia só sejam ocupados por homens. (ADICHIE, 2015).

Moreno (1999) entende que a discriminação contra mulheres inicia muito cedo, desde o nascimento ou até anteriormente. Deste modo, quando as crianças, meninas e meninos, chegam à escola, já internalizaram a maioria dos padrões de conduta discriminatória. E seguem modelos de comportamento e de conduta pré-estabelecidos. Entende-se por modelos de conduta, as “diretrizes que guiam o comportamento dos indivíduos, suas atitudes e sua maneira de julgar os fatos e os acontecimentos que os rodeiam” (p. 29), enquanto modelos de comportamento “atuam como organizadores inconscientes da ação, e é esta característica de inconsciência que os torna mais dificilmente modificáveis”. (p. 30).

Crianças demonstram os modelos de conduta e comportamento durante as brincadeiras livres, ou seja, no momento em que elas têm a liberdade de escolha sobre suas ações. É justamente nestes

momentos de “liberdade” que cada indivíduo se encontra mais intensamente limitado pelas normas estabelecidas, como se tivesse “plena liberdade” para identificar-se com os arquétipos que estão destinados a ele em função de seu sexo, mas não para transgredi-los”. (MORENO, 1999).

Para Albornoz (2008), o fato de as mulheres terem sido alçadas a um maior nível de independência e responsabilidade, na medida em que, por exemplo, tem acesso aos mesmos níveis de instrução que os homens, ou quando a lei lhe assegura novos direitos, não faz com que essa transformação deixe de ser lenta e complexa. Para a autora, as mulheres têm dificuldade em se convencer de sua conquista de um lugar no mundo, ou como refere, “o direito a uma vida criativa dentro do mundo” (p. 14), uma vez que a sociedade mantém muitas contradições, “atitudes ambíguas e contraditórias, em relação ao papel que a mulher desempenha dentro dela”. (p. 15).

No campo educacional, mantém-se a estrutura de dominação sobre a mulher: “As mulheres têm sido educadas para se comportar conforme os mitos a seu respeito, e para se adaptar às estruturas econômicas e sociais dos novos tempos, sem perturbar a situação do homem como dominador, da natureza e da sociedade”. (ALBORNOZ, 2008, p. 21). Em relação a sua participação social através do trabalho, nas zonas rurais, as mulheres continuam sendo consideradas inferiores aos homens, uma vez que fisicamente estão menos aptas ao trabalho braçal, cuja exigência é a força muscular. Daí a “generalização de que a mulher não é apta para qualquer trabalho fora do lar”<sup>2</sup>. (p. 22).

Já no meio urbano, onde se efetiva um acelerado processo de industrialização, a situação das mulheres se altera: como não é mais necessária a força física para o trabalho mecanizado da indústria moderna, elas passam a ser integradas no trabalho produtivo. Em meio a crises econômicas e sociais, as mulheres deixam suas casas para acessar o mercado de trabalho e contribuir com a manutenção da família. Mas, para os homens trata-se apenas de um fenômeno econômico: “A mulher vai trabalhar para ter mais, mas não para ser mais através de seu trabalho”. (ALBORNOZ, 2008).

O ideal, a imagem, o tipo continua sendo o da mulher mãe e fêmea dona de casa, nas lides domésticas. A mentalidade social não quer admitir a mulher como igual ao homem. Apesar dos ímpetus feministas da *belle époque*, foram apenas conquistados certos avanços formais, como o direito ao voto e à legislação trabalhista paternalista. A mulher se torna independente apenas no papel. Embora sendo integradas ao mundo do trabalho, as mulheres muitas vezes não são aceitas como iguais: o salário é menor; suas regalias, ou novos direitos, por ocasião da gestação e do parto, voltam-se contra elas mesmas,

<sup>2</sup> Albornoz (2008) reconhece que na sociedade rural, e nos pequenos núcleos burgueses, que conservam a mentalidade patriarcal, as mulheres têm suas compensações: “Ela é a rainha do lar, a zeladora da honra e da economia familiar, e a família é realmente o núcleo, a célula viva do corpo social. A sociedade se organiza em torno de uma constelação de famílias ampliadas, e é antes uma comunidade natural em que predominam os vínculos de parentesco e de propriedade: vínculos de sangue e vínculos da terra. Não só a mulher, também o homem e a comunidade toda se conservam muito ligados à natureza. A mulher então não é uma marginal. Ela participa – ainda que na medida de um papel de menor de idade, tutelada – da vida daquele mundo social [...] (p. 23-24).

pois se tornam mão-de-obra desvalorizada, e desinteressante para o empregador. (ALBORNOZ, 2008).

Adichie (2015) lembra que mulheres e homens são diferentes em vários aspectos: física, hormonal e biologicamente. Tanto mulheres, quanto homens são inteligentes, inovadores, mas a as ideias de gênero deixam a desejar. Mesmo sendo mais da metade da população mundial, mulheres são minoria nos cargos de poder e prestígio; e são constantemente compelidas a se preocupar mais com o que os homens pensam a seu respeito, do que com a satisfação e realização pessoal. (p. 20-27).

Essas situações diferem pouco em muitos lugares do mundo. E esse tem sido um dos motivos que faz com que muitas mulheres tomem a decisão de migrar, em busca de sociedades mais abertas. Mas não raro, mesmo a decisão de migrar fica à cargo da família e da responsabilidade ou papel dessa mulher na família e na comunidade. E na nova sociedade, essa mulher migrante ou mesmo refugiada, terá que conviver com todos os estereótipos aqui elencados, acrescidos do fato de serem mulheres e migrantes<sup>3</sup>, o que gera desconfiança sobre suas intenções e interesses na busca por uma nova sociedade.

## 2 DIREITOS DAS MULHERES EM UM MUNDO DE HOMENS: IGUALDADE OU EQUIDADE?

De acordo com as Nações Unidas, os direitos das mulheres são limitados porque elas são forçadas a viver em um mundo de homens. Essa afirmação é corroborada pelos seguintes dados, obtidos a partir do Relatório **“Progress of the World’s Women 2015-2016: Transforming Economies, Realizing Rights”**, da Onu Mulheres, que traz que no mundo,

há mais desemprego feminino do que masculino, e mesmo quando trabalham, as mulheres recebem salários inferiores em tarefas equivalentes;

apenas metade das mulheres participam na força de trabalho, em comparação com três quartos dos homens;

em média, as mulheres recebem menos 24% do que os homens, sendo que este percentual aumenta quando se trata de mulheres com filhos;

as mulheres trabalham em média mais 2,5 vezes em tarefas domésticas e trabalho não remunerado do que os homens;

entre os trabalhadores domésticos em todo o mundo 83% são mulheres e quase metade deles não têm direito ao salário mínimo;

75% do emprego das mulheres é informal, em atividades que não são abrangidas pelas leis do trabalho e da proteção social.

---

<sup>3</sup> O Parlamento Europeu em resolução sobre a imigração feminina (EUR-LEX, 2006) salienta que “as mulheres imigrantes são frequentemente objecto de graves discriminações devido ao seu estatuto de dependentes do estatuto legal do marido, como reflectido na Directiva 2003/86/CE (estatuto não autónomo, acesso restrito ao mercado de trabalho, estatuto de residência ambíguo em caso de viuvez, divórcio, etc.), assim como à mentalidade, aos estereótipos e a práticas negativas que consigo trazem dos respectivos países de origem e que prevalecem também nas sociedades de acolhimento; que, por outro lado, em certas comunidades de imigrantes, se deparam com problemas críticos como a marginalização, os casamentos forçados, as mutilações genitais femininas e os designados crimes de honra.” Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:C:2006:313E:TOC>

em 2014, nas 6 instituições econômicas mundiais mais influentes, a representação das mulheres nos conselhos executivos variou entre 4 e 20%. (UN WOMEN, 2015).

Ainda, de acordo com o relatório, a igualdade perante a lei é crucial para a igualdade de gênero, mas não é garantia de igualdade na prática. Os direitos das mulheres não podem ser separados das condições políticas, econômicas e sociais mais amplas que moldam os meios de subsistência e as relações sociais (UN WOMEN, 2015).

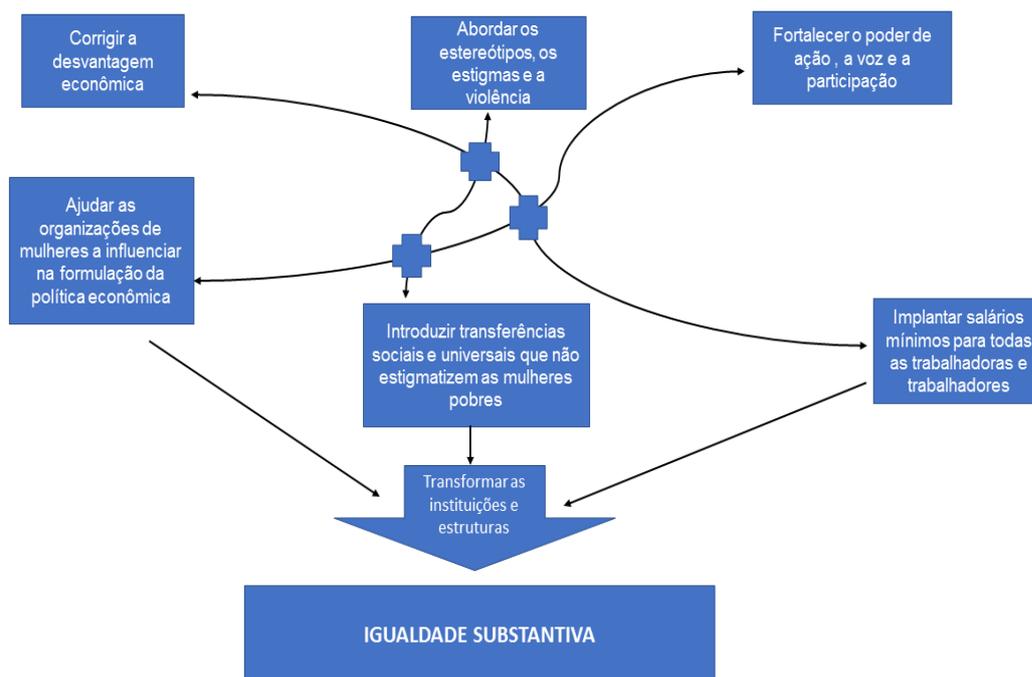
As leis que estabelecem a igualdade de direitos entre mulheres e homens constituem uma importante base para exigência e alcance de igualdade na prática. Esses instrumentos legais podem constituir um ponto de referência para diferentes iniciativas políticas e culturais, e impulsionar mudanças nas normas sociais e atitudes sociais, bem como nas políticas adotadas. Não obstante, para tornar os direitos das mulheres uma realidade, não basta uma mera reforma jurídica, tendo em vista que a tradução de igualdade perante a lei em resultados equitativos não é automática. Incluindo aqueles países em que foram adotadas leis sobre igualdade de gênero, as desigualdades profundamente arraigadas, a existência de normas sociais discriminatórias e de práticas consuetudinárias prejudiciais, assim como os padrões de desenvolvimento econômico dominantes, podem prejudicar sua aplicação e impedir que tenham efeitos positivos (UN WOMEN, 2015).

Alves (2016), observa que,

É crescente o reconhecimento de que o progresso das sociedades é incompatível com a discriminação e a segregação de gênero e com a subutilização das capacidades da metade da população mundial. Mas se a igualdade de gênero, em geral, contribui para o progresso econômico, nem todo processo de desenvolvimento impulsiona a equidade entre homens e mulheres. (p. 630).

Desta forma, para alcançar a igualdade substantiva, necessária a atuação em três esferas que se inter-relacionam, a saber: a erradicação das desvantagens socioeconômicas das mulheres; a luta contra estereótipos, os estigmas e a violência e o fortalecimento do poder de ação, de voz e de participação das mulheres. Portanto, “para garantir os direitos das mulheres é preciso avançar em políticas sociais com perspectiva de gênero, pleno emprego e trabalho decente e políticas macroeconômicas baseadas nos direitos humanos”. (ALVES, 2016).

A igualdade substantiva pode ser assim representada:



**Fluxograma elaborado a partir do Marco Para entender a Igualdade Substantiva. In: UN WOMEN. Progress of the World's Women 2015-2016: Transforming Economies, Realizing Rights. Disponível em: <http://progress.unwomen.org/en/2015/>**

Desta forma, tem-se que, a partir da inter-relação das três esferas que compreendem a igualdade substantiva, as ações (exemplificativas) que derivam de cada uma delas, em algum momento convergem. As políticas macroeconômicas, por exemplo, devem caminhar ao lado da geração de trabalho decente e de serviços sociais e mecanismos de proteção social com perspectiva de gênero. Os direitos, que devem ser desfrutados por todas as mulheres, são indivisíveis: ao lado de saúde de qualidade, elas devem desfrutar de condições de trabalho decentes e poder reivindicar seu direito à informação sobre leis, políticas e alocações de orçamento; ou o direito de organizar-se para tais reivindicações, ao lado do direito de fiscalização, que pode impulsionar a garantia de serviços públicos de qualidade, que deem melhor resposta às necessidades das mulheres; o acesso a um conjunto de serviços de qualidade, por sua vez, pode respaldar o direito das mulheres ao trabalho. (UN WOMEN, 2015). A isto pode se chamar de “círculo virtuoso” da política, economia, direito e democracia.

De acordo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, as desigualdades de gênero representam uma das principais obstruções ao desenvolvimento humano<sup>4</sup>. A menos que mulheres e meninas possam exercer plenamente seus direitos em todas as esferas da vida, o desenvolvimento humano não avançará, uma

<sup>4</sup> O PNUD elaborou, em 2014, a “Estratégia de Igualdade de Gênero do PNUD 2014-2017- o futuro que queremos: direitos e empoderamento”, cujo objetivo é assegurar a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres para que este tema se integre em todos os aspectos de seu trabalho de apoio aos países com vistas à erradicação da pobreza, redução das desigualdades e exclusão. Disponível em: <http://www.undp.org/content/undp/es/home/librarypage/womens-empowerment/gender-equality-strategy-2014-2017/>

vez que a igualdade de gênero é, sobretudo, uma questão de direitos humanos<sup>5</sup>. (PNUD, 2014).

Campos e Corrêa (2012), reafirmam que o sistema de sujeição, dominação e poder, naturaliza a desigualdade construída socialmente. (p. 113). Referem ainda que, para superar esse quadro, garantindo cidadania às mulheres, é preciso que elas tenham garantido seu acesso à educação desde meninas, e sejam economicamente independentes dos homens. Aqui (ainda) existem obstáculos, como a dificuldade de acesso ao ensino por meninas e a concentração de poder e autoridade nos homens, aliado a sobrecarga de tarefas exercidas pelas mulheres (cuidado da casa e dos filhos, por exemplo). (p. 130).

Relativamente às mulheres migrantes, os elementos sobre discriminação baseada em gênero aqui apresentados também se aplicam, como informa Petrozziello (2015): os papéis de gênero, onde os trabalhos dos imigrantes homens são mais valorizados e, conseqüentemente, melhor remunerados que os das mulheres em situação de migração; a desigualdade de gênero no país de origem pode ser um dos motivos da migração feminina, na busca por oportunidades de emprego e proteção contra a violência doméstica; na divisão sexual do trabalho, quando uma mulher migra e deixa seus filhos para trás, quem se responsabiliza por eles raramente é o marido ou companheiro, mas a mãe, irmã ou uma filha maior. Relativamente aos estereótipos de gênero, quando, em alguns contextos a família decide enviar ao estrangeiro a filha que considera que seja a mais apta a trabalhar e remeter recursos aos familiares; relativamente ao empoderamento das mulheres migrantes, que não raro é comprometido pela sua dupla condição de mulher e estrangeira e no isolamento, pois muitas vezes as mulheres migrantes trabalham em casas de família sem contato com o mundo exterior; e com relação à equidade de gênero, uma vez que os migrantes em geral, e as mulheres migrantes em particular, tem maior dificuldade no acesso a serviços públicos, como o de saúde (p. 25-26).

Percebe-se assim, que as mulheres migrantes e refugiadas têm um longo caminho a percorrer, para além de seu percurso migratório. Os estereótipos de gênero, que limitam seus direitos no país de origem, as acompanham na trajetória e no país de destino e atuam como fortes limitadores em seu desenvolvimento pessoal, como será analisado a seguir.

### 3 O PESO DOS ESTEREÓTIPOS DE GÊNERO SOBRE MULHERES MIGRANTES E REFUGIADAS E O ACESSO À IGUALDADE SUBSTANTIVA

Os deslocamentos populacionais são uma característica do ser humano e hoje, 3% da população mundial é composta por migrantes internacionais, sendo que de cada dez desses migrantes, um é refugiado. Até o final de 2016, 65.6 milhões de pessoas eram deslocadas forçadas, das quais 40.3 milhões, deslocadas internas. São 20 novos deslocamentos forçados a cada minuto, segundo dados do Relatório Tendên-

---

<sup>5</sup> O Relatório do PNUD intitulado “Ultrapassar Barreiras: mobilidade e desenvolvimento humanos”, afirma que as migrações aumentam o emprego junto à sociedade de acolhida, não retira os postos de trabalho da população local e melhora as taxas de investimento em novos negócios e iniciativas. (PNUD, 2009).

cias Globais do Alto Comissariado das Nações Unidas-ACNUR, publicado em 2017. É o maior número de refugiados desde a Segunda Guerra Mundial. E, ao menos metade desse contingente é composto por mulheres e crianças. (UNHCR, 2017).

Aqui nos encontramos frente a um dos motivos para o deslocamento de um número expressivo de pessoas: os conflitos armados que geram crises humanitárias sem precedentes. Para além disso, diferentes fatores econômicos, políticos e sociais contribuem para a intensificação das migrações: a fome e a pobreza, desastres ambientais, epidemias, a globalização, o avanço das tecnologias de comunicação e transporte, entre outros, fazem com que, diariamente, pessoas saiam do seu lugar de origem, em direção a outros países.

Ao lado do aumento das migrações internacionais, se verifica um acirramento nas restrições de circulação de pessoas entre Estados nacionais, bem como controles migratórios nos principais países de destino, baseados em marcos normativos que não reconhecem a migração como um direito humano e assim, cerceiam as possibilidades de pessoas migrantes para inclusão plena nas sociedades de destino. Essa falta de reconhecimento de direitos, faz com que a população migrante fique exposta a situações de discriminação, violência e exploração. (OIM, 2014).

Não raro, os fluxos migratórios, sobretudo quando provenientes do sul global, tem sido associados a delitos, narcotráfico e terrorismo, ao lado da percepção de que acarretam consequências sociais e econômicas negativas, fazendo com que sejam indesejados e estigmatizados. Essas percepções desconsideram que, além do aporte econômico, a presença de comunidades migrantes nas diferentes sociedades, pode enriquece-las culturalmente e fazer delas espaços sociais plurais, inclusivos e de respeito à diversidade. (OIM, 2014).

Uma sociedade que concebe a migração como um problema e que adota políticas restritivas sobre ela, não só discrimina a população migrante e afeta sua qualidade de vida, como também se torna uma sociedade que impede – ou limita – seu próprio desenvolvimento. Dessa forma, adotar uma perspectiva de direitos humanos para as migrações, é uma ferramenta importante para identificar e abordar diferentes situações de discriminação e violência, as quais estão expostas as pessoas migrantes ao longo do ciclo migratório. (OIM, 2014).

Especificamente em relação às mulheres, a condição de migrante pode acentuar sua vulnerabilidade<sup>6</sup> e exposição a situações de violência de gênero. A escassa rede de apoio social e familiar, um contexto cultural diferente ao próprio (onde elas já sofrem discriminações), somado a desigualdades que se sustentam em padrões de gênero, classe, raça, nacionalidade e língua, proporcionam uma maior precariedade de seus direitos e maiores dificuldades no acesso a serviços públicos de assistência e prevenção à violência de gênero (OIM, 2014).<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Sobre o processo de vitimização dos migrantes humanitários, ver crítica trazida por Ribeiro (2016), no trabalho intitulado “Articulações de gênero, práticas de controle migratório e produção da vítima humanitária na gestão do refúgio”, publicado na edição n. 2 do Cadernos OBMigra.

<sup>7</sup> Não é objeto primordial deste trabalho a análise aprofundada das interseccionalidades discriminatórias que afetam as mulheres, como marcadores sociais raça, gênero, classe social, origem nacional, entre outros. Mas cabe ressaltar que, como afirmam Rios e Silva (2015), “O estudo da interseccionalidade torna visíveis situações discriminatórias não percebidas, abrindo a possibilidade de visibilidade

Nessa esteira, as mulheres enfrentam estereótipos de gênero, que pesam sobre sua condição de migrante, uma vez que sempre foram tidas como agentes passivos dos processos migratórios, e não enquanto atores sociais. Ou seja, a ideia de que são dependentes, com ênfase em seu papel de esposa e mãe. (MORALES, 2007). O que contribui para o que se chama de *gender gap*, mais precisamente a distância existente entre homens e mulheres no campo educacional, político e econômico, a divisão sexual do trabalho e o acesso a serviços públicos. (SHOUTEN, 2011).

Petrozziello (2013) assevera que o gênero afeta todos os aspectos da experiência migratória, tanto de mulheres, como de homens, tendo influência sobre as motivações para as migrações, a decisão de quem migra, as redes sociais acessadas para fazê-lo, as experiências de integração e inserção laboral nos países de destino e as relações nos países de origem.

Existem, portanto, diferentes aspectos ou instâncias dos processos migratórios onde é possível verificar o impacto dos padrões e relações sociais de gênero, como por exemplo, nas motivações migratórias: as construções de gênero condicionam as decisões migratórias e as estratégias que homens e mulheres assumem em torno da organização dos deslocamentos, que podem ser observados e se inter-relacionam em diferentes níveis, conforme Rosas (2015):

**1. Nível macroestrutural:** que inclui as condições econômicas dos países de origem e destino e as construções socioculturais de gênero dominantes em cada contexto. A economia dos países de origem e destino impactam de forma diferente mulheres e homens: a localização geográfica desses países, o modelo de acumulação, o estágio de desenvolvimento, o papel do Estado e o alcance das políticas sociais, as formas de propriedade da terra, a configuração do mercado de trabalho (segmentação e discriminação salarial e ocupacional), entre outros. Por outro lado, a migração de muitas mulheres tem a ver com a privação de direitos e oportunidades. Em relação a construções sócio-culturais de gênero, esta tem grande importância em relação as redes sociais da família e amigos. Nos locais de origem, as mulheres dessas redes ocupam um lugar central em relação às tarefas relativas aos cuidados, porque são as responsáveis pelo cuidado de seus pais, filhos / as ou de outros membros da família e eles ficam em casa quando ela migra (OIM, 2014).

**2-Nível familiar:** nesse âmbito, existem uma série de oportunidades e restrições de caráter moral, que atuam sobre a mobilidade feminina e masculina; são situações que permitem ou trazem obstáculos para a migração de mulheres e homens, condicionadas pelas diferenças geracionais e de acordo com o momento de trajetória de vida da família. (ROSAS, 2015). Algumas mulheres migram como consequência de decisões familiares, onde elas são as “escolhidas” por dar prioridade ao interesse familiar em detrimento do interesse próprio; em consequência trabalharão mais, aceitando inclusive, piores condições de vida e enviarão mais dinheiro para a família em seu país de origem. Isso é reflexo de uma concepção que idealiza a mulher como a mais apta a se sacrificar pelo bem da família do que o homem, dentro daquilo que se espera como obrigação ou vocação feminina. (OIM, 2014).

---

de indivíduos e de grupos até então ignorados, conduzindo a maiores chances de sucesso as políticas públicas contra a discriminação.” (p. 20).

**3- Nível individual:** refere-se à posição de mulheres e homens com base em estratificadores sociais: além do sexo, existem outros fatores que condicionam as decisões e estratégias migratórias. Entre eles estão a idade, o lugar de nascimento, se de origem rural ou urbana, a situação conjugal, o papel e a posição dentro da própria família, o fato de ter ou não filhos e a quantidade, a situação socioeconômica, a condição étnica ou racial e a qualificação e experiência de trabalho anterior à migração (ROSAS, 2015). Alguns estudos têm documentado a existência de motivações para a migração de mulheres e homens que reproduzem estereótipos de gênero: por exemplo, para o caso dos homens, os motivos que normalmente causam a decisão de migração estão relacionados com a necessidade de conseguir um emprego e cumprir seu papel de provedor econômico e apoio familiar. Para as mulheres, algumas motivações são impactadas por sua posição nos sistemas de gênero: escapar de contextos culturais ou familiares opressivos (como a violência doméstica, o controle sobre as mulheres jovens, a pressão pelo casamento, a discriminação sobre as mulheres lésbicas); a expectativa por melhores casamentos ou emprego como trabalhadoras domésticas e de cuidados com pessoas idosas nos lugares de destino, entre outros. (OIM, 2014).

De acordo com a Onu Mulheres (UN WOMEN, 2015), as mulheres que experimentam múltiplas e inter-relacionadas formas de discriminação necessitam conhecer e exigir seus direitos, algo que acontece com maior frequência quando as mulheres se reúnem para debater seus problemas e atuam coletivamente para buscar soluções<sup>8</sup>. O potencial para avançar até a igualdade substantiva é maior quando as reivindicações dos grupos organizados de mulheres encontram receptividade entre quem detém o poder, assim como quando existem mecanismos, como processos públicos de consulta e petição ou comissões parlamentares que permitam às mulheres articular de maneira legítima suas exigências em matéria de políticas. (p. 7).

A capacidade dos Estados para promover a igualdade substantiva para as mulheres varia segundo seu tamanho e seu nível de desenvolvimento. Os tratados de direitos humanos deixam claro que os Estados devem cumprir determinadas obrigações de forma imediata, como a não discriminação e a igualdade de acesso a direitos, assim como garantir níveis mínimos de direitos. Os Estados também devem assegurar a realização de direitos de forma progressiva ao longo do tempo e permanecer alertas para que não se deteriorem. Porém, neste quadro, os países dispõem de certa margem para definir seus próprios caminhos e adotar decisões normativas, adaptadas a seus contextos particulares, que lhes permitam alcançar a igualdade substantiva para as mulheres. (UN WOMEN, 2015).

Para alcançar a igualdade substantiva a partir de ações estatais, podem ser definidos um conjunto de prioridades para a intervenção pública, a saber: criação de mais e melhores empregos para as mulheres; redução da segregação ocupacional e das disparidades salariais de gênero; reconhecimento, redução e redistribuição do trabalho doméstico e de cuidados não remunerado; fortalecimento da segurança dos rendimentos das mulheres ao longo de todo seu ciclo vital; intervenção em serviços sociais com perspectiva de gênero; maximização dos recursos destinados a igualdade

---

<sup>8</sup> Em São Paulo, a Equipe de Base Warmis – Convergência de Culturas, grupo de mulheres voluntárias, busca transformar a realidade e melhorar as condições nas quais vivem as mulheres migrantes, promovendo atividades comunitárias.

substantiva; auxílio às organizações de mulheres para exigirem seus direitos e influenciar a agenda pública em todos os níveis; criação de um entorno mundial favorável a realização dos direitos das mulheres; utilização das normas de direitos humanos para desenhar as políticas e angariar mudanças e, finalmente, obter evidência empírica que permita avaliar os avanços no âmbito dos direitos econômicos e sociais das mulheres.<sup>9</sup> (UM WOMEN, 2015).

Percebe-se então que, apesar das inúmeras dificuldades encontradas ao longo do caminho, a mudança, apesar de lenta, é possível. E como assevera Chimamanda Adichie (2015, p. 48): “A cultura não faz as pessoas. As pessoas fazem a cultura. Se uma humanidade inteira de mulheres não faz parte da nossa cultura, então temos que mudar nossa cultura”.

#### 4 CONCLUSÃO

Para Petrozziello (2013), ignorar as relações de gênero nas migrações, não somente leva a criação de políticas e programas ineficazes e pouco adaptados com a realidade, assim como implica no não aproveitamento da oportunidade de avanço na consecução do terceiro objetivo do milênio que trata da promoção da igualdade de gênero e empoderamento das mulheres.

Boa parte dos deslocados forçados hoje, no mundo, são mulheres. Violência, perseguição estatal, precárias condições de vida, cultura machista, falta de condições de acesso a serviços públicos básicos, como educação e saúde, são alguns dos motivos que fazem com que este contingente de pessoas saia de seu país, deixe para trás suas referências e busque, em uma nova realidade, em outro espaço geográfico, simplesmente uma vida melhor, exercendo sua condição de agente no processo migratório.

Diante dos aspectos elencados neste trabalho, necessárias algumas recomendações para políticas públicas, uma vez que a dimensão de gênero, e os problemas de gênero, não tem sido contemplados nas políticas migratórias. É preciso compreender as razões e os contextos que levam as mulheres a migrar, as dificuldades específicas que enfrentam como resultado da sua dupla condição de mulheres e migrantes e seus objetivos e expectativas na sociedade receptora.

Mas também é preciso entender que a discriminação sobre as mulheres em situação de migração é fruto de séculos de discriminação e subjugação das mulheres a um papel secundário na história. O estigma contra as pessoas migrantes atinge tanto mulheres quanto homens, a diferença está em como isso afeta um ou outro. Para as mulheres migrantes, existe um risco muito maior de sofrerem diferentes tipos de violência e estigmatização, pelo simples fato de serem mulheres e “estrangeiras”.

Para alcançar a igualdade substancial, necessária a organização das mulheres para reivindicação de direitos, bem como a intervenção estatal, não somente na edição de legislação não discriminatória, como na construção de políticas que, efetivamente busquem a garantia de igualdade material entre mulheres e homens.

---

<sup>9</sup> Pelo limite deste trabalho, não será possível discorrer sobre cada um deles.

## REFERÊNCIAS

- ADICHIE, Chimamanda N. **Sejamos todos feministas**. Tradução de Christina Baum. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
- ALBORNOZ, Suzana. **As mulheres e a mudança nos costumes**. Porto Alegre: Movimento; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.
- ALVES, José E. D. Desafios da equidade de gênero no século XXI. **Revista Estudos Feministas**. Florianópolis: Estudos Feministas, maio-agosto 2016. Doi: <http://dx.doi.org/10.1590/1805-9584-2016v24n2p629>.
- CAMPOS, Amini H.; CORRÊA, Lindinalva R. **Direitos Humanos das Mulheres**. Curitiba: Juruá, 2012.
- EUR-LEX. Jornal Oficial da União Europeia. **Papel e lugar das mulheres imigradas na União Europeia. Resolução do Parlamento Europeu sobre a imigração feminina: o papel e a posição das mulheres imigrantes na União Europeia (2006/2010(INI))**. Publicado em 20 dez. 2006. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:C:2006:313E:TOC>. Acesso em 22 set. 2017.
- HAUG, Frigga. **Para uma teoria das relações de gênero**. Tradução de Rodrigo Rodrigues. Buenos Aires: Clacso, 2007. Disponível em: [http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/formacion\\_virtual/20100715081939/cap14.pdf](http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/formacion_virtual/20100715081939/cap14.pdf). Acesso em 20 set. 2017.
- MORALES, Ofelia W. La migración de las mujeres: un proyecto individual o familiar? **REHMU- Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana**. Ano XV, n. 29, 2007. Disponível em: <<http://www.csem.org.br/remhu/index.php/remhu/article/view/56/48>>. Acesso em 29 jul. 2017.
- MORENO, Montserrat. **Como se ensina a ser menina: o sexismo na escola**. Tradução: Ana Venite Fuzatto. São Paulo: Moderna; Campinas: Editora Unicamp, 1999.
- OIM. Organización Internacional para las Migraciones; MNISTÉRIO del Desarrollo Social del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. **Las mujeres migrantes y la violencia de género: aportes para la reflexión y la intervención**. Buenos Aires: VCR Impresores S.A., 2014.
- PETROZZIELLO, Allison J. **Género en marcha: trabajando el nexo migración – desarrollo desde una perspectiva de género**. República Dominicana: Onu Mujeres, 2013.
- PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Estrategia de Igualdad de Género del PNUD 2014-2017 – el futuro que queremos: derechos y empoderamiento**. 2014. Disponível em: <http://www.undp.org/content/undp/es/home/librarypage/womens-empowerment/gender-equality-strategy-2014-2017/>. Acesso em: 22 set. 2017.
- \_\_\_\_\_. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Relatório de Desenvolvimento Humano 2009 – Ultrapassar Barreiras: Mobilidade e desenvolvimento humanos**. 2009. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2009-portuguese-summary.pdf>. Acesso em: 22 set. 2017.
- RIBEIRO, Jullyane C. Articulações de gênero, práticas de controle migratório e produção da vítima humanitária na gestão do refúgio. **Cadernos OBMigra**. V. 2, N. 2, 2016. Disponível em:

<[http://periodicos.unb.br/index.php/obmigra\\_periplos/article/view/21248/18256](http://periodicos.unb.br/index.php/obmigra_periplos/article/view/21248/18256)>. Acesso em: 22 set. 2017.

RIOS, Roger R.; SILVA, Rodrigo da. Discriminação múltipla e discriminação interseccional: aportes do feminismo negro e do direito da antidiscriminação. **Revista Brasileira de Ciência Política**. N. 16, 2015. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/rbcp/article/view/15302>>. Acesso em: 30 ago. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/0103-335220151602>.

ROSAS, Carolina. **Implicaciones mutuas entre el género y la migración: mujeres y varones peruanos arribados a Buenos Aires entre 1990 y 2003**. Buenos Aires: Eudeba, 2015.

SCHOUTEN, Maria J. **Uma sociologia do género**. Portugal: Húmus, 2011.

SCHPUN, Mônica R. (org.). **Masculinidades**. São Paulo: Boitempo Editorial; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

SCOTT, Joan. Género: uma categoria útil de análise histórica. Tradução: Guacira Lopes Louro. **Educação & Realidade**. Vol. 20 (2), jul./dez. 1995, p. 71-99.

SUDART, Heloneida. **Mulher objeto de cama e mesa**. 17ª edição. Rio de Janeiro: Vozes, 1987.

UN WOMEN. **Progress of the World's Women 2015-2016: Transforming Economies, Realizing Rights**. Publicado em 2015. Disponível em: <http://progress.unwomen.org/en/2015/>. Acesso em 20 set. 2017.

UNHCR. The UN Refugee Agency. **Global Trends Forced Displacement in 2016**. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/globaltrends2016/>>. Acesso em: 01 ago. 2017.

**Submetido em: 23 nov. 2017. Aceito em: 28 jun. 2018.**





## O HOLOCAUSTO BRASILEIRO\* E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM RELAÇÃO AO DIREITO À SAÚDE E A PRESTAÇÃO DE REMÉDIOS AOS DOENTES PSIQUIÁTRICOS

*Angélica Ferreira Rosa\**  
*Elimar Szaniawski\**

### Resumo

O presente trabalho visa abordar os problemas relacionados ao dever do Estado em assegurar a efetiva prestação de medicamentos aos doentes psiquiátricos. O estudo do tema é relevante não somente para a comunidade científica, mas para a sociedade de um modo geral, uma vez que o Direito à saúde trata-se de um direito fundamental. Além disso, a análise acerca do assunto é complexa, tendo em vista que há uma evidente estigmatização do termo “doente mental”, o qual é utilizado por falta de outro que possa melhor exprimir a existência de eventual sofrimento do indivíduo, e que muitas vezes acaba sendo tratado como uma doença mental. Segundo a Organização Mundial de Saúde, estima-se que 700 milhões de pessoas sofram de alguma doença mental, ocasião em se observa a ineficiência do tratamento médico dispensado à estes indivíduos que ao serem encaminhados à clínicas de tratamento, além de não possuírem uma assistência plena do Estado, no sentido de garantir a prestação de medicamentos ou outros materiais, ainda são submetidos a procedimentos degradantes, violentos e mui-

---

O título do trabalho faz alusão à: TARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro**. 1 ed. São Paulo: Geração Editorial, 2013. Vide documentário Hospital Psiquiátrico de Barbacena, em Minas Gerais. Disponível: <<https://www.youtube.com/watch?v=CVMGZqV2cP4>> Acesso: 16 out. 2017.

\* Doutorado em andamento na Universidade Federal do Paraná 2016 na área de concentração Relações Sociais, linha de pesquisa Novos Paradigmas do Direito e orientação do Doutor Elimar Szaniawski. Mestrado concluído na qualidade de bolsista na área dos Direitos de Personalidade, na linha de pesquisa Instrumentos de Efetivação dos Direitos da Personalidade pelo Centro Universitário de Maringá-Unicesumar. Graduada pela Universidade Estadual de Maringá. Participa e organiza constantemente de eventos, congressos, palestras e simpósios e desenvolve projetos nas áreas Direito da Família, Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Processual Civil, com ênfase nos Direitos de Personalidade. Professora da Faculdade Campo Real na cidade de Guarapuava-Paraná. É advogada inscrita nos quadros da OAB 71475 Pr. Advogada dativa da Comissão de ética da subseção de Maringá-Pr. Jurada do Tribunal do Júri de Maringá-Pr. Parecerista da Revista Actio- Faculdades Maringá e da Revista Jurídica da UFRGS. Membro do Núcleo De Estudos Em Direito Civil Constitucional “Projeto De Pesquisa Virada De Copérnico”.

\* Doutor em Direito, pela Universidade Federal do Paraná (1997); Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1989); Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1974); Conselheiro consultivo editorial - Revista Jurídica Mater Dei. Ex-membro do Conselho da Editora Universidade Federal do Paraná. Associado do Instituto dos Advogados do Paraná- IAP e do Instituto Brasileiro de Direito Civil- IBDCIVIL. Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito- Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná e professor pesquisador no Programa de Pós-graduação em Direito, da UFPR. Ex-Chefe do Departamento de Direito Civil e Processual Civil, da Faculdade de Direito- Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Membro do Núcleo de Estudos em Direito Civil Constitucional, (Projeto Virada de Copérnico); Membro do Núcleo de Pesquisas em Direitos Humanos, da Universidade Federal do Paraná e Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito-CONPEDI. Advogado - ADVOCACIA ELIMAR SZANIAWSKI. Tem experiência na área de Advocacia, com ênfase em Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: direito imobiliário, responsabilidade civil, direito de família, dano moral, direitos de personalidade e biodireito.

tas vezes abusivos, afrontando de maneira direta o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Para tanto, a pesquisa tem como método de investigação o bibliográfico que consiste na consulta de obras, artigos de periódicos, documentos eletrônicos, bem como da legislação pertinente que trata do tema.

#### **Palavras-chave**

Estado; Direito à Saúde; Prestação dos Remédios; Doenças Mentais.

### **THE BRAZILIAN HOLOCAUST AND THE RESPONSIBILITY OF THE STATE WITH REGARD TO THE RIGHT TO HEALTH AND THE PROVISION OF REMEDIES TO PSYCHIATRICS**

#### **Abstract**

This paper aims to address the problems related to the duty of the State to ensure the effective provision of medicines to psychiatric patients. The study of the theme is relevant not only to the scientific community, but to society in general, since the right to health is a fundamental right. In addition, the analysis on the subject is complex, since there is an evident stigmatization of the term “mentally ill”, which is used for lack of another one that can better express the existence of eventual suffering of the individual, and that often ends up being treated as a mental illness. According to the World Health Organization, it is estimated that 700 million people suffer from some mental illness, in which case the inefficiency of the medical treatment given to these individuals when they are referred to the treatment clinics, besides not having a full assistance of the State, in order to guarantee the provision of medicines or other materials, are still subjected to degrading, violent and often abusive procedures, directly confronting the Principle of the Dignity of the Human Person. To do so, the research has as a method of investigation the bibliographical one that consists of the consultation of works, articles of periodicals, electronic documents, as well as of the pertinent legislation that deals with the subject.

#### **Keywords:**

State; Right to health; Provision of Remedies; Mental illness.

## **1 INTRODUÇÃO**

No ano de 2014, a Organização Mundial de saúde, retratou a deficiência de alguns países em realizar progressos na elaboração de políticas públicas direcionadas à saúde mental, isso porque atualmente há uma média de um trabalhador de saúde mental para cada 10 mil pessoas, evidenciando assim, uma situação preocupante. Esta situação ocorre principalmente pela falta de investimento nesta área.

O assunto traz uma carga de complexidade, isso porque a terminologia “doente mental”, muitas vezes acaba sendo utilizada erroneamente a fim de transmitir a ideia de sofrimento psíquico do sujeito. Ressalta-se que as doenças psíquicas possuem inúmeras causas, as quais são amplamente discutidas por especialistas do assunto.

A Associação Americana de Psiquiatria responsável pelo Manual de Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais-DSM, apresenta a classificação dos transtornos considerados doenças mentais. Em relação às doenças mentais, o presente trabalho não visa esgotar o assunto, ou ainda tratar de maneira aprofundada das doenças psiquiátricas, mas analisar o papel do Estado em promover e assegurar o Direito à saúde, por meio da prestação de medicamentos.

A relevância da temática é fundamentalmente de cunho social, pois historicamente há inúmeros registros de dados de pessoas excluídas do convívio com as de-

mais, por serem consideradas pela sociedade como anormais, já que a coletividade entendia que eles colocariam em risco os cidadãos; além de que a própria presença dos doentes mentais representava um mal-estar em relação ao próprio desfalecimento da condição humana.

As pessoas que apresentam patologias mentais estão em situação de vulnerabilidade. Tal posição remete à necessária dispensabilidade do Direito à Saúde e da prestação dos remédios por parte do Estado para que essas pessoas possam ter uma qualidade digna de vida. Isso poderá ser observado por meio da análise das informações dispostas no presente artigo, a começar pela obra o *Holocausto Brasileiro*, que demonstra a situação desumana com que essas pessoas foram tratadas e como historicamente são tratados os considerados loucos.

Saliente-se que o artigo 196 da Constituição Federal de 1988, preconiza que a saúde trata-se de um direito de todos, incluindo-se aqui aqueles indivíduos que padecem de moléstias mentais, ou seja, trata-se de um direito fundamental que deve ser assegurado pelo Estado por meio de políticas públicas sociais e econômicas, que possuam o objetivo de prevenção de doenças. Além disso, é dever do Estado buscar meios de facilitar o acesso universal e igualitário à saúde, consolidando assim, o disposto no artigo 6º da Constituição Federal.

Há que ser garantido o acesso universal para assegurar a todas as pessoas o ingresso aos serviços de saúde com igualdade de oportunidades de tratamentos. Em relação ao tratamento igualitário à saúde, independentemente da situação econômica da pessoa, deve-se também ocorrer a prestação dos remédios, de forma a estender a interpretação destas garantias, o que não se observa na prática pelo fato de existirem milhares de demandas em que o objeto de litígio é o Direito à Saúde. Evidentemente, ainda que o Estado necessite obedecer ao princípio da universalidade, é imprescindível que atue de acordo com a reserva do possível, por isso, a estipulação do planejamento de despesas e receitas é essencial no estabelecimento das políticas públicas.

A pesquisa em apreço será desenvolvida por meio do método bibliográfico que consiste na pesquisa em livros, artigos de periódicos, documentos eletrônicos e legislação pertinente ao tema.

## 2 O HOLOCAUSTO BRASILEIRO<sup>1</sup>: DOS DOENTES PSIQUIÁTRICOS NO BRASIL

O presente artigo tratará do direito à saúde e da prestação de remédios para doentes psiquiátricos como dever do Estado, assim, é indispensável analisar historicamente estas pessoas a fim de identificá-las, e compreender a forma como são tratadas. Isso porque nota-se uma grande dificuldade para inserção deste grupo ao convívio social o que conseqüentemente reflete na concretização do direito à saúde e na prestação de remédios a eles pelo Estado. Desse modo, no presente capítulo optou-se pela abordagem do livro o “*Holocausto Brasileiro*” da autora jornalista Daniela Arbex e do

---

<sup>1</sup> No presente capítulo serão utilizados os dados do Jornalista Hiram Firmino (documentário que consta no Youtube) e da Jornalista Daniela Arbex que registrou no livro **Holocausto Brasileiro** imagens e dados da situação indigna que essas pessoas viveram durante décadas.

documentário que apresenta a mesma nomenclatura e encontra-se disponível no site Youtube, o qual teve como produtor o jornalista Hiram Firmino.

O “Holocausto Brasileiro” é o nome dado ao livro da jornalista Daniela Arbex<sup>2</sup> que remonta o pior desastre em um hospital psiquiátrico no Brasil, situado na cidade de Barbacena – MG. Começou a funcionar em 1903 e foi considerado o maior hospício do Brasil chamado de Hospital Colônia<sup>3</sup>. Este hospital tornou-se o local da morte de aproximadamente de sessenta mil<sup>4</sup> pessoas, sendo que atualmente continua funcionando, como Centro Hospitalar Psiquiátrico de Barbacena, e conta com 149<sup>5</sup> pacientes em regime de internação de longa permanência.

Dos sessenta mil mortos, estima-se que os corpos de 1.853 foram vendidos para 17 faculdades de medicina até o início dos anos 1980. Esse comércio apresentava a comercialização de peças anatômicas, como fígado e coração, além de esqueletos<sup>6</sup>.

Os doentes psiquiátricos sempre foram considerados como loucos ao longo da história; a eles só restavam internações em manicômios, uma forma de retirar essas pessoas do convívio social e mantê-las longe até o seu falecimento<sup>7</sup>. É importante salientar que não eram somente os “loucos” que ficavam internados, mas também os indesejáveis, ou seja, pessoas que apesar de não apresentarem nenhuma enfermidade, ainda assim eram enviadas aos manicômios.

Cerca de 70% destes indivíduos não apresentavam o diagnóstico de doença mental<sup>8</sup>; eram os mendigos, negros, pobres, mães solteiras, militantes políticos, alcoólatras, homossexuais, prostitutas, moças que eram estupradas pelos patrões e engravidavam, esposas que eram enviadas para que seus maridos ficassem sozinhos e se envolvessem com outras mulheres; também eram confinadas as filhas de fazendeiros,

<sup>2</sup> ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

<sup>3</sup> O primeiro hospital psiquiátrico de Minas foi criado em 1903, como Assistência aos Alienados do Estado de Minas Gerais, onde antes funcionava um Sanatório particular para tratamento de tuberculose, o qual havia falido e estava desativado. Instalado então, nas dependências do antigo Sanatório de Barbacena, o hospício, segundo registros históricos, está situado nas terras da antiga Fazenda da Caveira cujo proprietário era Joaquim Silvério dos Reis, conhecido na história mineira como o delator do movimento dos Inconfidentes. Assim, entrava em funcionamento o Hospício de Barbacena, depois chamado de Hospital Colônia de Barbacena. Sua capacidade inicial era de 200 (duzentos) leitos. Em seguida, o hospital passou a ser chamado de Centro Hospitalar Psiquiátrico de Barbacena, uma Unidade da antiga Fundação Estadual de Assistência Psiquiátrica – FEAP, a qual passa a pertencer à Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais – FHEMIG, fundada pela Lei Estadual 7.088 de 03/10/77, resultado da união de 03 (três) Fundações Estaduais de Assistência à Saúde, entre elas a FEAP (atendimento psiquiátrico). Logo, caracterizada sua natureza pública, uma vez que fundação vinculada à Secretaria de Estado de Saúde do Estado de Minas Gerais (SES). Trecho que explica a natureza jurídica da colônia foi retirado do artigo de Wallace Feijó Costa intitulado Responsabilidade do Estado em face de políticas públicas ofensivas aos direitos fundamentais: internação de pacientes com transtornos mentais. Publicado na **Revista da Defensoria Pública da União**, Brasília-DF, n. 7, jan. dez. 2014, p.295. Disponível: <<http://revistadapu.dpu.def.br/index.php/dpu/article/view/50/46>> Acesso: 12 out. 2017.

<sup>4</sup> NOTÍCIA. Disponível: <<http://www.ebc.com.br/cidadania/2015/08/mais-de-60-mil-pessoas-morreram-no-maior-manicomio-do-brasil>> Acesso: 05 out. 2017.

<sup>5</sup> NOTÍCIA. Disponível: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/02/1860876-sob-protestos-mg-tenta-acabar-com-manicomio-que-ja-foi-o-maior-do-brasil.shtml>> Acesso: 05 out. 2017.

<sup>6</sup> NOTÍCIA. Disponível: <<http://www.conteudoseducar.com.br/conteudos/arquivos/3319.pdf>> Acesso: 11 out. 2017.

<sup>7</sup> O livro *A História da Loucura na Idade Clássica* de Michel Foucault faz uma análise histórica, no contexto social e econômico da loucura.

<sup>8</sup> TOLENTINO, Zelma Tomaz; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. Um trem de doido: o holocausto brasileiro sob a perspectiva dos Direitos Humanos. Disponível: <[https://www.google.com.br/search?q=Tolentino,+Zelma+Tomaz%3B+Oliveira,+Liziane+Paix%C3%A3o+Silva.+Um+trem+de+doido:+o+holocausto+brasileiro+sob+a+perspectiva&gws\\_rd=cr&dcr=0&ei=3DT1WY6rK8SewATsioTwBw#>](https://www.google.com.br/search?q=Tolentino,+Zelma+Tomaz%3B+Oliveira,+Liziane+Paix%C3%A3o+Silva.+Um+trem+de+doido:+o+holocausto+brasileiro+sob+a+perspectiva&gws_rd=cr&dcr=0&ei=3DT1WY6rK8SewATsioTwBw#>)> Acesso: 29 out. 2017.

as quais perderam a virgindade antes do casamento, pessoas que não tinham documentos ou os havia extraviado, filhos e filhas que apresentavam vícios ou sofriam abusos psicológicos e físicos, inclusive incestos, ou seja, todos aqueles que eram considerados indesejáveis.<sup>9</sup>

Na época, as pessoas que se encontravam alojadas no hospital psiquiátrico de Barbacena eram submetidas às condições sub-humanas, uma vez que, não raramente comiam ratos, fezes, bebiam urina e a própria água do esgoto; dormiam sobre capim, eram espancados e violados (estupros, choques elétricos), saíam ao relento nus ou cobertos de trapos<sup>10</sup>. Em um ambiente com esse nível indigno de vida, os que estavam lá e não apresentavam quaisquer patologias psíquicas, sem sombra de dúvidas, adoeceram e aqueles que apresentavam alguns distúrbios, pioraram. Ressalta-se que crianças também estavam inseridas nesse ambiente.<sup>11</sup>

O hospital psiquiátrico recebia, dentre outros apoios, o da Igreja Católica<sup>12</sup>. Desde o século XX, essas pessoas eram internadas como pacientes, mesmo que não houvesse critérios médicos para tal. Em 1930, evidenciou-se a superlotação, já que muitos desses pacientes chegavam ao hospício de trem, que era conhecido como 'trem de doido'<sup>13</sup>. Também vinham viaturas da polícia ou de ônibus. Na década de 1980, dezoito dos vinte e cinco hospitais psiquiátricos de Minas Gerais se encontravam em Barbacena<sup>14</sup>; dos sobreviventes restaram 200.<sup>15</sup>

Os fatos narrados pelo documentário são atuais, afinal, há denúncias de outros hospitais psiquiátricos em outras regiões do Brasil que continuaram tratando seus pacientes de forma similar, em uma afronta direta à dignidade da pessoa humana, como exemplo, o Hospital Psiquiátrico Vera Cruz de Sorocaba, São Paulo que, em 2013, foi o local escolhido por uma equipe televisiva<sup>16</sup> para gravar a realidade dos inúmeros abusos e maus-tratos praticados contra os pacientes internados.

Por existir uma superlotação nestes hospitais, as pessoas que dependiam deste local para sobreviver eram negligenciadas tanto por parte dos funcionários, quando por parte do Estado que deixava de assegurar o Direito à Saúde, bem como as condições mínimas para uma vida digna, tais como: ambiente salubre, alimentação básica, roupas e materiais de higiene, e principalmente medicamentos para a manutenção da saúde mental, garantidas constitucionalmente por meio do artigo 1º, inciso III que consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o caput do art.

<sup>9</sup> ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Geração Editorial, 2013. p. 13-14.

<sup>10</sup> ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Geração Editorial, 2013. p. 14.

<sup>11</sup> VASCONCELLOS, Karina Menezes; JÚNIOR PERNISA, Carlos. Holocausto Brasileiro: uma análise crítica da narrativa jornalística. Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação. **XXI Congresso de Ciências da Comunicação na Região Sudeste** – Salto - SP – 17 a 19 jun. 2016. p.2.

<sup>12</sup> ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Geração Editorial, 2013. p. 24.

<sup>13</sup> SILVA, Leny Pereira da. Direito à saúde e o princípio da reserva do possível. **Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público**, no Curso de Pós Graduação Lato Sensu, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. p. 9. Disponível: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO\\_A\\_SAUDE\\_p\\_or\\_Leny.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_p_or_Leny.pdf)> Acesso: 02 out. 2017.

<sup>14</sup> PERON, Paula Regina. A trágica história do hospital psiquiátrico de Colônia. **Psic. Rev. São Paulo**, volume 22, n.2, 261-267, 2013. p. 261-267.

<sup>15</sup> PERON, Paula Regina. A trágica história do hospital psiquiátrico de Colônia. **Psic. Rev. São Paulo**, volume 22, n.2, 261-267, 2013. p. 261-267.

<sup>16</sup> NOTÍCIA. Disponível: <<http://www.sbt.com.br/jornalismo/conexaoreporter/noticias/34/10801/Cabrini-entrevista-mae-de-paciente-que-morreu-em-polemico-hospital-psiquiatrico.html>> Acesso: 30 out. 2017.

5º, garante ainda a igualdade<sup>17</sup>, dessa maneira, o princípio constitucional é regra de aplicação para a inclusão social<sup>18</sup>, insere essas pessoas no ordenamento jurídico brasileiro como forma de garantir o cumprimento de seus direitos.

### 3 O DIREITO À SAÚDE E A PRESTAÇÃO DOS REMÉDIOS SÃO GARANTIAS CONSTITUCIONAIS?

No capítulo anterior procurou-se evidenciar que os doentes mentais, por pertencerem a um determinado grupo de vulneráveis, precisam da concessão do direito à saúde e da prestação de remédios, mas resta estabelecer se tais obrigações são de fato, garantias constitucionais; para isso, será analisado o significado do termo saúde, bem como seus desdobramentos.

O significado do termo saúde trata-se de uma construção oriunda da concepção dos povos primitivos, ligada a uma explicação de que a doença adviria da atuação de demônios e de espíritos malignos<sup>19</sup>. Hipócrates, filósofo Grego do século IV a. C., afirmava que havia na saúde de cada um, influências que viriam da cidade e do tipo de vida dos seus habitantes<sup>20</sup>. Desse modo, continuou na medicina a destacar essas situações externas como interferência em relação à saúde das pessoas. No mesmo sentido, Engels<sup>21</sup>, no século XVIII, evoluiu no sentido de conceituar a saúde como sendo a ausência de doenças.

No século XVII, Descarte<sup>22</sup> estudou o corpo humano como uma máquina e defendeu que este seria por si só, a “causa da conservação da saúde”. Com o sistema Liberal burguês do século XVIII, tem-se que o Poder Público passou a ser responsável pela proteção à saúde<sup>23</sup>, porque a Revolução Industrial e a urbanização ensejaram si-

---

<sup>17</sup> Art.5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

<sup>18</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas com deficiência**. 4 ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1997. 122 p.

<sup>19</sup> MACHADO, Márcio Villela. **Direito à saúde no Brasil: dos excessos verificados e da necessidade de estabelecimento de limites às prestações materiais do estado. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito da PUC-RJ**. Disponível: <[https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/17126/17126\\_4.PDF](https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/17126/17126_4.PDF)> Acesso: 02 out. 2017. p.36.

<sup>20</sup> SILVA, Leny Pereira da. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível. Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público**, no Curso de Pós Graduação Lato Sensu, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. p. 9. Disponível: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO\\_A\\_SAUDE\\_por\\_Leny.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf)> Acesso: 02 out. 2017. p.9.

<sup>21</sup> ENGELS, Friedrich. **A situação da classe trabalhadora na Inglaterra: segundo as observações do autor e fontes autênticas**. Trad. B. A. Schumann. Supervisão, apresentação e notas José Paulo Netto. São Paulo: Boitempo, 2010.

<sup>22</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. **O Direito à Saúde. Rev. Saúde Pública de São Paulo**. V.22. n.1 Feb. 1988. p. 58. Disponível: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89101988000100008](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101988000100008)> Acesso: 02 out. 2017.

<sup>23</sup> MACHADO, Márcio Villela. **Direito à saúde no Brasil: dos excessos verificados e da necessidade de estabelecimento de limites às prestações materiais do estado. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito da PUC-RJ**. Disponível: <[https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/17126/17126\\_4.PDF](https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/17126/17126_4.PDF)> Acesso: 02 out. 2017. p.36.

tuações piores aos trabalhadores com a precarização da saúde deles. No período do século XIX, houve o enaltecimento do caráter mecanicista da doença<sup>24</sup>.

Hodiernamente a saúde é considerada como um direito humano<sup>25</sup> e também um direito fundamental<sup>26</sup> positivado pelo Estado<sup>27</sup>. Além disso, desde 1946, a Comissão da Organização Mundial de Saúde, reconhece a saúde como direito fundamental do homem e determina aos Estados uma série de medidas para sua efetivação. Dois anos depois, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabeleceu diretrizes para a proteção internacional ao direito humano à saúde, as quais foram complementadas pelo Pacto Internacional Dos Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais- PIDESC, instrumento formulado pelas Nações Unidas em 1966, ratificado por mais de 150 nações, dentre elas, o Brasil. Nele, o direito à saúde é formulado, de acordo com o art. 12, como direito “de toda pessoa desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”.

No Brasil, a garantia e proteção do direito à saúde ficava restrita a normas esparsas<sup>28</sup>:

A proteção do direito à saúde ficava restrita a algumas normas esparsas, tais como a garantia de “socorros públicos” (Constituição de 1824, art. 179, XXXI) ou a garantia de inviolabilidade do direito à subsistência (Constituição de 1934, art. 113, caput). *Em geral, contudo, a tutela (constitucional) da saúde se dava de modo indireto, no âmbito tanto das normas de definição de competências entre os entes da Federação, em termos legislativos e executivos* (Constituição de 1934, art. 5º, XIX, “c”, e art. 10, II; Constituição de 1937, art. 16, XXVII, e art. 18, “c” e “e”; Constituição de 1946, art. 5º, XV, “b” e art. 6º; Constituição de 1967, art. 8º, XIV e XVII, “c”, e art. 8º, § 2º, depois transformado em parágrafo único pela Emenda Constitucional nº 01/1969), *quanto das normas sobre a proteção à saúde do trabalhador e das disposições versando sobre a garantia de assistência social* (Constituição de 1934, art. 121, § 1º, “h”, e art. 138; Constituição de 1937, art. 127 e art. 137, item 1; Constituição de 1946, art. 157, XIV; Constituição de 1967, art. 165, IX e XV). *Grifos nossos.*

O Direito à Saúde foi estipulado na Constituição de 1824, que trouxe a garantia dos “socorros públicos”<sup>29</sup>, os quais estabeleceram a tutela constitucional da saúde de

<sup>24</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. O Direito à Saúde. **Rev. Saúde Pública de São Paulo**. V.22. n.1 Feb. 1988. p. 58. Disponível: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89101988000100008](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101988000100008)> Acesso: 02 out. 2017.

<sup>25</sup> A assertiva pode ser interpretada do entendimento dos doutrinadores Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 27.

<sup>26</sup> Desafios dos Direitos Humanos no Brasil e a experiência das Relatorias Nacionais em Dhesca. In: *Informe 2007-2009*. Curitiba, 2009. p. 89.

<sup>27</sup> MAX WEBER quanto a este ponto: o Estado é uma empresa política de carácter institucional que possui o monopólio do uso legítimo da força física dentro de determinado território. Tal como as empresas políticas que o precederam, o Estado reconduz-se a uma relação de homens dominando homens, relação essa que é mantida pela violência considerada legítima. Mas a diferença específica do “grande Estado moderno” relativamente a fórmulas precedentes é a de depender tecnicamente, de forma absoluta, da sua base burocrática. Daí a insistência de WEBER na análise da burocracia estadual. In: CANOTILHO, 1993, p. 41.

<sup>28</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988**. p. 2. Disponível: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O\\_direito\\_a\\_saude\\_nos\\_20\\_anos\\_da\\_CF\\_coletanea\\_TAnia\\_10\\_04\\_09.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf)> Acesso: 02 de out. 2017.

modo indireto, tanto em relação as normas de definição de competências entre os entes da Federação no âmbito legislativo e executivo, quanto das normas em relação à proteção à saúde do trabalhador e das disposições que tratam das garantias da assistência social desde a Constituição de 1934.

Assim, pode-se inferir que o direito à saúde foi construído ao longo dos anos. Entretanto, no Brasil, com a outorga da Constituição de 1937, por Getúlio Vargas, observou-se um retrocesso no que se refere à implementação de políticas públicas, o que culminou em uma descentralização dos serviços de saúde<sup>30</sup>.

No Brasil, foi somente com a Constituição Federal de 1988 que o Direito à Saúde foi consagrado como direito fundamental<sup>31</sup>, nos artigos 6º e 196 a 200<sup>32</sup>. Já os artigos 196 ao 201 estipulam a estrutura política complexa e abrangente para o sistema de saúde brasileiro, a qual consta a organização do Sistema Único de Saúde (SUS), que integra a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal<sup>33</sup>.

A Constituição estabeleceu no art. 6º que o direito à saúde é um direito social, o que significa que ele integra a terceira dimensão dos direitos fundamentais, que marcou a evolução do Estado de Direito de inspiração liberal-burguesa para o Estado Social ou Estado Social de Direito<sup>34</sup>. No art. 196, o mesmo diploma positivou que o direito à saúde é de todos e é dever do Estado. Esse raciocínio será melhor desenvolvido no próximo item, assim como o art. 200 que estipula algumas das atribuições que correspondem ao Sistema Único de Saúde, dentre as quais a participação na produção de medicamentos.

O Sistema Único de Saúde – SUS<sup>35</sup> surgiu por meio da criação das Leis Federais n. 8.080/1990 e 8.142/1990, cujo fundamento é a consecução dos princípios do acesso

---

<sup>29</sup> Segundo Simone Elias de Souza, na Constituição de 1924, art. 179, parágrafo 31, a Constituição também garante os socorros públicos; sem mais explicações do que se tratavam esses socorros, como deveriam ser distribuídos ou a quem cabia sua realização.

<sup>30</sup> LUCENA, Cíntia. **Direito à saúde no constitucionalismo contemporâneo**. O direito à vida. Cármen Lúcia Antunes Rocha (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 254.

<sup>31</sup> Entendimento da interpretação dos artigos 6º, 196 e 200, CF/88. Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Art. 196 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Art. 200 Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

<sup>32</sup> LUCENA, Cíntia. **Direito à saúde no constitucionalismo contemporâneo**. O direito à vida. Cármen Lúcia Antunes Rocha (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 89.

<sup>33</sup> BADIM, Marques, Sílvia; GANDOLFI, Dallari, Sueli. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. **Revista de Saúde Pública**. v. 41, n. 1, febrero, 2007. p. 3.

<sup>34</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Instituto de Brasileiro de Direito Público**. n. 11, set. out. 2007. Bahia. p. 7 Disponível: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31953-37383-1-PB.pdf>> Acesso: 15 out. 2017.p. 7.

<sup>35</sup> LIMA, Vanessa Batista Oliveira; BRANCO NETO, Jofre do Rêgo Castello. Reforma psiquiátrica e políticas públicas de saúde mental no brasil: resgate da cidadania das pessoas portadoras de transtornos mentais. Disponível:

universal, público e gratuito. Visa ainda, integralizar de forma equitativa e descentralizar os recursos de saúde e do controle social exercido pelos Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional de Saúde que representam os doentes mentais.

O art. 227 da Constituição Federal de 1988 aponta dois aspectos primordiais em relação à proteção da pessoa com deficiência<sup>36</sup>, o primeiro remonta à preocupação do constituinte com os objetivos do Estado para amparar todas as pessoas com deficiência, como parâmetro de atuação ao legislador infraconstitucional e pelo administrador, bem como, programas de prevenção e atendimento especializado. Também o treinamento para o trabalho, a facilitação de bens e serviços coletivos e a eliminação de preconceitos e de obstáculos arquitetônicos (eliminação das barreiras arquitetônicas e da adaptação de veículos de transporte coletivo), mas evidentemente que, para tal, a ação Política do Legislativo em lei ordinária é indispensável.

#### 4 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E DA PRESTAÇÃO DOS REMÉDIOS

A Constituição Federal de 1988 foi a responsável por alterar a forma de prestação do direito à saúde no Brasil, afinal, por meio dela, o ordenamento jurídico passou a estabelecê-lo como direito universal. Além disso, a competência de atuação que antes era somente da União passou a ser de responsabilidade de todas as esferas de governo, a fim de prestar assessoria ao trabalhador que fosse segurado e a gestão participativa passou a ser relevante inovação e como comando e fundos financeiros únicos para cada esfera de governo<sup>37</sup>.

O direito à saúde configura-se como sendo um direito fundamental. Conceito que foi ampliado e vinculado às políticas sociais e econômicas, as quais, para emprego, é indispensável a realização de planejamentos e levantamentos que garantam a universalidade de assistência, para que, assim, possam ser efetivadas. Esse direito é intrinsecamente ligado ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Desse modo, a assistência deve ser concedida de forma integral, ou seja, tanto de forma preventiva quanto curativa; isso inclui a prestação de medicamentos como forma de garantia do direito à saúde que pode acarretar prejuízos à integridade física da pessoa<sup>38</sup>.

O art. 196 da Constituição Federal de 1988 preconiza que a saúde é direito de todos e dever do Estado e o art. 200 estabelece que o Sistema Único de Saúde tem como uma de suas atribuições controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde, bem como participar da produção de medicamentos,

---

<[http://www.uni7setembro.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic2/vi\\_encontro/REFORMA\\_PSIQU\\_IATRICA\\_E\\_POLITICAS\\_PUBLICAS\\_DE\\_SAUDE\\_MENTAL\\_NO\\_BRASIL.pdf](http://www.uni7setembro.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic2/vi_encontro/REFORMA_PSIQU_IATRICA_E_POLITICAS_PUBLICAS_DE_SAUDE_MENTAL_NO_BRASIL.pdf)> Acesso: 30 out. 2017.

<sup>36</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas com deficiência**. 4 ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1997. 122 p.

<sup>37</sup> PAULUS JÚNIOR, Aylton; CORDONI JÚNIOR, Luiz. Políticas públicas de saúde no Brasil. **Revista Espaço para a Saúde**. Londrina, v.8, n.1, p.13-19, dez.2006. p.17.

<sup>38</sup> BRAZ, Kalini Vasconcelos; MONTENEGRO, Sandra. Efetivação do Direito à Saúde e Concessão de Medicamentos via Ação Judicial. **PUBLICAÇÕES ESCOLA AGU**. Temas de Direito e saúde. Coleção de artigos. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Juliana Sahione Mayrink Neiva. Brasília: Advocacia Geral da União, 2010. p. 50.

equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; ou seja, o Estado é o responsável pelo direito à saúde e à prestação de medicamentos.

O grande volume de processos no Poder Judiciário que apresentam o direito à saúde como pretensão, de acordo com as estatísticas do Conselho Nacional de Justiça, cria um fenômeno social que passou a ser conhecido como judicialização da saúde. Esse crescimento evidencia a fragilidade de políticas públicas na área de saúde e a inércia do poder legislativo em solucionar as demandas da população<sup>39</sup>.

Para que haja respaldo financeiro suficiente, o Estado precisa lidar com a sua função alocativa em relação ao orçamento, pois os recursos são finitos, ao contrário das demandas que aumentam a cada dia. Ressalta-se que visando manter o equilíbrio entre as receitas e despesas é necessário que o gestor realize uma minuciosa análise, sempre levando em consideração que o princípio da universalidade se sobrepõe ao da seletividade. A seletividade é fator de contribuição à desigualdade na justiça brasileira, alguns setores sociais simplesmente não conseguem acesso aos tribunais, pois há certas barreiras como as educacionais, as financeiras, de meio e as de *Status* social<sup>40</sup>.

O Estado não pode atender integralmente ao princípio da Universalidade, isso porque deve se pautar de acordo com o limite da reserva do possível; deve ponderá-lo, cabendo ao Poder Público estabelecer parâmetros para a prestação da saúde que entrelacem o financiamento trino (União, Estados e Municípios) à legislação infra-constitucional para que se estipule o município como ente responsável pela execução das ações e serviços públicos de saúde<sup>41</sup>.

Ainda persiste o problema de tratamento em relação aos pacientes dos hospitais psiquiátricos, como se pode observar das inúmeras denúncias, entre elas, as midiáticas<sup>42</sup>. Sendo assim, pode-se afirmar que os problemas se desdobram em duas frentes, uma mais técnica em relação às práticas de cuidado gerenciados em rede e outra, em relação à cultura. Contudo, é evidente que se trata da mesma questão de fundo que é o pertencimento social do “louco”. Desse modo, muitos psiquiatras defendem que é necessário haver uma reforma em relação às práticas de cuidado destinadas aos doentes mentais, visando sua manutenção e integração na sociedade, possibilitando ao mesmo que, mediante os constrangimentos impostos por sua condição psíquica, possa ainda exercer-se como sujeito<sup>43</sup>.

Com base em todo o contexto elencado, pode-se afirmar que se a reforma psiquiátrica busca alterar o paradigma da institucionalização dos pacientes, com base na Lei Federal nº. 10.216/2001, que visa a extinção dos manicômios, a criação de serviços substitutivos na comunidade e a regulação da internação psiquiátrica compulsória, e a

---

<sup>39</sup> BRAUNER, Maria Claudia Crespo; FURLAN, Karina Morgana. O crescente processo de medicalização da vida: entre a judicialização da saúde e o novo modelo biomédico. **Direitos humanos, saúde e medicina: uma perspectiva internacional**. Rio Grande do Sul: FURG, 2013. p. 103.

<sup>40</sup> OLIVEIRA, José Sebastião de; ROSA, Angélica Ferreira Rosa. O acesso à justiça :realidade ou ficção, neste início de século XXI?. **Revista Jurídica Unicesumar**. V. 16. N. 2. Maio/ago 2016. p. 563-584.

<sup>41</sup> CASTRO, Sebastião Helvecio de Castro. Judicialização da Saúde. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte. Edição especial p. 130-134. 2016. p. 132.

<sup>42</sup> Dentre tantas denúncias, destaca-se o trabalho do Conexão Repórter em relação ao Hospital Psiquiátrico Vera Cruz, em São Paulo, na cidade de Sorocaba. Disponível: <<https://www.youtube.com/watch?v=XuXuXIrCq5s>> Acesso: 16 out. 2017.

<sup>43</sup> TENÓRIO, Fernando. A reforma psiquiátrica brasileira, da década de 1980 aos dias atuais: história e conceitos. **História, Ciências, Saúde. Manguinhos**. Rio de Janeiro, vol. 9(1):25-59, jan.-abr. 2002. p. 25-59.

Lei Federal nº. 10.708/2003 (Programa De Volta para Casa) que incentiva a saída de pacientes com longo tempo de internação dos manicômios para a família ou comunidade<sup>44</sup>. Há portarias importantes como a de nº 106, de 2000, que versa acerca das residências terapêuticas e a Portaria de nº 336, de 2002, que introduziu as modalidades CAPS I, II e III, CAPSi e CAPSad, cuja transição visa humanizar o tratamento desses pacientes. Acrescente-se que as pesquisas demonstram que tal transição está ocorrendo, mas de maneira gradual com o aumento dos Centros de Atenção Psicossocial e a diminuição dos leitos nos hospitais psiquiátricos<sup>45</sup>.

Importa analisar como os Tribunais Superiores estão decidindo em relação ao direito à saúde e o fornecimento da medicação, é visível observar a existência de pelo menos três fases distintas<sup>46</sup>:

A primeira fase, iniciada em meados da década de 1990, denota-se a prevalência das teses da Fazenda Pública, no sentido da impossibilidade de atendimento estatal das demandas judicializadas relacionadas ao direito à saúde. Na segunda fase, que pode ser verificada a partir de uma série de julgados do ano de 2000, as duas cortes superiores passam a ressaltar aprioristicamente a necessidade de se resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana, com base no mínimo existencial, para conceder pleitos ligados às prestações materiais de saúde em detrimento das teses fazendárias. Nessa etapa, nota-se que os ministros se debruçam basicamente no conflito entre mínimo existencial e reserva do possível, sem maiores considerações sobre as especificidades do pedido. Finalmente, uma terceira fase inicia-se em meados da década de 2000, quando os tribunais eventualmente começam a negar pedidos ligados ao direito fundamental à saúde, analisando as questões próprias das ações – medicamentos fora da lista nacional, medicamentos experimentais etc. Pode-se dizer que esta terceira fase gerou ao menos três eventos importantes para a judicialização da saúde no Brasil: (a) a realização da audiência pública no STF, em 2009; (b) o julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, em 17 de março de 2010; e (c) a edição da Lei n. 12.401/2011.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, nas decisões em meados da década de 90, possuíam o entendimento de que era impossível o atendimento estatal das demandas judicializadas relacionadas ao direito à saúde. A segunda fase teve como base uma série de julgados do ano de 2000, as duas cortes superiores passaram a conceder os pleitos ligados às prestações materiais de saúde em detrimento das teses fazendárias sob a fundamentação da necessidade de resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana como base ao mínimo existencial. Por último, na terceira fase na década de 20, os tribunais começaram a negar os pedidos relacionados

<sup>44</sup> FONTE, Eliane Maria Monteiro da. Da institucionalização da loucura à reforma psiquiátrica: as sete vidas da agenda pública em saúde mental no Brasil. **Revista do Programa de Pós-graduação em sociologia da UFPE**. V. 1. N. 18. Ano 2012. Disponível: <<http://www.revista.ufpe.br/revsocio/index.php/revista/article/view/60/48#sdfootnote12sym>> Acesso: 6 nov. 2017.

<sup>45</sup> FONTE, Eliane Maria Monteiro da. Da institucionalização da loucura à reforma psiquiátrica: as sete vidas da agenda pública em saúde mental no Brasil. **Revista do Programa de Pós-graduação em sociologia da UFPE**. V. 1. N. 18. Ano 2012. Disponível: <<http://www.revista.ufpe.br/revsocio/index.php/revista/article/view/60/48#sdfootnote12sym>> Acesso: 6 nov. 2017.

<sup>46</sup> BALESTRA NETO, Otávio. A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde revolução rumo à racionalidade. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo v.16 n.1, p. 87-111, mar./jun. 2015, pp. 94-95.

ao direito fundamental à saúde sob a argumentação, por exemplo, que o pedido de medicamentos não poderia ser concedido por não constar na lista nacional (RENAME).

Tal lista contém uma relação de medicamentos considerados essenciais pelo Ministério da Saúde por meio de portaria no Diário Oficial da União (DOU) e portanto, deveriam ser fornecidos de maneira imediata, por serem indispensáveis à manutenção da saúde. Por outro lado, os demais medicamentos que não integram a lista, eventualmente poderiam ser negados, restando, assim, somente a via judicial para pleiteá-los.

Em relação à audiência pública, tem-se que foi realizada no Supremo Tribunal Federal (STF) para discutir a saúde pública no Brasil, cujo objetivo foi ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridades em matéria do Sistema Único de Saúde (SUS), bem como em questões técnicas científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde do SUS, pois há medicamentos que não são registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) ou que não são recomendados pelos protocolos do sistema, ressaltando que os medicamentos precisam de registro no Ministério da Saúde para que se tenha certeza que não acarretará danos à segurança das pessoas, assim como, para garantir a eficácia e a qualidade dos produtos<sup>47</sup>.

A audiência pública foi determinante para a inclusão dos usuários dos serviços de saúde, mas evidentemente ainda se carece de maiores garantias em relação à proteção pelo Estado. Diante disso, pode-se verificar algumas decisões favoráveis no sentido de conceder àqueles que buscam os préstimos do judiciário, o direito ao acesso à medicamentos, como se depreende dos autos do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela nº 175 (STA - 175AgR/CE), em que o STF proferiu acórdão que manteve decisão em pedido de antecipação de tutela, com a determinação do fornecimento de medicamento aos usuários do SUS que outrora fora negado pela administração pública.

Outra relevante conquista é a Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011, que introduziu maior segurança jurídica na dispensação farmacêutica e terapêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde, por intermédio de regras claras e da incorporação tecnológica em prol da efetivação das prestações que correspondem ao direito subjetivo à saúde e à atenção sanitária.

Não há a pretensão de esgotar o assunto, mas sim, de demonstrar que o direito à saúde e a prestação de medicamentos são essenciais para toda a população, afinal, são garantias constitucionais que precisam de implementação pelo Poder Público, por intermédio dos três poderes: Judiciário, Legislativo e Executivo.

---

<sup>47</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=107451>> Acesso: 11 nov. 2017.

## 5 APONTAMENTOS FINAIS

Conforme se depreende da presente pesquisa, de acordo com os dados da Organização Mundial da Saúde publicados em 2014, em uma média global, há somente um trabalhador especializado em saúde mental para cada 10 mil pessoas que apresenta algum distúrbio de saúde mental.

Tanto as pessoas com distúrbio mental, quanto aquelas tidas como indesejáveis, tais como: idosos, mendigos, negros, mães solteiras, alcóolatrás, prostitutas, homossexuais, dentre outras, eram encaminhadas aos hospitais psiquiátricos, local onde permaneciam por muito tempo, sobrevivendo à condições sub-humanas em uma afronta direta à sua dignidade, isso porque nestes locais não era oferecido uma alimentação adequada, higiene, locais adequados para repouso, dentre outros.

Em virtude disso, aqueles indivíduos que mesmo não possuindo nenhum distúrbio mental, e que eram internados, certamente, desenvolviam inúmeros problemas psicológicos, já que não raramente eram espancados e submetidos a diversas formas de abuso.

Tal situação gerou um verdadeiro genocídio nos hospitais psiquiátricos do Brasil, como pode ser observado no Hospital situado em Vera Cruz- SP, e claramente retratado na obra “O Holocausto Brasileiro”, situação que se passou no hospital psiquiátrico em Barbacena – MG, onde além de não fornecer condições mínimas de sobrevivência, ainda não se tinha acesso a medicamentos, o que viola diretamente o direito à saúde, previsto constitucionalmente.

Em que pese a Constituição Federal prever o Direito à Saúde, nota-se que o Estado falha em promovê-lo, bem como em garantir as prestações dos remédios, direito que está positivado constitucionalmente no art. 196 como um direito de todos e dever do próprio Estado. O art. 200 positivou ainda que o sistema único de saúde tem como uma de suas atribuições controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; significa que o Estado também é o responsável a prestação de medicamentos.

O Estado tem como dever o Direito à Saúde; esse direito é uma extensão do direito à vida. Sendo assim, tudo que é inerente a essa extensão necessita ser garantido. Na atualidade, o grande volume de processos no Poder Judiciário apresenta o direito à saúde como pretensão e esses processos são estatísticas do Conselho Nacional de Justiça, que cria um fenômeno social que passou a ser conhecido como judicialização da saúde. Esse crescimento evidencia a fragilidade de políticas públicas na área de saúde e a inércia do poder legislativo em solucionar as demandas da população.

Para que seja possível cumprir com as determinações constitucionais é imprescindível que o Estado aloque uma reserva em seu orçamento, tendo em vista que os recursos são finitos, ao contrário das demandas que tendem a aumentar cada vez mais.

Ressalta-se ainda que visando atender e resguardar o Direito à Saúde, é necessário que exista uma ponderação do poder público, isso porque, na prestação do direito

à saúde, mesmo levando em consideração a universalidade do Direito à Saúde, o limite da reserva do possível deve ser analisado.

Por fim, tendo em vista que os doentes mentais são estigmatizados e marginalizados, não possuem condições mínimas de sobrevivência, é imprescindível que haja o fomento de implementação de políticas públicas, uma vez que ainda se observa uma deficiência na prestação do direito à saúde em razão da falta de leitos, funcionários, medicamentos dentre outras estruturas essenciais para assegurar a dignidade humana.

## REFERÊNCIAS

- ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro**. 1 ed. São Paulo: Geração Editorial, 2013.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas com deficiência**. 4 ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1997. 122 p.
- BADIM, Marques, Silvia; GANDOLFI, Dallari, Sueli. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. **Revista de Saúde Pública**. v. 41, n. 1, febrero, 2007. p. 3.
- BALESTRA NETO, Otávio. A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde revolução rumo à racionalidade. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo v.16 n.1, p. 87-111, mar./jun. 2015.
- BARROSO, Luiz Roberto. Da falta de efetividade a judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. Disponível: <<<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>> Acesso: 29 out. 2017.
- BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRAUNER, Maria Claudia Crespo; FURLAN, Karina Morgana. O crescente processo de medicalização da vida: entre a judicialização da saúde e o novo modelo biomédico. **Direitos humanos, saúde e medicina: uma perspectiva internacional**. Rio Grande do Sul: FURG, 2013. p. 103.
- BRAZ, Kalini Vasconcelos; MONTENEGRO, Sandra. Efetivação do Direito à Saúde e Concessão de Medicamentos via Ação Judicial. **AGU. Temas de Direito e saúde. Coletânea de artigos**. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Juliana Sahione Mayrink Neiva. Brasília: Advocacia Geral da União, 2010. p. 50.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível: <<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>> Acesso: 29 out. 2017.
- BRASIL. Lei nº 8.080 de 1990. Disponível: <<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)>> Acesso: 29 out. 2017.
- BRASIL. Lei nº 12.401, de 28 de Abril de 2011. Disponível: <<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12401.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12401.htm)>> Acesso: 11 nov. 2017.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 41.

CAPONI, Sandra; VERDI, Marta; BRZOZOWKI, Fabíola Stolf; HELLMAN, Fernando. **Contra a medicalização da vida**. 2. ed. Curitiba: Prismas, 2013.

CASTRO, Sebastião Helvecio de Castro. Judicialização da Saúde. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte. Edição especial p. 130-134. 2016. p. 132.

COSTA, Wallace Feijó. Responsabilidade do Estado em face de políticas públicas ofensivas aos direitos fundamentais: internação de pacientes com transtornos mentais. **Revista da Defensoria Pública da União**. Brasília-DF, n. 7, jan. dez. 2014, p.295. Disponível: <<<http://revistadadpu.dpu.def.br/index.php/dpu/article/view/50/46>>> Acesso: 12 out. 2017.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O Direito à Saúde. **Rev. Saúde Pública de São Paulo**. V.22. n.1 Feb. 1988. p. 58. Disponível: <<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89101988000100008](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101988000100008)>> Acesso: 02 out. 2017.

Depression and other common mental disorders. **Global Health Estimates**. Disponível: <<<http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/254610/1/WHO-MSD-MER-2017.2-eng.pdf?ua=1>>> Acesso: 29 out. 2017.

DHESCA. **Desafios dos Direitos Humanos no Brasil e a experiência das Relatorias Nacionais em Dhesca**. Informe 2007-2009. Curitiba, 2009. p. 89.

ENGELS, Friedrich. **A situação da classe trabalhadora na Inglaterra: segundo as observações do autor e fontes autênticas**. Trad. B. A. Schumann. Supervisão, apresentação e notas José Paulo Netto. São Paulo: Boitempo, 2010.

FIRMINO, Hiram Firmino. **Hospital Psiquiátrico de Barbacena**, em Minas Gerais. Disponível: <<<https://www.youtube.com/watch?v=CVMGZqV2cP4>>> Acesso: 16 out. 2017.

FONTE, Eliane Maria Monteiro da. Da institucionalização da loucura à reforma psiquiátrica: as sete vidas da agenda pública em saúde mental no Brasil. **Revista do Programa de Pós-graduação em sociologia da UFPE**. V. 1. N. 18. Ano 2012. Disponível: <<<http://www.revista.ufpe.br/revsocio/index.php/revista/article/view/60/48#sdfootnote12sym>>> Acesso: 6 nov. 2017.

FOUCAULT, Michel. **A História da Loucura na Idade Clássica**. Tradução: José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Perspectiva, 1978.

GONÇALVES, Alda Martins; SENA, Roseny Rosângela de. A reforma psiquiátrica no Brasil: Contextualização e reflexos sobre o cuidado com o doente mental na família. **Revista Latino-am Enfermagem** 2001, mar. 9 (2). Disponível: <<<http://www.periodicos.usp.br/rlae/article/viewFile/1551/1596>>> Acesso: 29 out. 2017.

LIMA, Vanessa Batista Oliveira; BRANCO NETO, Jofre do Rêgo Castello. Reforma psiquiátrica e políticas públicas de saúde mental no Brasil: resgate da cidadania das pessoas portadoras de transtornos mentais. Disponível: <<[http://www.uni7setembro.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic2/vi\\_encontro/REFORMA\\_PSIQUIATRICA\\_E\\_POLITICAS\\_PUBLICAS\\_DE\\_SAUDE\\_MENTAL\\_NO\\_BRASIL.pdf](http://www.uni7setembro.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic2/vi_encontro/REFORMA_PSIQUIATRICA_E_POLITICAS_PUBLICAS_DE_SAUDE_MENTAL_NO_BRASIL.pdf)>> Acesso: 30 out. 2017.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. V. 3. N. 2. **Revista de Direito Público**. Disponível: <<<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1324/790>>> Acesso: 29 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Direitos à saúde e critérios de aplicação. In: (org) Sarlet, Ingo Wolfgang; Timm, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: livraria do advogado, 2010, p. 239/240.

LUCENA, Cíntia. **Direito à saúde no constitucionalismo contemporâneo**. O direito à vida. Cármen Lúcia Antunes Rocha (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 254.

MACHADO, Márcio Villela. Direito à saúde no Brasil: dos excessos verificados e da necessidade de estabelecimento de limites às prestações materiais do estado. **Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito da PUC-RJ**. Disponível: <[https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/17126/17126\\_4.PDF](https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/17126/17126_4.PDF)> Acesso: 02 out. 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Secretária de políticas de saúde. Projeto promoção da saúde**. As cartas da promoção da saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Conselho Nacional de Saúde. **Subsídios para a construção da política nacional de saúde ambiental**. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

NOTÍCIA.

Disponível: <<<http://www.sbt.com.br/jornalismo/conexaoreporter/noticias/34/10801/Cabrini-entrevista-mae-de-paciente-que-morreu-em-polemico-hospital-psiquiatrico.html>>> Acesso: 30 out. 2017.

NOTÍCIA. Disponível: <<<http://www.ebc.com.br/cidadania/2015/08/mais-de-60-mil-pessoas-morreram-no-maior-manicomio-do-brasil>>> Acesso: 05 out. 2017.

NOTÍCIA. Disponível: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/02/1860876-sob-protestos-mg-tenta-acabar-com-manicomio-que-ja-foi-o-maior-do-brasil.shtml>> Acesso: 05 out. 2017.

NOTÍCIA. Disponível: <<http://www.conteudoseducar.com.br/conteudos/arquivos/3319.pdf>> Acesso: 11 out. 2017.

NOTÍCIA. Disponível: <<<https://www.youtube.com/watch?v=XuXuXIrCq5s>>> Acesso: 16 out. 2017.

OLIVEIRA, José Sebastião de; ROSA, Angélica Ferreira Rosa. O acesso à justiça :realidade ou ficção, neste início de século XXI?. **Revista Jurídica Unicesumar**. V. 16. N. 2. Maio/ago 2016. p. 563-584.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. O fundo das nações unidas para infância. **Relatórios da conferência internacional sobre cuidados primários de saúde**. Alma-Atss, 1978.

PAULUS JÚNIOR, Aylton; CORDONI JÚNIOR, Luiz. Políticas públicas de saúde no Brasil. **Revista Espaço para a Saúde**. Londrina, v.8, n.1, p.13-19, dez.2006. p. 17.

PERON, Paula Regina. A trágica história do hospital psiquiátrico de Colônia. **Psic. Rev.** São Paulo, volume 22, n.2, 261-267, 2013.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de paul. **Problemas atuais de bioética**. São Paulo: Loyola, 2002, p. 95.

RELATÓRIO MUNDIAL DA SAÚDE. Financiamento do Sistema de Saúde. O caminho para a cobertura universal. Disponível: <<<http://www.who.int/eportuguese/publications/WHR2010.pdf?ua=1>>> Acesso: 10 out. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988.**

Disponível: <<[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O\\_direito\\_a\\_saude\\_nos\\_20\\_anos\\_da\\_CF\\_coletanea\\_TAnia\\_10\\_04\\_09.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf)>> Acesso: 02 de out. 2017.

\_\_\_\_\_. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado.** Instituto de Brasileiro de Direito Público. n. 11. set. out. nov. 2007. Bahia. p. 7  
Disponível: <<<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31953-37383-1-PB.pdf>>>  
Acesso: 15 out. 2017.

\_\_\_\_\_. SARLET, Ingo Wolfgan (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.** 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 27.

SILVA, Leny Pereira da. Direito à saúde e o princípio da reserva do possível. **Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós Graduação Lato Sensu, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.** p. 9.

Disponível: <<[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO\\_A\\_SAÚDE\\_por\\_Leny.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAÚDE_por_Leny.pdf)>> Acesso: 02 out. 2017

SOUZA, Simone Elias de. Os “socorros públicos” no império do Brasil de 1822 a 1934. **Dissertação apresentada a Faculdade de Ciências e Letras de Assis da Universidade Estadual Paulista-UNESP.**

Disponível: <<[https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/93420/souza\\_se\\_me\\_assis.pdf?sequence=1](https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/93420/souza_se_me_assis.pdf?sequence=1)>> Acesso: 02 out. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível: <<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=107451>>> Acesso: 11 nov. 2017.

SCHULZE, Clenio Jair. O papel do Conselho Nacional e Justiça na judicialização da saúde. Coleção para entender a gestão do SUS de 2015. Disponível: <<

[http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO\\_A\\_SAUDE-ART\\_10B.pdf](http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_10B.pdf)>> Acesso: 29 out. 2017.

TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 246/247.

TENÓRIO, Fernando. A reforma psiquiátrica brasileira, da década de 1980 aos dias atuais: história e conceitos. **História, Ciências, Saúde.** Manguinhos. Rio de Janeiro, vol. 9(1):25-59, jan.-abr. 2002.

TOLENTINO, Zelma Tomaz; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. **Um trem de doido: o holocausto brasileiro sob a perspectiva dos Direitos Humanos.** Disponível: <<[https://www.google.com.br/search?q=Tolentino,+Zelma+Tomaz%3B+Oliveira,+Liziane+Paix%C3%A3o+Silva.+Um+trem+de+doido:+o+holocausto+brasileiro+sob+a+perspectiva&gws\\_rd=cr&dcr=0&ei=3DT1WY6rK8SewATsioTwBw#](https://www.google.com.br/search?q=Tolentino,+Zelma+Tomaz%3B+Oliveira,+Liziane+Paix%C3%A3o+Silva.+Um+trem+de+doido:+o+holocausto+brasileiro+sob+a+perspectiva&gws_rd=cr&dcr=0&ei=3DT1WY6rK8SewATsioTwBw#)>> Acesso: 29 out. 2017.

VASCONCELLOS, Karina Menezes; JÚNIOR PERNISA, Carlos. Holocausto Brasileiro: uma análise crítica da narrativa jornalística. Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação. **XXI Congresso de Ciências da Comunicação na Região Sudeste** – Salto - SP – 17 a 19 jun. 2016. p.2.

**Submetido em: 27 nov. 2017. Aceito em: 24 out. 2018.**



# POLÍTICAS PÚBLICAS TRIBUTÁRIAS: A JUSTIÇA FISCAL COMO INSTRUMENTO DE AUXÍLIO NA VIABILIZAÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL

*Hugo Thamir Rodrigues\**

*Tatiele Gisch Kuntz\**

## **Resumo**

O presente artigo objetiva verificar o papel da tributação como instrumento de realização da justiça social. Com o intuito de atender a essa finalidade, pretende-se responder a seguinte indagação: A viabilização de políticas públicas tributárias, baseadas em uma tributação justa, pode ser um instrumento para se alcançar tão almejada justiça social? Para exame do proposto, optou-se por um estudo de cunho qualitativo, com a interpretação e análise dos dados por meio da técnica de pesquisa bibliográfica. Concluiu-se, por conseguinte, que apesar de haver um longo caminho a ser percorrido no sentido de se efetivar a justiça social por intermédio da fiscal, no Brasil, a realização de políticas públicas tributárias pode ser vista como um importante instrumento para a realização desse fim.

## **Palavras-chave**

Justiça Fiscal. Justiça Social. Políticas Públicas Tributárias. Tributação.

## **TAXES PUBLICS POLICIES: THE FISCAL JUSTICE AS INSTRUMENT OF AID IN VIABILIZATION OF SOCIAL JUSTICE**

## **Abstract**

The present article aims to verify the role of taxation as instrument of realization of social justice. As the intention of attend this finality, intend respond the next quest: The viabilization of taxes publics policies, basead on a fair taxation, can be an instrument to achieve so reach social justice? To examination of the proposed, opted by a study of qualitative stamp, with an interpretation and analisys of datas by means of technique of bibliographic research. Concluded, therefore, that although there is a long way to be covered in the sense of implement the social justice through of fiscal, in Brazil, the realization of taxes publics policies can be seen as an important instrument to the realization this purpose.

---

\* Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2003); Mestrado em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1998); Graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1984) . Atualmente é professor adjunto da Universidade de Santa Cruz do Sul (doutorado, mestrado e graduação), professor da Universidade de Passo Fundo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário, Financeiro, Constitucional e Municipal, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Tributário Municipal, Sistema Constitucional Tributário, Direito Municipal e Direito da Cidade, Federalismo e Harmonização de Políticas Tributárias Municipais, Direito Tributário e Políticas Públicas de Desenvolvimento e de Inclusão Social, Extrafiscalidade Tributária.

\* Mestrado em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2017). Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário UNIVATES (2012), pós-graduação em Direito Público pela Universidade Anhanguera Uniderp (2014). É integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Tributário e Financeiro, coordenado pelo Prof. Dr. Hugo Thamir Rodrigues. Atualmente, é advogada e professora universitária, ministrando as disciplinas de Direito Tributário e Financeiro

**Keywords:**

Fiscal Justice. Social Justice. Taxes Publics Policies. Taxation.

## 1. INTRODUÇÃO

A atividade tributária, além de ser uma importante fonte de arrecadação para os cofres do Estado, pode e deve ser compreendida como um meio para efetivação dos objetivos fundamentais da República.

Nessa linha, o presente artigo objetiva verificar o papel da tributação como instrumento de realização da justiça social.

Diante desse cenário o estudo se justifica, pois, procura demonstrar que por intermédio de uma política tributária pautada nos ideais de justiça fiscal é possível se alcançar a justiça social. Portanto, o presente trabalho não busca admitir a existência de desigualdades entre os cidadãos, mas reconhecer a necessidade do Estado Democrático de Direito valer-se do sistema tributário como instrumento de política social atenuadora dessas diferenças.

Nessa conjuntura, procura-se responder a seguinte indagação: A viabilização de políticas públicas tributárias, baseadas em uma tributação justa, pode ser um instrumento para se alcançar tão almejada justiça social?

Para exame do proposto, realizou-se um estudo de cunho qualitativo, visando a interpretação e análise dos dados por meio da pesquisa bibliográfica. Utilizou-se, ainda, o método dedutivo, o qual parte de argumentos gerais para particulares.

Assim, a reflexão que segue, no primeiro momento, trata a respeito do dever fundamental de pagar tributos e da sua importância na busca pela igualdade material, que se constitui num dos principais objetivos do Estado Democrático de Direito. Após, procura-se definir o que são políticas públicas e como sua instituição, na esfera tributária, pode ser vista como um mecanismo de desenvolvimento e inclusão social. Por fim, procura-se definir o papel que incumbe aos Poderes Executivo e Legislativo, enquanto principais viabilizadores de políticas públicas, principalmente em matéria tributária, na medida em que a Constituição atribuiu ao Estado a realização de ações e execução de tarefas destinadas à concretização dos objetivos fundamentais da República.

## 2. A TRIBUTAÇÃO NO ESTADO DE DIREITO E A JUSTIÇA FISCAL

Em um Estado Democrático de Direito, no qual a atividade tributária se constitui na principal fonte de arrecadação de recursos, o dever fundamental que pode ser entendido como o de maior relevância é, justamente, o de pagar tributos (BUFFON, 2009).

Isso ocorre, porque nesse modelo de Estado, a tributação é indispensável para que os direitos fundamentais dos cidadãos possam ser assegurados e, de fato, efetivados (TORRES, 2011).

Em virtude disso, pode-se afirmar que pagar tributos, muito mais do que um sacrifício, é um dever e “uma contribuição necessária para que o Estado possa cumprir com suas tarefas no interesse do proveitoso convívio de todos os cidadãos” (TIPKE; YAMASHITA, 2002, p. 15).

A esse respeito, Faveiro (2002, p. 225) leciona que “a consideração do homem como um ser naturalmente social, [...] implica o reconhecimento, quer no universo antropológico, quer no universo econômico ou social”, da sua condição e dever inato de contribuir, com uma parte de seus recursos, para manutenção da sociedade na qual está inserido.

Em outras palavras, “o fato de a condição humana ser pensada a partir da inserção social, isto é, o homem só existe dentro da sociedade” por si só, deve ser capaz de justificar a importância do dever fundamental de pagar tributos, já que, sem eles, “a própria figura do Estado resta quase inviabilizada, pois não é possível pensar uma sociedade organizada, sem que existam fontes de recursos para financiar o ônus dessa organização” (BUFFON, 2009, p. 90-91).

Ocorre que, inegavelmente, esse dever para com os demais, em especial quando ele exige uma contrapartida financeira, parece ter sido colocado em segundo plano, pois “um fato palpável é que na sociedade de nossos dias o sentimento do dever é obscuro, com frequência parece extinto, enquanto seu oposto, o sentimento reivindicativo, alcança as maiores quotas de intensidade” (ROBLES, 2005, p. 23).

Buffon (2009, p. 85), por sua vez, lembra que a “ideia de deveres fundamentais está nitidamente vinculada à concepção de solidariedade social, ou seja, só há deveres porque se vive em uma sociedade”, que poderá ser mais ou menos igual, quanto maior ou menor for a preocupação, de cada um, com o destino de todos.

Portanto, partindo-se da premissa de que o Estado brasileiro se caracteriza como um Estado Tributário, uma vez que depende de receitas derivadas para a própria existência e para o atendimento de seus fins sociais “é lógico concluir que, por força do princípio da solidariedade, caberia a cada cidadão dar sua contribuição para esse Estado Social e Tributário de Direito” (YAMASHITA, 2004, p. 60).

Nesse sentido, Torres (2005, p. 181) afirma que a solidariedade “é, sobretudo, uma obrigação moral e um dever jurídico. Mas, em virtude da correspectividade entre deveres e direitos, informa e vincula a liberdade, a justiça e a igualdade”.

Por essa razão, Ribeiro (2009, p. 10) leciona que “não há mais como crer no mito de que existe um direito do contribuinte em contraposição ao interesse do Estado, pois a grande questão do direito tributário” não é, apenas, representada pela relação vertical existente entre os contribuintes e o fisco, mas, principalmente, pela relação horizontal que há entre os vários contribuintes de uma mesma sociedade.

Portanto, verifica-se que a tributação não possui influência, somente, na relação do Estado com os cidadãos, pois ela afeta, também, a relação dos cidadãos uns com os outros. Daí a importância de se constituir um direito justo, ou melhor, um direito tributário justo (TIPKE; YAMASHITA, 2002).

Segundo os ensinamentos de Dutra (2010, p. 17), “a justiça tem sido buscada pelo homem desde os seus primórdios”, pois a convívio em comunidade, inevitavel-

mente, leva o indivíduo a “estabelecer comparações entre a sua vida e a dos demais”. Diante disso, pode-se dizer que toda forma de justiça é, precipuamente, social, na medida em que nasce e é aplicada dentro de uma sociedade.

Por tal motivo, Caliendo (2005) leciona que o sentido de justiça pode variar de acordo com a época e sociedade da qual se está tratando. Todavia, isso não significa dizer que não há uma aceção mínima a noção de justiça, pois o seu conceito, conteúdo e alcance devem possuir como fundamento os valores da sociedade, os quais devem sempre buscar o equilíbrio dinâmico de coerência no sistema jurídico.

No que tange à justiça tributária, também denominada de fiscal, não é diferente, pois tanto o Estado de Direito, dependente de tributos, como a comunidade de contribuintes, possuem na justiça o seu valor supremo (TIPKE; YAMASHITA, 2002).

A respeito do tema, Ribeiro (2009, p. 210) salienta que “o ideal da Justiça Fiscal, hoje, se realiza na investigação de quanto cada cidadão pode contribuir com as despesas públicas, à luz dos valores e princípios e objetivos retores do Estado Democrático e Social”.

Por essa razão, Tipke (2012, p. 13) assevera que “em um Estado de Direito tudo deve o quanto possível ocorrer com justiça. Essa é a mais alta exigência, que se pode fazer perante ele. Daí partem também as constituições que [...] invocam a Justiça ou a Justiça Tributária”.

De acordo com Ávila (2010, p. 358), “o critério de justiça, no Direito Tributário, deve ser a capacidade contributiva (art. 145, parágrafo 1º)” daquele que suporta o ônus fiscal, de modo que qualquer tentativa de se afastar esse “direito preliminar de igual tratamento deve ser fundamentada”, pois, caso contrário, o próprio significado do princípio da capacidade contributiva estará sendo violado.

Assim, observa-se que, para ser justo, o direito exige critérios, “sobretudo quando uma coletividade de pessoas está destinada a compartilhar cargas e pretensões, que estão conexas com a vida em comum de uma comunidade”. Logo, qualquer imposição tributária sem critérios ou princípios, pode ser vista como arbitrária, pois carece de “uma medida unitária” que lhe impeça de “medir por diferentes medidas” situações equivalentes (TIPKE, 2012, p. 14-15).

Em vista disso, é possível afirmar que a não observância de princípios torna uma sociedade menos igualitária, justa e solidária, pois “o exame de casos iguais com duas ou mais medidas é injusto” e a justiça, de um modo geral, pressupõe princípios que velem por um “tratamento isonômico e imparcial” de todos que se encontram na situação por eles abarcada (TIPKE; YAMASHITA, 2002, p. 20).

Contudo, os autores (2002, p. 21) advertem que “a existência de princípios é [...] apenas o pressuposto básico para a justiça. Ela cria apenas justiça formal”. De fato, mesmo que todos sejam tratados, formalmente, de modo igual, não haverá justiça se o princípio ou o critério adotado não for justo, portanto a justiça material “exige orientação por princípios”.

Por conseguinte, o tratamento isonômico, como corolário da justiça, requer um princípio adequado de comparação, que seja orientado na justiça. Contudo, como não há um único princípio uniforme para todo o direito, Tipke e Yamashita (2002, p. 21)

destacam que o melhor é que cada ramo defina o seu. Fala-se, portanto, em “justiça adequada à matéria”.

Nessa seara, verifica-se que, se o objetivo é alcançar justiça, o critério que a fundamenta, deve, antes de tudo, estar adequado à realidade do campo do Direito que se está tratando, pois há diferença entre os princípios que norteiam, por exemplo: a justiça penal, a fiscal, a do seguro social e a trabalhista (TIPKE, 2012).

No entanto, como já pontuado, indubitavelmente, a justiça fiscal encontra no princípio da capacidade contributiva o seu critério balizador para um sistema tributário que possa ser chamado de justo, no qual se inclui, sem nenhuma dúvida, a tributação sobre a renda das pessoas (BUFFON; MATOS, 2015).

Por essa razão, Tipke (1988, p. 64) sustenta que o princípio da capacidade contributiva, que é reconhecido universalmente, seja de modo expresso pelas constituições ou como derivação do princípio da igualdade, “é o único princípio justo no âmbito tributário; é, portanto, o único parâmetro justo de comparação para a aplicação do princípio da igualdade”.

Tanto é assim que Moschetti (2009, p. 284) elege como critério de justiça fiscal, o princípio da capacidade contributiva ao asseverar que “estritamente unida se acha a eleição do princípio da capacidade contributiva como principal critério de justiça na criação e repartição dos tributos”.

Desse modo, se alguém, em matéria tributária, deseja “examinar se foi respeitado ou ofendido o princípio da igualdade”, deve utilizar como critério de comparação o princípio da capacidade contributiva, que, conforme observado acima, é o princípio que melhor se adéqua a realidade desse ramo do direito (TIPKE, 2012, p. 16).

De tal modo, pode-se dizer que o princípio da capacidade contributiva fundado no princípio da igualdade garante, pelo menos em tese, um sistema tributário justo, que não dá lugar às arbitrariedades e aos privilégios, pois “assegura que situações equivalentes venham tratadas do mesmo modo, e situações não-equivalentes, de modo diverso” (CARRAZZA, 2009, p. 327)

Com base no exposto, constata-se que o princípio da igualdade exige que os contribuintes que se encontrem em situação semelhante sejam tratados de maneira igual, não que todos os contribuintes recebam tratamento idêntico. Isso ocorre, pois, “quando se pretende aplicar corretamente o princípio da igualdade, deve-se apurar a exata relação, perguntando-se: Igual em relação a quê (em que relação)?” (TIPKE, 1994, p. 520).

Pode-se, pois, dizer que no direito tributário, o que é igual ou desigual, não pode ser estabelecido de forma abstrata ou geral, mas, apenas, por meio da aplicação do princípio da capacidade contributiva. Assim, quem não tem qualquer capacidade, deve ser tratado de modo diverso daqueles que a possuem. Da mesma forma, os contribuintes que, em termos econômicos, se encontram em situação equivalente, devem receber o mesmo tratamento tributário (CARRAZZA, 2011).

Esse, também, é o posicionamento de Uckmar (1999, p. 69), que, inclusive, vai além ao afirmar que “a existência de desigualdades naturais justifica a criação de categorias de contribuintes sujeitos a diferente tratamento fiscal”, desde que: a) os con-

tribuintes se encontram na mesma categoria recebam igual tratamento; b) a classificação em categorias tenha fundamento e amparo nas reais diferenças existentes entre os contribuintes; c) a classificação não seja arbitrária e hostil em face de determinadas pessoas; d) as diferenças comportem uma justa igualdade e; e) as diferenças respeitem a generalidade e uniformidade do tributo.

Por conseguinte, pode-se sustentar que, como a igualdade tributária é pressuposto para que haja justiça, “o tratamento desigual – a priori injusto – apenas se fundamenta quando o objetivo visado é a efetiva busca do bem comum” (BUFFON, 2003, p. 66).

Nessa linha, é a lição de Tipke (1998, p. 69), para quem “a exceção à regra da justiça somente se justifica se deste modo o bem comum se vir melhor servido que com a pura justiça tributária”, ou seja, uma tributação justa somente pode ser excepcionada por princípios que possuem o mesmo valor daqueles que a fundamentam.

Dentro desta ótica, Buffon (2003) ensina que, na Constituição Brasileira, o bem comum referido por Tipke corresponde aos objetivos fundamentais da República, os quais se encontram positivados no artigo 3º do texto constitucional e, em última análise, podem ser considerados a razão da existência do próprio Estado.

A respeito da questão, Pontes (1999, p. 147) lembra que a atividade de imposição tributária, “como de resto todas as demais atividades estatais, deve ser dirigida para o atendimento dos objetivos elencados no artigo 3º da Constituição Brasileira”, pois a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária, na qual as desigualdades sociais sejam reduzidas, é dever fundamental imposto ao Estado republicano.

Em face do observado acima, verifica-se que o tratamento tributário diferenciado entre contribuintes, apenas se justifica quando é utilizado como instrumento para atingir os fins do Estado brasileiro, especialmente, aqueles elencados nos incisos I e III do artigo 3º da CF, pois, nesses casos, não há violação do princípio da igualdade tributária (BUFFON, 2003).

De tal modo, pode-se dizer que o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações sem fundamento, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de justiça (CARRAZZA, 2011).

Isso ocorre, porque em um Estado Democrático de Direito, a ideia de igualdade diverge daquela concebida pelo Estado liberal, na medida em que, naquele, se busca uma igualdade através da lei, não uma igualdade perante a lei. Por isso, Bonavides (2006, p. 376) leciona que “deixou a igualdade de ser a igualdade jurídica do liberalismo para se converter na igualdade material da nova forma de Estado”.

Buffon e Matos (2015, p. 182), por seu turno, asseveram que “a observância do princípio da capacidade contributiva corresponde a uma condição de possibilidade de reconhecimento - num plano concreto - que a promessa de construção de um Estado Democrático de Direito [...] é factível”.

Nesse íterim, Carrazza (2011, p. 96) leciona que “o princípio da capacidade contributiva hospeda-se nas dobras do princípio da igualdade e ajuda a realizar, no campo tributário, os ideais republicanos”. Até mesmo porque, quando se busca a igualdade

de substancial, nada mais justo que o contribuinte com maior capacidade colabore mais para a “manutenção da coisa pública” do que outro detentor de menor aptidão.

A respeito da questão, Agra (2005, p. 16) recorda que o Estado brasileiro se caracteriza pelo republicanismo, que possui como um de seus principais atributos “a implementação de políticas que atenuem a desigualdade social, através da efetivação da isonomia substancial”.

Lopes e Valiati (2014, p. 220), por seu turno, doutrinam que em um Estado republicano, como é o caso do Estado brasileiro, diferentemente do que ocorre nos regimes monárquicos, o poder deve estar a serviço do bem comum, de modo que “impõe-se a necessidade de sacrificar as vantagens privadas em busca de um interesse coletivo numa vida republicana”.

Nessa perspectiva, verifica-se que essa “nova aceção de igualdade supera a clássica aceção aristotélica<sup>1</sup>, pois está a exigir do Estado que não apenas trate formalmente os iguais como iguais e os desiguais como desiguais”, mas, que, principalmente, atue no sentido de reduzir as desigualdades que deram origem às diferenças (BUFFON, 2003, p. 58).

Esse dever fundamental do Estado, também, é defendido e cobrado por Dworkin (2002, p. 172), que assim indaga e responde: “Podemos dar as costas à igualdade? Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade”.

Portanto, verifica-se que a busca pela igualdade material se constitui num dos principais objetivos do Estado Democrático de Direito, o qual pode e deve valer-se da implementação de políticas públicas, inclusive tributárias, que tenham como finalidade à redução das diferenças sociais (BUFFON, 2009).

### 3. COMPREENDENDO AS POLÍTICAS PÚBLICAS

Conceituar políticas públicas remete à esfera pública e aos problemas que essa possui, já que diz respeito ao plano das questões coletivas, da *polis*. No entanto, convém lembrar que o público difere do particular, do privado, do individual, pois diz respeito a uma dimensão mais ampla da qual, inclusive, se distingue o estatal e o não-estatal<sup>2</sup> (SCHMIDT, 2008).

Para o autor (2008), o estudo da política passa por três dimensões ou três diferentes termos que derivam da língua inglesa, quais sejam: *polity*<sup>3</sup>, *politics*<sup>4</sup>, *policy*<sup>5</sup>. O

<sup>1</sup> Para Aristóteles (1999, p. 92), “justo é aquilo que é conforme a lei e correto, e o injusto é ilegal ou iníquo”. Assim, um tratamento igual e, portanto, justo, seria aquele que garantisse a igualdade formal entre os cidadãos.

<sup>2</sup> O Estado deve estar voltado ao que é inteiramente público, mas há instancias e organizações da sociedade que, igualmente, possuem finalidades públicas, que são chamadas de públicas não estatais.

<sup>3</sup> A *polity* se refere, por exemplo, ao sistema de governo, estrutura e funcionamento dos três poderes da república e a toda máquina administrativa.

<sup>4</sup> A *politics* abrange todo processo de tomada de decisões, a relação entre os poderes, entre Estados, mercado e sociedade civil.

primeiro se refere à dimensão institucional da política, o segundo diz respeito à dimensão processual e, o terceiro, por sua vez, ao conteúdo material concreto da política, ou seja, às políticas públicas.

De acordo com Souza Junior (2002, p. 64), o tema das políticas públicas, em que pese ser proveniente da teoria política, tornou-se uma categoria de interesse também para o Direito, especialmente, a partir do momento em que “necessidades sociais nunca antes sentidas passaram a reclamar ações do poder público, muitas de natureza prestacional, atingindo áreas da vida pessoal e social que estavam fora do âmbito da política”.

Nesse aspecto, Bucci (2006, p. 241) leciona que “adotar a concepção das políticas públicas em direito consiste em aceitar um grau maior de interpenetração entre as esferas jurídicas e políticas”, ou seja, consiste em reconhecer a comunicação que há entre as duas esferas, tornando público os processos dessa inter-relação na estrutura burocrática do poder.

*Nessa perspectiva, é possível afirmar que as políticas públicas são o meio de ação através do qual o Estado, em resposta as diversas demandas sociais, procura concretizar direitos e garantias fundamentais, sempre em prol do interesse coletivo (BUCCI, 2006).*

Tal pensamento é asseverado por Santos (2006, p. 76-77), visto que, para a autora, “o fundamento das políticas públicas assenta-se na existência dos direitos sociais, enquanto direitos constitucionalmente positivados, cuja nota distintiva é o fato de que sua concretização se dá por meio de prestações positivas do Estado”.

*De semelhante modo, Derani (2002, p. 239) leciona que as políticas são chamadas de pública quando essas “ações são comandadas pelos agentes estatais e destinadas a alterar as relações sociais existentes”. Logo, pode-se dizer que as políticas públicas se concretizam por meio de prestações positivas do Estado.*

*Bucci (2006, p. 39), por seu turno, explicita que as políticas públicas são programas de ação governamental que resultam de um processo ou de um conjunto de processos que possui como objetivo coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, “para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.*

*Essa identificação das políticas públicas como um processo fica bem nítida ao se analisar as chamadas fases ou etapas de formulação das políticas, as quais podem ser sucinta e sequencialmente descritas da seguinte maneira: identificação do interesse, agenda, formulação, implementação e avaliação (SECCHI, 2010).*

*A identificação do interesse, em que pese não ser uma tarefa simples, é o primeiro passo para se transformar uma situação de dificuldade em uma política pública, pois nela será definido e identificado o interesse público. Essa fase, segundo Bucci (2006), é marcada pela discricionariedade do administrador, pois exige a determinação de pressupostos materiais que informem e embasem a decisão por meio da qual será desencadeada a ação administrativa.*

*Passada a etapa de identificação do interesse, passa-se à formação da agenda, que é definida por Schmidt (2008, p. 2316) “como um elenco dos problemas e assuntos que*

---

<sup>5</sup> A *policy* trata das políticas públicas de um modo geral, ou seja, atores, processo, condicionantes, decisão e etc.

chamaram a atenção da sociedade e do governo”, ou seja, é a fase de inclusão de determinado pleito ou necessidade na lista de prioridades do poder público.

Intitulada de formulação de políticas, é na quarta etapa que ocorre o estabelecimento de objetivos, estratégias e soluções para as dificuldades. Afinal, sendo possível alcançar um objetivo por diversos caminhos, é necessário definir qual deles será utilizado (SECCHI, 2010).

Depois de formulada a política pública, inicia-se a sua implementação, “que deverá observar os princípios e diretrizes, prazos, metas quantificadas etc.” Deste modo, a fase de implementação da política pública deve ser cuidadosamente pensada, pois é o momento no qual o planejamento anteriormente estruturado é convertido em ação (MASSA-ARZABE, 2006, p. 70).

Na quinta e última fase é quando se realiza a avaliação da política pública implementada, momento no qual são verificados os impactos causados pela mesma, o cumprimento dos seus objetivos, além da existência de algo que possa ser modificado (BUCCI, 2006).

No entanto, em que pese essa separação didática, Massa-Arzabe (2006) adverte que, na prática, esse processo não deve ser visto de forma tão linear, com fases totalmente separadas e que se sucedem, pois como a formulação de uma política pública acontece em ciclos, que estão intimamente interligados, não é possível se delimitar, com precisão, quando se encerra um e inicia outro.

Esclarecido esse aspecto, Schmidt (2008) ressalta que as políticas públicas podem ser classificadas em quatro tipos. O primeiro é o das políticas distributivas<sup>6</sup>, que, como o nome indica, visa à distribuição de recursos e a alocação de bens e serviços a regiões ou segmentos específicos da sociedade. O segundo é o das políticas regulatórias<sup>7</sup>, que são aquelas que ordenam e estabelecem as condições por meio das quais determinadas atividades ou condutas podem ou não serem admitidas. O terceiro é o das políticas constitutivas<sup>8</sup>, também chamadas de políticas estruturadoras, que são aquelas que definem os procedimentos e normas sobre as quais devem ser implementadas e formuladas as demais políticas públicas. O quarto é o das políticas redistributivas<sup>9</sup>, que são aquelas que objetivam a redistribuição de renda ou de riquezas.

É justamente nesse quarto tipo de política pública que se enquadram as políticas tributárias, em especial aquelas que possuem como finalidade a redução das desigualdades sociais por meio da redistribuição de riquezas pela via da tributação que leve em conta a capacidade do contribuinte. Contudo, cumpre, aqui, esclarecer que não se está tratando da autêntica política “Robin Hood”, que, apenas, visa o deslocamento de recursos das camadas mais altas para as mais baixas, mas, sim, de políticas públicas que observem a real aptidão do contribuinte no momento da exigência tributária e, em razão disso, minimizem as diferenças sociais existentes (BUFFON; MATOS, 2015).

<sup>6</sup> Como exemplo, o autor cita as políticas de desenvolvimento de regiões específicas, de pavimentação e iluminação de ruas e de auxílio aos deficientes físicos.

<sup>7</sup> De modo exemplificativo, o autor cita as políticas de circulação, legislação penal, trabalhista e florestal.

<sup>8</sup> A título de exemplo, o autor menciona as políticas que visam a definição do sistema de governo, do sistema eleitora e as reformas políticas e administrativas.

<sup>9</sup> O autor cita como exemplo as políticas habitacionais, de regularização fundiária e a política tributária.

A respeito do tema, Bouvier (2009) leciona que as políticas redistributivas encontram-se diretamente relacionadas às concepções de justiça fiscal e social, à medida que visam à redução das desigualdades por intermédio de uma tributação que persiga os ideários de igualdade, que devem embasar a ação estatal.

Nessa linha, Abrão (2006, p. 86) leciona que uma “autêntica política tributária procura cuidar das desigualdades”, ou seja, busca alcançar o tratamento isonômico entre os contribuintes, não apenas o incremento de recursos nos cofres do Estado.

Tanto é assim que é por meio da instituição de políticas públicas que a tributação perde o seu fim meramente arrecadatório e se constitui em um mecanismo de desenvolvimento e inclusão social. Isso ocorre, porque pode o Estado, através de políticas públicas tributárias indutoras, influir na realidade fática econômica, a fim de alcançar a concretização dos seus objetivos fundamentais.

De semelhante modo é o entendimento de Ribeiro (2008, p. 178) quando assevera que “a política tributária é o ponto crucial de definição da estrutura da sociedade. Por isso, deve-se examinar o fenômeno da tributação em harmonia com a dimensão social do homem”, haja vista que não há como se desvincular a questão tributária da social, pois ambas possuem uma relação de interdependência, na medida em que a justiça fiscal pode ser um instrumento de realização da justiça social.

Por essa razão, Leonetti (2003, p. 173) menciona que “qualquer forma, modalidade ou espécie de Justiça que se possa conceber ou admitir [...] é também e, sobretudo, uma Justiça Social<sup>10</sup>”, na medida em que se aplica à vida em sociedade e deve ter como desígnio a efetivação do bem comum.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar, então, que é a partir do desenvolvimento de políticas públicas que a tributação, desde que adequada à efetiva capacidade contributiva, pode ser vista como um mecanismo colocado à disposição do Estado na busca da igualdade material (BUFFON; MATTOS, 2015).

Todavia, o que se verifica no Brasil, atualmente, é que as políticas públicas, em especial as tributárias, têm sido usadas com um caráter meramente impositivo, ou seja, com o fim único de arrecadar recursos para os cofres públicos, e a qualquer custo, sem se preocupar com os direitos do cidadão contribuinte, situação que necessita ser modificada, porquanto uma política tributária deve, igualmente, nortear a distribuição de recursos e ter como finalidade a concretização da justiça fiscal.

Nessa linha, Ribeiro (2008, p. 179) leciona que apesar de não haver nenhum impeditivo para que uma política pública tributária tenha como escopo a transferência de valores dos contribuintes para o Fisco, afinal, o Estado necessita de recursos para a manutenção de suas atividades, tal transferência deve, sempre, considerar “a capacidade contributiva entre outros princípios constitucionais de proteção ao contribuinte”, ou seja, não pode ocorrer de forma desmedida, arbitrária e em desacordo com os objetivos basilares do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>10</sup> De acordo com Leonetti (2003, p. 178), a justiça social é praticada quando “[...] a repartição do ônus do todo social, compreendo por óbvio os tributos, é feita segundo critérios prévia e democraticamente escolhidos, sempre se respeitando a capacidade contributiva de cada um”.

Diante do exposto, observa-se, enfim, que não é, apenas, por intermédio da instituição de políticas públicas que tenham conotação extrafiscal<sup>11</sup> que a tributação pode ser entendida como o meio através do qual o princípio da igualdade pode ser concretizado, pois uma política tributária com finalidade fiscal<sup>12</sup> também pode ser compreendida como instrumento de redistribuição de riquezas e de redução das desigualdades sociais (FERREIRA, 2007).

#### 4. VIABILIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS TRIBUTÁRIAS: A NECESSÁRIA INTERAÇÃO ENTRE OS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO

Desde o seu preâmbulo, a Constituição Federal de 1988 perfila que o Estado Democrático tem por fim assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança e o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade que se reconhece como fraterna, pluralista e sem preconceitos (BRASIL, 1988).

Em decorrência disso, essa mesma Constituição estabelece que a consagração de tais finalidades está intrinsecamente vinculada à construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, ou seja, ao cumprimento dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, os quais se encontram positivados no artigo 3º do texto constitucional (BRASIL, 1988).

A esse respeito, Canotilho (2002, p. 1153) leciona que tal fundamento normativo é “um princípio constitucional impositivo que na seara da Constituição dirigente, impõe aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas”, sem as quais o Estado não conseguirá assegurar suas promessas.

Nessa linha, pode-se, então, dizer que a atual Constituição atribuiu ao Estado<sup>13</sup> uma importante função social, “a qual implica ações que – por dever para com a Sociedade – o Estado tem a obrigação de executar, respeitando, valorizando e envolvendo o seu SUJEITO, atendendo o seu OBJETO e realizando os seus OBJETIVOS”, sempre em prol dos interesses da coletividade (PASOLD, 2013, p. 52).

Para conceber no que consiste a função social do Estado, Pasold (2013, p. 51) parte de um significado atribuído à palavra função, o qual é formado por dois termos semânticos distintos, mas complementares entre si, quais sejam: “a AÇÃO e o DEVER DE AGIR, este último resultante da natureza do agente”, pois, segundo o autor, tais termos revelam a obrigação que o Estado tem para com a sociedade de executar as atividades necessárias à consecução dos objetivos que o fundamentam.

---

<sup>11</sup> Por meio da política extrafiscal, objetiva-se estimular ou desestimular determinadas condutas, seja pela concessão de benefícios ou incentivos fiscais, ou pelo aumento ou redução de alíquotas de determinados tributos. Pode-se dizer que por meio desta política, muitas vezes, a arrecadação de recursos fica comprometida.

<sup>12</sup> Por intermédio da política fiscal, busca-se a redistribuição da carga tributária de forma que, sem comprometer a arrecadação, se estabeleça um equilíbrio entre a exigência tributária e a capacidade contributiva individual dos sujeitos passivos.

<sup>13</sup> Para fins desse estudo, a expressão Estado não está sendo empregada como sinônimo de governo ou de Administração Pública, mas, sim, no seu sentido mais amplo, o qual abarca os três poderes da república, ou seja, está-se tratando do Estado brasileiro.

Sob esse prisma, é possível afirmar que a função social exercida pelo Estado assume tamanha importância que deve servir de fundamento para todas as demais por ele exercidas, pois “não há sentido na criação e existência continuada do Estado, senão na condição – inarredável – de instrumento em favor do Bem Comum ou Interesse Coletivo” (PASOLD, 2013, p. 25).

A respeito da questão, Reale (1999, p. 275) leciona que a realização do bem comum é uma “constante exigência histórica de convivência social ordenada segundo os valores da liberdade e da igualdade” e, por isso, deve ser buscada pelo Estado em todos os seus níveis.

Pasold (2013), por seu turno, assevera, ainda, que a função social que deve ser desempenhada pelo Estado, encontra-se intimamente vinculada ao seu dever de agir no sentido de executar políticas públicas que visem atender aos anseios sociais, sobretudo, aqueles relacionados à efetivação do bem comum.

Dessa forma, verifica-se que deve haver uma correspondência entre os direitos consagrados pelo legislador constituinte e os atos praticados pelo Estado, pois sua função social concretiza-se por meio de ações voltadas a realização do bem comum. “Isto implica que, desde a fixação das políticas públicas ao Dever de Agir, as normas, o planejamento e o Agir materializado em atos concretos, todo o conjunto enfim, corresponda aos anseios de toda a Sociedade” (PASOLD, 2013, p. 62).

Em decorrência do exposto, percebe-se que é tarefa inalienável tanto do Poder Executivo, como do Legislativo e do Judiciário, a efetivação dos objetivos fundamentais da República, que possuem como seu fim último, a concretização da igualdade fática no âmbito do Estado brasileiro (BUFFON, 2009).

Nessa linha, pode-se dizer que, no pleno exercício das prerrogativas constitucionalmente estabelecidas, compete ao Executivo à tarefa de desenvolver políticas públicas voltadas a redução das desigualdades sociais, ao Legislativo, a evidente, mas muitas vezes esquecida, incumbência de legislar na direção apontada pela Constituição e, ao Judiciário, juntamente com os demais poderes, a tarefa de “fazer valer os princípios que alicerçam o Estado Democrático de Direito” (BUFFON, 2003, p. 59).

De modo semelhante é o entendimento de Bontempo (2005, p. 229) quando aduz que o compromisso do Estado com a efetivação do bem comum, que pode ser traduzido na implementação de políticas públicas, “vincula a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, atribuindo ao Poder Judiciário o ‘dever’ de aplicar o Direito, fazendo valer, com rigor, a ‘vontade da Constituição’”.

Dias (2007), por seu turno, é mais enfático ao asseverar que a elaboração de políticas públicas é incumbência dos poderes Legislativo e Executivo, não do Judiciário, que somente pode intervir se provocado e nos casos em que uma política pública, já instituída, estiver sendo utilizada como mecanismo de violação de direitos individuais ou coletivos.

Nesse diapasão, é possível sustentar, portanto, que a viabilização de políticas públicas, em especial na esfera tributária, passa pelo necessário intercâmbio entre os poderes Executivo e Legislativo, haja vista que a Constituição Federal atribuiu a esses a importante tarefa de, por meio de ações, reduzir as desigualdades econômicas e so-

ciais, por meio da realização daqueles direitos fundamentais que servem a esse fim (BERCOVICI, 2005).

A respeito do tema, tem-se que a utilização de políticas tributárias, de forma instrumental, visando o cumprimento das funções do Estado, e principalmente de sua função social, qual seja à busca do bem comum, mostra-se indispensável à Administração Pública, em qualquer dos Entes federados.

Não obstante, compete aqui ressaltar que, quando se trata do desenvolvimento de políticas tributárias que visam efetivar a busca pelo bem comum, muitas vezes, “o “dever da república” de criar situações de igualdade, em sentido substancial, implica impor deveres de solidariedade “a quem mais tem”, e ditos deveres de solidariedade influem sobre o conceito de capacidade contributiva”, seja na perspectiva do benefício ou do ponto de vista redistributivo (MOSCHETTI, 2009, p. 327).

A respeito da questão, Godoy (2004, p. 157) doutrina que há três possíveis maneiras de fundamentar ou justificar a capacidade contributiva de um cidadão. A primeira é aquela adotada por Adam Smith, a qual estabelece que os mais ricos, com maior capacidade, devem arcar de forma preferencial com o financiamento do Estado. A segunda possibilidade se traduz em um critério eminentemente econômico, pois trata da “teoria do sacrifício igual”, que se baseia na premissa de que os recursos econômicos agregam-se à renda ou ao patrimônio de um indivíduo segundo uma curva decrescente de utilidade marginal. A terceira justificação da capacidade contributiva é justamente aquela que fundamenta o princípio da solidariedade social.

Quer-se com isso dizer que, no estrito cumprimento da sua função social e em consonância com os princípios constitucionais, o Estado pode valer-se de políticas tributárias que induzam “a solidariedade na arrecadação por meio de critérios justos”, com a finalidade promover a redução das desigualdades sociais e econômicas, mesmo que isso implique a imposição de tratamento tributário diferenciado entre contribuintes (BUFFON; MATOS, 2015, p. 161).

Noutros termos, Torres (2005, p. 584) leciona que “a solidariedade entre os cidadãos deve fazer com que a carga tributária recaia sobre os mais ricos, aliviando a incidência sobre os mais pobres e dela dispensando os que estão abaixo do nível mínimo de sobrevivência”. Assim, verifica-se que, se por um lado, a ideia de solidariedade social implica um tratamento menos rigoroso para aqueles cidadãos com menor capacidade, por outro, impõe um ônus fiscal mais severo para aqueles com maior capacidade.

De modo semelhante, inclusive, já era o entendimento adotado por Falcão (1981, p. 161) que defendia a necessidade de se reformular a ideia de “um Estado ditando normas gerais e iguais para todos”, a fim de se “contrabalançar a situação dos menos favorecidos, com leis que sejam iguais para os iguais, mas diferenciadas em favor dos menos afortunados”.

Tal realidade se torna possível na medida em que a solidariedade, em seu sentido objetivo, “está ligada à relação de partilha, de corresponsabilidade que une os cidadãos à sorte e tropeços uns dos outros, e em seu sentido subjetivo e de ética social, em que exprime o sentimento, a consciência de pertencer à comunidade” (BUFFON; MATOS, 2015, p. 194).

É por isso que se considera justo que cada pessoa seja solidária na medida de suas possibilidades, pois quem possui renda mais elevada apresenta, também, uma capacidade maior de contribuir com a sociedade sem comprometer a sua subsistência (NABAIS, 2005).

Nessa perspectiva, observa-se, então, que “a ideia de solidariedade pela fiscalidade implica a exigência de tributos de acordo com a capacidade contributiva do cidadão e, portanto, um direito/dever de contribuir conforme a referida capacidade”, que deve ser utilizada como instrumento balizador para se alcançar a justiça social através da tributação (BUFFON, 2009, p. 98).

De tal modo, constata-se que “o princípio da capacidade contributiva não investiga o que o Estado e comunidade podem fazer pelo cidadão isolado, senão o que o cidadão isolado, com base na sua capacidade contributiva, pode fazer por seu Estado e sua comunidade”. Daí a importância de um tratamento fiscal justo, já no momento em que se exige o pagamento dos tributos (TIPKE, 1998, p. 64).

Sobre o tema, o autor (2012, p. 87) sustenta, ainda, que “a Administração Tributária deve produzir um bem elevado, a saber, a Justiça Tributária – Ora, se as leis tributárias forem injustas, não poderá a Administração Tributária, vinculada a essas leis produzir Justiça Tributária alguma”. Afinal, não se deve perder de vista que, no campo tributário, qualquer imposição tributária deve decorrer de lei.

Nesse aspecto, Carrazza (2011, p. 96) assevera que “o legislador tem o dever, enquanto descreve a norma jurídica instituidora dos impostos, não só de escolher fatos que exibam conteúdo econômico, como de atentar para as desigualdades próprias das diferentes categorias de contribuintes”.

Tal questão assume tamanha importância que “a Constituição Brasileira não quis deixar a cargo do legislador a tarefa de determinar o principal critério de comparação das realidades de tributação”, ou seja, estabeleceu, de modo expresso, que o princípio da capacidade contributiva deveria ser esse critério balizador (TIPKE; YAMASHITA, 2002, p. 56).

Nessa linha, Caliendo (2009) doutrina que o princípio da capacidade contributiva deve fundamentar exigência do dever de pagar tributos, pois, do contrário, esses serão instituídos de modo arbitrário ou como forma de manifestação do poder estatal, circunstâncias que impede o alcance da tão almejada justiça fiscal.

A respeito do assunto, Tipke e Yamashita (2002, p. 28) são categóricos ao lecionar que “leis fiscais sem relação alguma com a justiça não fundamentam Direito Tributário algum, mas criam apenas uma coisa tributária, ou melhor, um tumulto tributário”. Portanto, pode-se dizer que a justa distribuição da carga tributária entre os cidadãos, por intermédio de leis fiscais que atentem para os princípios constitucionais, é dever constitucional do Estado.

No entanto, conforme lembram Buffon e Matos (2015, p. 149), “uma exigência justa dos tributos deve nortear a atividade tributária não só no âmbito do Poder Legislativo, mas no Poder Executivo, através da administração fiscal”. Isso ocorre porque, em matéria tributária, faz-se necessária uma comunhão de esforços entre esses

dois poderes, a fim de se garantir a construção de um sistema tributário que possa ser qualificado como justo.

Todavia, o que se verifica da realidade brasileira atual não é essa interação, pois o que se tem é uma carga tributária muito alta, a qual consome praticamente quatro meses ao ano de salário do contribuinte para pagamento de tributos, fato que, de certa forma, revela a ausência de uma política tributária adequada, capaz de respeitar os nortes da CF e os direitos do contribuinte.

Nesse ponto, valem as palavras de Tipke e Lang (2008, p. 166) quando doutrinam que “o cidadão sente o Estado Tributário não como Estado de Direito, mas como insaciável Leviatã”, circunstância que, de um modo geral, tende a gerar repúdio ao pagamento de tributos e, conseqüentemente, uma compreensão distorcida acerca de sua real função em um Estado Democrático de Direito<sup>14</sup>.

Ora, é evidente que o Estado tem na arrecadação de tributos o seu principal suporte financeiro, até mesmo porque, sem recursos, não há como garantir a realização de políticas direcionadas à obtenção do bem comum e, tampouco, como manter a própria estrutura estatal em funcionamento. Contudo, entende-se que isso não legitima o Estado a produzir e aplicar normas que estejam em desacordo com os princípios constitucionais (TORRES, 2012).

A par dessas colocações, verifica-se a necessidade de se adequar o sistema tributário aos princípios constitucionais, a fim de que ele possa ser um instrumento do Estado na busca pela concretização dos seus objetivos, em especial, o da redução das desigualdades sociais (BUFFON; MATOS, 2015).

Nesse sentido, Ichihara (2006, p. 171) refere a necessidade de uma reforma tributária que seja “boa para o Fisco, para o contribuinte e para os consumidores, enfim, para o povo em geral e para o Brasil”. No entanto, para que isso ocorra, é necessária “não só a legalidade ou a constitucionalidade na instituição e arrecadação de tributos, mas sobretudo a legitimação da arrecadação tributária”, que, de acordo com o autor, só será alcançada se “a tributação for eficiente no sentido da realização da justiça fiscal, respeitando a isonomia e a capacidade contributiva como vetores fundamentais”.

Como pontua Moreira (2008, p. 151) “a abertura do direito tributário à justiça fiscal não restará completa, se a arrecadação tributária não atender a um orçamento cada vez mais cumpridor dos objetivos da Constituição”. Logo, verifica-se que a realização de uma política tributária justa está diretamente associada a uma tributação, igualmente, justa.

Portanto, observa-se que a relação entre políticas públicas e tributação é indissociável, uma vez que o bem comum somente poderá ser concretizado por intermédio de políticas públicas promovidas pela Administração na busca de uma sociedade

---

<sup>14</sup> O descrédito em relação ao Estado e à administração pública diz respeito à ação estatal, às diversas políticas públicas, e aos políticos, de um modo geral [...] No limite, constrói-se no imaginário coletivo uma perspectiva de ‘ausência de perspectivas’, segundo a qual não apenas o Estado é ineficiente por natureza como, na relação Estado-Sociedade, no Brasil, tudo tem permanecido igual e nada mudará jamais, uma vez que os vícios dessa relação são inerentes ao próprio Estado. Nesta perspectiva, o Estado não é passível de reforma, a não ser através de sua redução ao Estado mínimo (FARAH, 2001, p. 5).

igualitária e justa, políticas, que, no entanto, só podem ser realizadas se o Estado possuir recursos financeiros para tanto (SCAFF, 2007).

Além do mais, não se pode perder de perspectiva que não é, apenas, pela via da despesa que a tributação pode ser compreendida como um instrumento de política pública, pois uma exigência fiscal fundamentada na solidariedade e na capacidade contributiva, também, pode fazer com que o tributo, pela via do ingresso, assuma uma função nitidamente redistributiva (ESTEVAN, 2002).

Sobre a possibilidade de o Estado cumprir com os seus objetivos por intermédio de uma política tributária com esse viés, Ribeiro e Gesteiro (2013, p. 207) lecionam que “de igual modo o Estado poderá atender suas finalidades através da redistribuição de riquezas [...] que pode ser alcançada por meio de uma política tributária” que seja fundada em uma fiscalidade alicerçada em princípios.

Em relação à questão, Tipke e Lang (2008, p. 261), inclusive, vão além ao observarem que “o direito tributário realiza o equilíbrio social em primeiro lugar através de normas de finalidade fiscal, ou seja, através da transferência consequente do princípio da capacidade tributária”. Isso ocorre, segundo os autores, porque “o Estado Social serve também de justificação às normas de redistribuição”.

De modo semelhante, Martins (2002, p. 26) assevera que uma política tributária com finalidade fiscal, desde que adequada aos ditames constitucionais que embasam uma cobrança justa de tributos, pode ser compreendida “como a sistemática adotada pelo Estado objetivando cumprir suas finalidades de forma eficaz”.

Entretanto, para que isso seja possível, entende-se que “os programas de governo deste e daquele Presidente da República é que devem ser adaptados à Constituição, e não o inverso”, pois as políticas públicas devem ser compreendidas como um instrumento do Estado na busca do bem comum, não como uma ação de um determinado governo ou partido político (GRAU, 2008, p. 45).

Tanto é assim que, como já mencionado, a viabilização de políticas públicas, em especial na área tributária, passa pela indispensável interação entre os Poderes Executivo e Legislativo, visto que é incumbência e responsabilidade do segundo a produção de leis que traduzam as linhas gerais da atuação governamental e, competência do primeiro a implementação e execução das políticas tributárias, em especial aquelas direcionadas à redução das desigualdades sociais (CASTRO, 2015).

Nessa linha de raciocínio, verifica-se que, em sede de políticas públicas tributárias, é possível observar o que Canotilho (2002, p. 336) nomeou de princípio da democracia econômica e social, na medida em que tal princípio “contém uma imposição obrigatória dirigida aos órgãos de direção política (legislativo, executivo) no sentido de desenvolverem uma atividade econômica e social conformadora, transformadora e planificadora das estruturas sócio econômicas”.

Na interpretação de Bercovici (2005), o princípio da democracia econômica e social estaria consagrado no *caput* do artigo 170<sup>15</sup> da Constituição, em que pese não de

---

<sup>15</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

modo explícito, haja vista que o citado dispositivo dispõe que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, e como princípio, dentre outros, a redução das desigualdades sociais e regionais.

Nessa linha, Shoueri (2005, p. 99) leciona que o constituinte, ao incluir a redução das desigualdades entre os princípios que devem fundamentar a ordem econômica e financeira, “revelou-se ciente de sua existência, mas inconformado com tal realidade”. Por isso, o autor destaca a redução das desigualdades como forma de atingir a efetiva justiça social. Até mesmo porque, se é dever constitucional do Estado à realização dos objetivos fundamentais da república, deve, também, a ordem econômica servir a consecução dessas finalidades.

Em vista do exposto, verifica-se que não se mostra necessária nenhuma reforma no texto constitucional para que os parâmetros da justiça social sejam alcançados pelo Estado. Ao contrário, o que é preciso é justamente o efetivo e integral cumprimento da Constituição, pois a utilização do tributo como eficaz instrumento direcionado à redução das desigualdades sociais depende da atuação conjunta dos Poderes Legislativo e Executivo na implementação de políticas tributárias destinadas à realização desse fim.

## 5. CONCLUSÃO

A partir da análise realizada, observou-se que apesar da Constituição Federal de 1988 ter instituído, formalmente, no Brasil, um Estado Democrático de Direito, há um longo caminho a ser trilhado para que esse modelo de Estado seja, efetivamente, concretizado no país. Isso porque, a sua implementação fática está condicionada à realização dos objetivos fundamentais da república, sobretudo a redução das desigualdades sociais e a construção de uma sociedade mais justa, livre e solidária.

Nessa perspectiva, entendeu-se a tributação, em especial aquela fundada em princípios constitucionais, pode ser vista como instrumento colocado à disposição do Estado na busca da igualdade material, pois, por intermédio da imposição de tratamento tributário diferenciado, é possível igualar os iguais e desigualar os desiguais, na exata medida das suas diferenças.

Nessa linha, verificou-se que a viabilização das políticas públicas tributárias passa pelo necessário intercâmbio entre os poderes Executivo e Legislativo, haja vista que a Constituição Federal atribuiu a eles a importante tarefa de, por meio de ações, reduzir as desigualdades econômicas e sociais.

Percebeu-se, ainda, que apesar de haver um longo caminho a ser percorrido no sentido de se efetivar a justiça social por intermédio da fiscal no Brasil, a realização de políticas públicas tributárias pode ser vista como um importante instrumento para a realização desse fim.

Além disso, constatou-se um vínculo indissociável entre as políticas públicas e a tributação, haja vista que o Estado somente pode promovê-las se possuir recursos financeiros, os quais são obtidos, quase em sua integralidade, por intermédio da atividade arrecadatória.

Apesar disso, averiguou-se, também, que a tributação pode ser compreendida como um instrumento de política pública tanto pela via da despesa quanto do ingresso, pois uma exigência fiscal fundamentada na solidariedade e na capacidade contributiva pode fazer com que o tributo assuma uma função redistributiva.

Por fim, concluiu-se a utilização do tributo como eficaz instrumento direcionado à redução das desigualdades sociais depende da atuação conjunta dos Poderes Legislativo e Executivo na implementação de políticas tributárias destinadas à realização desse fim.

## 6. REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. Princípio da eficiência em matéria tributária. In: MARTINS, Ives Granda da Silva (coord.). **Princípio da eficiência em matéria tributária**. Conferencista inaugural José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos sociais**. Eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988. Curitiba: Juruá, 2005.

BOUVIER, Michel, A questão do imposto ideal. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). **Princípios e limites da tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUFFON, Marciano; MATOS, Mateus Bassani de. **Tributação no Brasil no século XXI: uma abordagem hermenêutica crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

\_\_\_\_\_. **Tributação e dignidade da pessoa humana: entre os direitos e deveres fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **O princípio da progressividade tributária na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2003.

CALIENDO, Paulo. Da justiça fiscal: conceito e aplicação. **Interesse Público**. Porto Alegre, n. 29, p. 159-196, jan/fev. 2005.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Imposto sobre a renda (perfil constitucional e temas específicos)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional tributário**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CASTRO, Karina Brandão Alves de. A função social do tributo e o orçamento público como vínculo de implementação e priorização das políticas públicas constitucionais. In: MURTA,

- Antônio Carlos Diniz; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; FEITOSA, Raymundo Juliano (Coord.). **Direito tributário e financeiro**. Florianópolis: CONPEDI, 2015.
- DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos**: as ações do Estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007
- DUTRA, Micaela Dominguez. **Capacidade contributiva**: análise dos direitos humanos e fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ESTEVAN, Juan Manuel Barquero. **La función del tributo en el Estado social y democrático de Derecho**. Cuadernos y debates n.º 125. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Tributação e mudança social**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- FAVEIRO, Vitor Antônio Duarte. **O Estatuto do Contribuinte**: a pessoa do contribuinte no estado social de direito. Coimbra: Editora Coimbra, 2002.
- FERREIRA, Alexandre Henrique Salema. **Política Tributária e Justiça Social**: relações entre tributação e os fenômenos associados à pobreza. Paraíba: EDUEP, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.
- GODOY, Marciano Seabra de. **Tributo e Solidariedade Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- LEONETTI, Carlos Araújo. **O imposto sobre a renda como instrumento de justiça social no Brasil**. São Paulo: Manole, 2003.
- LOPES, Ana Paula; VALIATI, Thiago Priess. O republicanismo entre a felicidade e a justiça. In: GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). **Direito, felicidade e justiça**. Belo Horizonte: Forum, 2014.
- MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva. A política tributária como instrumento de defesa do contribuinte. In: MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva. **A defesa do contribuinte no Direito brasileiro**. São Paulo: IOB, 2002.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo**: a invasão da constituição. São Paulo: Método, 2008.
- MOSCHETTI, Francesco. O princípio da capacidade contributiva. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). **Princípios e limites da tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- NABAIS, José Casalta. **Estudos de Direito Fiscal**: por um estado fiscal suportável. Coimbra: Almedina, 2005.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. 4. ed. Itajaí: UNIVALI, 2013.
- PONTES, Helenilson Cunha. O princípio da capacidade contributiva e extrafiscalidade: uma conciliação possível e necessária. In: SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Ordem econômica e social**: estudos em Homenagem a Ary Brandão de Oliveira. São Paulo: LTR, 1999, p. 144-159.

- REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- RIBEIRO, Maria de Fátima; GESTEIRO, Natália Paludetto. A busca da cidadania fiscal no desenvolvimento econômico: a função social do tributo. In: SANTOS, Antonio Carlos; LOPES, Cidália Maria da Mota. (Coord.). **Fiscalidade: outros olhares**. Porto: Vida Econômica, 2013.
- \_\_\_\_\_. A incidência tributária ambiental no desenvolvimento econômico sustentável e a função social do tributo. In: RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord.). **Direito tributário e segurança jurídica**. São Paulo: MP, 2008, p. 171-192.
- RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Temas de Direito Constitucional Tributário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ROBLES, Gregório. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005.
- SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação Constitucional no Controle Judicial das Políticas públicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.
- SCAFF, Fernando Facury. Como a Sociedade Financia o Estado para a Implementação dos Direitos Humanos no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Constitucionalismo, tributação e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, J.R; LEAL, R.G. (Orgs.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 2307-2333.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, categorias de análise, casos práticos**. São Paulo: Atlas, 2010.
- SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.
- TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça Fiscal e Princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- TIPKE, Klaus. Sobre a Unidade da Ordem Jurídica Tributária. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coord.). **Direito Tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado**. São Paulo: Dialética, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Moral tributária do estado e dos contribuintes**. Tradução de Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2012.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: Valores e Princípios Constitucionais**. Vol. 2 Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- YAMASHITA, Douglas. Princípio da Solidariedade em Direito Tributário. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOY, Marciano Seabra de (Coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2004. p. 53-67.

\* Submetido em: 07 dez. 2017. Aceito em: 25 jul. 2018.



# A APLICAÇÃO DO ANTITRUSTE NO BRASIL: O MITO DA FALTA DE EFETIVIDADE DA LEI DE CRIMES CONTRA A ECONOMIA POPULAR DE 1938

*Mário André Machado Cabral\**

## **Resumo**

O presente trabalho tem como tema a efetividade da “Lei de Crimes contra a Economia Popular” (Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938), a primeira lei nacional com dispositivos antitruste. Trata-se de marco na história da política e do direito da concorrência no Brasil. O problema a ser enfrentado diz respeito a uma tese afirmada e reiterada por vários autores na doutrina concorrencial brasileira. Tal tese, originalmente cunhada por Benjamin M. Shieber, é a de que o Decreto-Lei nº 869/1938 não teve efetividade em seus dispositivos antitruste. A hipótese deste trabalho é que essa tese é um mito. O objetivo desta pesquisa, portanto, é perquirir sobre a aplicação do direito concorrencial brasileiro em seus primeiros anos, o que se justifica em razão da importância histórica da Lei de Crimes contra a Economia Popular para a formação da defesa da concorrência no País e da necessidade de verificação empírica de uma tese proferida e reafirmada por autores expressivos da doutrina antitruste nacional. Para testar a hipótese, lança-se mão de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial num duplo esforço de análise qualitativa: primeiro, análise da doutrina antitruste que se inicia com Shieber e reitera historicamente a tese em exame; segundo, análise da jurisprudência da autoridade responsável pela aplicação da lei, o Tribunal de Segurança Nacional (TSN). Os resultados apontaram que o TSN aplicou os dispositivos de natureza concorrencial do decreto. Assim, a conclusão é no sentido de confirmar a hipótese, isto é, de que a falta de efetividade das disposições antitruste da Lei de Crimes contra a Economia Popular de 1938 é, na verdade, um mito.

## **Palavras-chave**

Antitruste. Economia popular. Efetividade. Tribunal de Segurança Nacional. História do Direito Econômico.

## **THE APPLICABILITY OF ANTITRUST IN BRAZIL: THE MYTH OF THE LACK OF EFFECTIVENESS OF THE LAW OF CRIMES AGAINST POPULAR ECONOMY**

### **Abstract**

The present study has as its theme the effectiveness of the “Law of Crimes against Popular Economy” (Decree-Law No. 869 of November 18, 1938), the first national statute with antitrust provisions. This is a landmark in the history of competition law and policy in Brazil. The problem to be faced concerns a thesis stated and reiterated by various authors in the Brazilian antitrust doctrine. Such thesis originally coined by Benjamin M. Shieber, postulates that the Decree-Law No. 869/1938 had no

---

\* Doutor em Direito Econômico e Financeiro (área de Direito Econômico e Economia Política) pela Universidade de São Paulo, com tese aprovada com distinção. Foi pesquisador visitante na University of Iowa College of Law, sob orientação do professor Herbert Hovenkamp. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (magna cum laude). Advogado, atuando na área de Direito Econômico, com ênfase em Direito Concorrencial. Sua agenda de pesquisa está voltada para os seguintes temas: História do Direito Econômico; Regulação Econômica e Concorrência; Direito e Subdesenvolvimento; Direito Econômico e Inovação. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

effectiveness in its antitrust provisions. The hypothesis of this paper is that such thesis is a myth. The objective of this research, therefore, is to verify the application of competition law in his early years, What is justified on account of the historical importance of the law of Crimes against the Popular Economy for the defense of competition in the country and the need for empirical verification of a thesis made and reaffirmed by significant authors of national antitrust doctrine. To test the hypothesis, we address a bibliographical and case law research in a double effort of qualitative analysis: first, analysis of antitrust doctrine that starts with Shieber and reiterates his thesis examined historically. Second, analysis (not exhaustive) of the case-law of the authority responsible for the application of Decree-Law nº 869/1938, the Court of National Security (TSN). The results showed that the TSN has applied the Decree competitive devices. Therefore, the conclusion is in order to confirm the hypothesis, i.e. that the lack of effectiveness of the antitrust provisions of the law of Crimes against the Popular Economy is, in fact, a myth.

**Key words:**

Antitrust. Popular Economy. Effectiveness. National Security Court. History of Economic Law.

## 1 INTRODUÇÃO

O direito antitruste é uma área marcada por mitos<sup>1</sup>. Este trabalho tem por propósito questionar um entendimento reiteradamente afirmado na literatura antitruste do País. Cuida-se de verificar o acerto histórico da percepção amplamente aceita na doutrina do direito concorrencial brasileiro de que o Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, o primeiro diploma legal nacional com dispositivos antitruste, careceu, com relação a esses dispositivos, de efetividade. A tese ora examinada é proferida nos seguintes termos: o Decreto-Lei nº 869/1938 – a “Lei de Crimes contra a Economia Popular” – pode ter sido aplicado para casos de crimes contra a economia popular que não tinham caráter antitruste; porém, seus dispositivos de teor especificamente antitruste não foram aplicados de modo efetivo. A questão a ser endereçada é: referida lei, de fato, não teve efetividade em suas normas concorrenciais? O objetivo deste trabalho é responder essa pergunta, o que se justifica pela importância do decreto como marco inaugural de uma área com a relevância do antitruste. A hipótese aqui presente é a de que a tese da falta de efetividade é um mito. Para testar essa hipótese, a partir de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial com perspectiva histórica, far-

---

<sup>1</sup> Pode-se afirmar isso com base em Herbert Hovenkamp. O autor se foca em questionar o mito da suposta novidade provocada pela incorporação da abordagem econômica no antitruste norte-americano a partir da assimilação dos pressupostos da teoria da organização industrial, notadamente da Escola de Chicago, nos anos 1970 e 1980. Para alguns autores, essa assimilação teria provocado uma “revolução do antitruste”. Hovenkamp questiona esse entendimento, argumentando que, desde o início de sua existência nos Estados Unidos, a política antitruste sempre esteve próxima da teoria econômica dominante em cada período. Cf. HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice**. 3. ed. St. Paul: Thomson/West, 2005, p. 60. Esposando o entendimento criticado por Hovenkamp, cf. POSNER, Richard. *The Rule of Reason and the Economic Approach: reflections on the Sylvania decision*. **The University of Chicago Law Review**, v. 45, n. 1, 1977, p. 12-13; GERHART, Peter M. *The Supreme Court and Antitrust Analysis: the (near) triumph of the Chicago School*. **Supreme Court Review**, v. 319, 1982, p. 319-320; BORK, Robert H. **The Antitrust Paradox: a policy at war with itself**. Nova York: Free, 1993, p. ix-xiv. Sobre a suposta “revolução do antitruste”, ver: KWOKA JR., John E.; WHITE, Lawrence J. Introduction. In: KWOKA JR., John E.; WHITE, Lawrence J. (Eds). **The Antitrust Revolution**. Nova York: HarperCollins, 1989, p. 1-5. No Brasil, tendo como inspiração o questionamento de Hovenkamp, questionou-se o mito da “revolução do antitruste no Brasil” nos anos 1990 em: CABRAL, Mário André Machado Cabral. **Estado, Concorrência e Economia: convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil**. 2016. 291 p. Tese (Doutorado em Direito Econômico) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

se-á uma análise crítica (i) da doutrina que advoga essa tese e (ii) da jurisprudência da autoridade responsável pela aplicação do decreto<sup>2</sup>.

O autor da tese em exame, ao que consta, é Benjamin M. Shieber. Em obra de 1966 sobre o direito concorrencial brasileiro, Shieber consigna que os dispositivos de natureza antitruste do Decreto-Lei nº 869/1938 não foram aplicados, tendo havido apenas um caso em que essas normas foram implementadas. Esse único caso não teria se dado no âmbito da autoridade que tinha a competência legal para a aplicação do decreto, o Tribunal de Segurança Nacional (TSN), mas no contexto de um parecer do Consultor-Geral da República, posteriormente aprovado pelo Presidente da República, em 1939<sup>3</sup>. A partir de Shieber, esse entendimento foi reafirmado por um número expressivo de autores que escreveram, com diferentes graus de detenção, sobre o Decreto-Lei nº 869/1938. Alguns desses nomes são: Carlo Barbieri Filho<sup>4</sup>, Isabel Vaz<sup>5</sup>, João Bosco Leopoldino da Fonseca<sup>6</sup>, Paula A. Forgioni<sup>7</sup>, José Marcelo Martins Proença<sup>8</sup>, Ana Paula Martinez<sup>9</sup>, José Maria Arruda de Andrade<sup>10</sup> e Ana Frazão<sup>11</sup>.

Esse texto, portanto, dedica-se à história da aplicação do direito da concorrência brasileiro e, em especial, à verificação de um entendimento vastamente difundido sobre a primeira lei brasileira com conteúdo antitruste: de que tal lei, em seus dispositivos antitruste, não teve efetividade. O trabalho se organiza da seguinte forma: após esta introdução, a primeira sessão se debruça sobre o modelo de Estado que se constrói a partir de 1930 no Brasil e as formulações jurídicas instituídas nesse contexto, incluindo as Constituições de 1934 e de 1937 e o Decreto-Lei nº 869/1938; a segunda sessão recupera a doutrina de direito concorrencial brasileira, notadamente quanto à efetividade dos dispositivos de natureza concorrencial da Lei de Crimes contra a Economia Popular de 1938; a terceira sessão explora julgados do TSN de modo a verificar a efetividade do decreto em exame; a conclusão aponta que a ideia reiterada na doutrina brasileira sobre a falta de efetividade das disposições antitruste da lei de 1938 é, na verdade, um mito, uma vez que tais dispositivos tiveram aplicação pelo órgão competente.

---

<sup>2</sup> A pesquisa bibliográfica se pautou no levantamento não exaustivo da doutrina produzida sobre o direito concorrencial brasileiro, notadamente sobre os aspectos históricos da formulação jurídica antitruste no Brasil. A pesquisa jurisprudencial foi executada a partir da consulta aos julgados do Tribunal de Segurança Nacional (TSN). A consulta a esses julgados foi feita na Biblioteca Central da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que conta com a coleção da Revista Forense, que publicava as decisões do TSN e de outros tribunais nacionais. O critério de escolha dos julgados foi a discussão dos dispositivos de teor antitruste do Decreto-Lei nº 869/1938.

<sup>3</sup> SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do Poder Econômico**: direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 6.

<sup>4</sup> BARBIERI FILHO, Carlo. *Disciplina Jurídica da Concorrência: abuso do poder econômico*. São Paulo: Resenha Tributária, 1984, p. 34.

<sup>5</sup> VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 247.

<sup>6</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência**: comentários à legislação antitruste (1995). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 46-47.

<sup>7</sup> FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste* (1998). 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 101.

<sup>8</sup> PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 26.

<sup>9</sup> MARTINEZ, Ana Paula. *Controle de Concentrações Econômicas no Brasil: passado, presente e futuro*. **Revista do IBRAC**, São Paulo, n. 18, jul./dez., 2010, p. 15.

<sup>10</sup> ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economicização do Direito Concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 126-127, nota de rodapé nº 308.

<sup>11</sup> FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 34.

## 2 O ESTADO INTERVENCIONISTA, AS CONSTITUIÇÕES DOS ANOS 1930 E O DECRETO-LEI Nº 869/1938

O Decreto-lei nº 869/1938, a Lei de Crimes contra a Economia Popular, é considerado o primeiro diploma legal brasileiro a conter dispositivos de natureza antitruste. Não é possível compreender o decreto sem que, antes, busque-se entender o quadro político e econômico que o precedeu. O decreto se insere em um novo contexto do Estado brasileiro. A Revolução de 1930 foi um marco na mudança da postura estatal em relação à economia. O modelo construído foi o de um Estado social em sentido amplo, isto é, intervencionista e desenvolvimentista. Gilberto Bercovici aponta que as mudanças operadas nas formas de intervenção econômica estatal se iniciaram a partir de 1930, é dizer, antes da Constituição de 1934. Temas tidos por “sociais”, que antes não estavam na agenda prioritária dos governos, como educação, saúde e trabalho, passam a receber mais atenção estatal a partir de 1930, como se evidencia pela criação de novas pastas ministeriais, como o Ministério dos Negócios da Educação e Saúde Pública (Decreto nº 19.402, de 14 de novembro de 1930) e o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (Decreto nº 19.433, de 26 de novembro de 1930). Mencione-se também, antes mesmo da Constituição de 1934, o Código de Minas (Decreto nº 24.642, de 10 de julho de 1934) e o Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934). Setores considerados estratégicos, como o minerário e o de energia elétrica, passam a contar com intervenção mais ostensiva do Estado<sup>12</sup>.

Com base em Celso Furtado, pode-se dizer que essa nova postura estatal foi a responsável por uma expansão do crédito, por parte do Estado, que financiou a retenção de estoques de café com vistas a dar conta dos problemas de excesso de oferta e contração de demanda no contexto dos anos seguintes à crise econômica de 1929. Esse mecanismo, embora semelhante a expedientes já utilizados a partir de 1906 com o “Convênio de Taubaté”, era inédito, uma vez que o financiamento dos estoques não se dava mediante a contração de empréstimos externos. A expansão do crédito, a partir de 1931, foi feita através de “inversões líquidas positivas”, que teve como efeito a criação de renda e a manutenção dos níveis da atividade econômica, permitindo que os prejuízos decorrentes da crise de 1929 fossem mitigados. Tratava-se, de acordo com Furtado, de nova postura estatal, da qual não se pode afastar a marca de uma distinta forma de intervencionismo na economia<sup>13</sup>.

As mudanças na esteira da Revolução de 1930 foram também de natureza político-social. Segundo Boris Fausto, seu particular significado foi o de fim da hegemonia da burguesia do café. Isso teria permitido o acesso ao poder de outros grupos político-sociais, como a classe média, representada, sobretudo, pelo tenentismo, e os setores industriais. A presença de novos grupos de poder no Estado teria provocado uma alteração na forma do intervencionismo. O apoio estatal deveria se diversificar, não

<sup>12</sup> Cf. BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 50-62; BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 45-68; BERCOVICI, Gilberto. Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: o silêncio ensurdecer de um diálogo entre ausentes. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento; Gustavo Binenbojm. (Org.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 725-728. Ver também: DRAIBE, Sônia. **Rumos e Metamorfoses**, op. cit., p. 63-100.

<sup>13</sup> FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil** (1959). 34. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 263-273.

devendo mais ficar restrito à burguesia cafeeira. Tal alteração teria permitido uma postura mais ativa do Estado no que tange aos incentivos ao desenvolvimento industrial<sup>14</sup>.

A Constituição de 1934 constitucionalizou esse modelo estatal interventivo, consagrando dispositivos concernentes a direitos sociais, como educação, cultura<sup>15</sup>, saúde<sup>16</sup>, trabalho<sup>17</sup>, previdência social<sup>18</sup> e sindicalização<sup>19</sup>, além de estabelecer, seguindo o exemplo da Constituição alemã de Weimar, de 1919<sup>20</sup>, um título específico em seu texto para tratar de assuntos de natureza econômica. Nesse título, nomeado “Da Ordem Econômica e Social”, constam dispositivos concernentes, por exemplo, aos limites da liberdade econômica<sup>21</sup>, à possibilidade de monopolização pela União de indústrias ou atividades econômicas<sup>22</sup> e à diferenciação entre as propriedades do solo e do subsolo para fins de exploração econômica<sup>23</sup>.

O art. 117 também constava entre os dispositivos “Da Ordem Econômica e Social” da Constituição de 1934 e tratava especificamente do fomento à “economia popular”<sup>24</sup>. Segundo Elias de Oliveira, economia popular se distinguiria de “economia pri-

---

<sup>14</sup> FAUSTO, Boris. **A Revolução de 1930: historiografia e história** (1970). 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1979, p. 104-114. Ver também: OLIVEIRA, Francisco de. *Crítica à Razão Dualista* (1972). In: OLIVEIRA, Francisco de. *Crítica à Razão Dualista / O Ornitorrinco*. São Paulo: Boitempo, 2003, p. 35-60, especialmente p. 35-41.

<sup>15</sup> “Art 148 - Cabe à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual.

Art 149 - A educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana”. O Capítulo II do Título V (“Da Família, da Educação e da Cultura”) da Constituição de 1934 é todo voltado à educação e à cultura (artigos 148 a 158). Ver também artigos 150 a 158.

<sup>16</sup> “Art 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados: [...] II - cuidar da saúde e assistência públicas”.

<sup>17</sup> “Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País”. Ver também artigos 121 a 123 da Constituição de 1934.

<sup>18</sup> Art 121 [...] § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: [...] h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte”.

<sup>19</sup> “Art 120 - Os sindicatos e as associações profissionais serão reconhecidos de conformidade com a lei”.

<sup>20</sup> Sobre a importância da Constituição de Weimar em relação ao chamado “constitucionalismo social”, que inclui a Constituição de 1934, cf. STOLLEIS, Michael. **Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland**. Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur: 1914-1945. München: C. H. Beck, 1999, vol. 3, p. 109-114; PEUKERT, Detlev J. K. **Die Weimarer Republik: Krisenjahre der Klassischen Moderne**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987, p. 50-52; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 231-232; GUEDES, Marco Aurélio Peri. **Estado e Ordem Econômica e Social: a experiência constitucional da República de Weimar e a Constituição brasileira de 1934**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998; BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente: Atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue, p. 25-38.

<sup>21</sup> “Art 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”.

<sup>22</sup> “Art 116 - Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112, nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais”.

<sup>23</sup> “Art 118 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d’água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial”.

<sup>24</sup> “Art. 117 - A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das

vada”, sendo esta relativa ao patrimônio das pessoas físicas e das empresas privadas. Também seria distinta de “economia pública”, que abrangeria o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público. Economia popular se confundiria com os “interesses domésticos, familiares e individuais”, resultando no “patrimônio do povo, isto é, de um indefinido número de indivíduos, na vida em sociedade”<sup>25</sup>. Tutelava-se um bem coletivo: o bem-estar econômico não de um indivíduo, de uma família, de uma empresa ou do Estado, mas da “coexistência coletiva”<sup>26</sup>. Para Araújo Castro, o art. 117 ilustra a preocupação em assegurar a ação do Estado contra os comportamentos que expressassem abuso à economia popular, pois ao Estado caberia assegurar os interesses da coletividade contra os danos à “coexistência coletiva”<sup>27</sup>.

A disposição do art. 117 sobre a economia popular não foi regulamentada enquanto a Constituição de 1934 esteve em vigor. Com a Constituição de 1937, o fomento à economia popular continuou encontrando respaldo constitucional. Agora no art. 141 no texto constitucional, inserido no título “Da Ordem Econômica”, estabeleceu-se, mais uma vez, a obrigatoriedade de produção de lei especificamente vocacionada ao fomento da economia popular<sup>28</sup>.

O Decreto-Lei nº 869/1938 foi a regulamentação do art. 141 da Constituição de 1937 e era uma lei de crimes contra a economia popular. Segundo Francisco Campos, o ministro da Justiça e Negócios Interiores responsável pelo decreto<sup>29</sup>, este ostentava

---

empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País”.

<sup>25</sup> “Conceito de economia popular, sujeito passivo das infrações: - Distinta da economia pública, que abrange o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, e diferente da economia privada, que compreende o patrimônio das pessoas físicas e das pessoas jurídicas de direito privado – força é reconhecer que existe também tanto no Estado liberal-individualista quanto nos de influência totalitária no mundo, uma *economia popular*, resultante do complexo de interesses domésticos, familiares e individuais, embora como *factio juris*, constituindo *in abstracto* um patrimônio do povo, isto é, de um indefinido número de indivíduos, na vida em sociedade”. OLIVEIRA, Elias de. Crimes contra a Economia Popular e o Juri Tradicional. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. v. 9 (grifos no original). Sobre a ideia de economia popular no contexto do Decreto-Lei nº 869/1938, ver: CAMPOS, Francisco. A Lei de Proteção à Economia Popular. Entrevista do Sr. Ministro da Justiça, concedida a “A Noite”, em 28 de novembro de 1938. In: HUNGRIA, Nelson. **Dos Crimes contra a Economia Popular e das Vendas a Prestações com Reserva de Domínio**. Rio de Janeiro: Forense, 1939, p. 187-198; HUNGRIA, Nelson. **Dos Crimes contra a Economia Popular e das Vendas a Prestações com Reserva de Domínio**. Rio de Janeiro: Forense, 1939; LYRA FILHO, João. **Problemas de Economia Popular**. Rio de Janeiro: Alba, 1939, p. 17; LYRA FILHO, João. **A Proteção da Economia Popular**. Rio de Janeiro: Irmãos Di Giorgio & Cia., 1946, p. 10; LYRA, Roberto. **Crimes contra a Economia Popular**: doutrina, legislação e jurisprudência. Rio de Janeiro: Jacinto, 1940, p. 91-96.

<sup>26</sup> OLIVEIRA, Elias de. Crimes contra a Economia Popular e o Juri Tradicional, op. cit., p. 9-10.

<sup>27</sup> CASTRO, Araújo. A Nova Constituição Brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936. p. 462-463.

<sup>28</sup> “Art 141 - A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição”.

<sup>29</sup> Campos era o ministro, mas a elaboração do texto do decreto é de Nelson Hungria, conforme o próprio reconhece publicamente. Cf. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Diário do Congresso Nacional**, Rio de Janeiro, 22 fev. 1956, seção 1, v. 1191. Ver também: OLIVEIRA, Elias de. **Crimes contra a Economia Popular e o Juri Tradicional**, op. cit., p. 21; SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do Poder Econômico**, op. cit., p. 2; BARBIERI FILHO, Carlo. **Disciplina Jurídica da Concorrência**, op. cit., p. 33; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. **Poder Econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 8-9; VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**, op. cit., p. 245-247; MARTINEZ, Ana Paula. **Controle de Concentrações Econômicas no Brasil**, op. cit., p. 13-15; BERCOVICI, Gilberto; ANDRADE, José Maria Arruda de. **A Concorrência Livre na Constituição de 1988**. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (Org.). **Filosofia e Teoria Geral do Direito: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 452. Sobre as concepções de Hungria acerca do decreto, ver: HUNGRIA, Nelson. **Os Crimes contra a Economia Popular e o Intervencionismo do Estado**. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.

dois objetivos: garantir a guarda da economia popular e evitar o bloqueio da concorrência. O primeiro objetivo, com o bom emprego das economias populares, promoveria “a formação das reservas de que o País necessita para a expansão das empresas e indústrias úteis”. O segundo objetivo dizia respeito a combater monopólios em certas indústrias e as restrições à livre concorrência, o que seria “indispensável ao desenvolvimento industrial e comercial do País”<sup>30</sup>. Vê-se que, apesar de a lei ter objetivos mais explícitos relacionados à garantia da lisura do processo competitivo, dão legitimidade para a política que se tenta instituir finalidades subjacentes ou indiretas: a expansão empresarial e industrial e o desenvolvimento industrial e comercial do País<sup>31</sup>.

A lei previa não apenas ilícitos de natureza estritamente antitruste. Condutas como gestão fraudulenta, especulação, fraude a contratos de venda a prestação, fraude de pesos e medidas e usura eram também previstas no rol de crimes contra a economia popular. Contudo, seus dispositivos mais centrais diziam respeito às práticas de abuso cometidas por agentes de trustes, cartéis e detentores de poder econômico. Suas principais disposições estavam prescritas nos artigos 2º e 3º do decreto<sup>32</sup>.

---

LXXIX, a. XXXVI, jul., 1939, p. 45-48; HUNGRIA, Nelson. **Dos Crimes contra a Economia Popular e das Vendas a Prestações com Reserva de Domínio**, op. cit., p. 5-53.

<sup>30</sup> “Finalidades da nova lei. A leitura do texto da lei, - continuou o Ministro Francisco Campos, - mostra claramente quais os fins que tem em vista, e que são de duas ordens. O primeiro é garantir a guarda e o emprego da economia popular, que não pode ser dissipada e mal baratada em empreendimentos suspeitos, organizados, com muito barulho de propaganda, por alguns espertalhões. A lei garante o povo contra eles e lhe dá, ao mesmo tempo, segurança do bom emprego de suas economias. O bom emprego das economias populares, por sua vez, promove a formação das reservas de que o País necessita para a expansão das empresas e indústrias úteis. O segundo fim da lei é evitar o bloqueio da concorrência por meio de arranjos, combinações ou organizações destinadas a estabelecer o monopólio em certos ramos da economia pública ou a restringir a livre competição, indispensável ao desenvolvimento industrial e comercial do País”. CAMPOS, Francisco. *A Lei de Proteção à Economia Popular*, op. cit., p. 191.

<sup>31</sup> Cf. e.g. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 21; FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**, op. cit., p. 33.

<sup>32</sup> “Art. 1º Serão punidos na forma desta lei os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego.

Art. 2º São crimes dessa natureza: I - destruir ou inutilizar, intencionalmente e sem autorização legal, com o fim de determinar alta de preços, em proveito próprio ou de terceiro, matérias primas ou produtos necessários ao consumo do povo; II - abandonar ou fazer abandonar lavouras ou plantações, suspender ou fazer suspender a atividade de fábricas, usinas ou quaisquer estabelecimentos de produção, ou meios de transporte, mediante indenização paga pela desistência da competição; III - promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio; IV - reter ou açambarcar matérias primas, meios de produção ou produtos necessários ao consumo do povo, com o fim de dominar o mercado em qualquer ponto do país e provocar a alta dos preços; V - vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência; VI - provocar a alta ou baixa de preços, títulos públicos, valores ou salários por meio de notícias falsas, operações fictícias ou qualquer outro artifício; VII - dar indicações ou fazer afirmações falsas em prospectos ou anúncios, para o fim de subscrição, compra ou venda de títulos, ações ou quotas; VIII - exercer funções de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa ou sociedade do mesmo ramo de indústria ou comércio com o fim de impedir ou dificultar a concorrência; IX - gerir fraudulentamente ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas de imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlio, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados; X - fraudar de qualquer modo escriturações, lançamentos, registros, relatórios, pareceres e outras informações devidas a sócios de sociedades civis ou comerciais, em que o capital seja fracionado em ações ou quotas de valor nominativo igual ou inferior a 1:000\$000, com o fim de sonegar lucros, dividendos, percentagens, rateios ou bonificações, ou de desfalcar ou desviar fundos de reserva ou reservas técnicas.

Pena: prisão celular de 2 a 10 anos e multa de 10:000\$000 a 50:000\$000.

Art. 3º São ainda crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego: I - celebrar ajuste para impor determinado preço de revenda ou exigir do comprador que não compre de outro ven-

Alguns desses dispositivos encontram eco até hoje na atual Lei de Defesa da Concorrência brasileira, a Lei nº 12.529/2011. O art. 2º, I e IV, do Decreto-Lei nº 869/1938, tem redação próxima a do art. 36, § 3º, XIII, da Lei nº 12.529/2011<sup>33</sup>. O art. 2º, III, Decreto-Lei nº 869/1938, tanto pode ser associado a práticas de coordenação horizontal, como o cartel, previstas como infrações da ordem econômica no art. 36, § 3º, I e II, da Lei nº 12.529/2011, quanto pode ser interpretado como tipos de ato de concentração, nos termos do art. 90, da mesma Lei nº 12.529/2011<sup>34</sup>. O art. 2º, V, Decreto-Lei nº 869/1938, relaciona-se com o art. 36, § 3º, XV, da Lei nº 12.529/2011<sup>35</sup>. O art. 3º, I, é semelhante ao art. 36, § 3º, IX, da Lei nº 12.529/2011<sup>36</sup>, podendo também, em razão do termo “ajuste”, traduzir cartel ou boicote, aproximando-se do já citado art. 36, § 3º, I e II, da Lei nº 12.529/2011. É, assim, visível a natureza antitruste desses dispositivos. Mais do que isso, é evidente o legado institucional e a importância do Decreto-Lei nº 869/1938 para a construção histórica da política antitruste nacional.

### 3 A DOCTRINA CONCORRENCIAL E A EFETIVIDADE DO DECRETO-LEI Nº 869/1938

Apesar do reconhecimento de vários autores no sentido de que o Decreto-Lei nº 869/1938 foi a primeira lei brasileira com disposições antitruste<sup>37</sup>, há praticamente um

---

dedor; II - transgredir tabelas oficiais de preços de mercadorias; III - obter ou tentar obter ganhos ilícitos, em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas, mediante especulações ou processos fraudulentos (“bola de neve”, “cadeias”, “pichardismo”, etc.); IV - violar contrato de venda a prestações, fraudando sorteios ou deixando de entregar a coisa vendida, sem devolução das prestações pagas, ou descontar destas, nas vendas com reserva de domínio, quando o contrato fôr rescindido por culpa do comprador, quantia maior do que a correspondente à depreciação do objeto; V - fraudar pesos ou medidas padronizados em lei ou regulamento; possuí-los ou detê-los, para efeitos de comércio, sabendo estarem fraudados. Pena: prisão celular de 6 meses a 2 anos e multa de 2:00\$000 a 10:000\$000”.

<sup>33</sup> “Art. 36 [...] § 3º [...] XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los”.

<sup>34</sup> “Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture”.

<sup>35</sup> “Art. 36 [...] § 3º [...] XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo”.

<sup>36</sup> “Art. 36 [...] § 3º [...] IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros”.

<sup>37</sup> Cf. SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do Poder Econômico**, op. Cit., p. 3-6; BULGARELLI, Waldirio. **Concentração de Empresas e Direito Antitruste** (1975). 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 118-119; CARONE, Edgar. **O Estado Novo: 1937-1945**. Rio de Janeiro, São Paulo: Difel, 1976, p. 84-85; BARBIERI FILHO, Carlo. **Disciplina Jurídica da Concorrência**, op. cit., p. 32-34; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. **Poder Econômico**, op. cit., p. 7-9; FERAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Lei de Defesa da Concorrência, Origem Histórica e Base Constitucional**. **Arquivos do Ministério da Justiça**, n. 180, jul./dez., a. 45, 1992, p. 176-177; VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**. op. Cit., p. 244-247; FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência**, op. cit., p. 44-47; SALGADO, Lucia Helena. **A Economia Política da Ação Antitruste: o debate conceitual e um exercício para o caso brasileiro**. São Paulo: Singular, 1997, p. 175; FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, op. cit., p. 94-101; SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas** (1998). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 72-73; PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência**, op. Cit., p. 25-27; OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 17-18; BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**, op. cit., p. 24; BAGNOLI, Vicente. **Introdução ao Direito da Concorrência: Brasil – globalização – União**

consenso no sentido de que tais disposições não tiveram efetividade. Os dispositivos do decreto sem natureza antitruste teriam sido aplicados. Entretanto, o decreto não teria sido aplicado de modo efetivo no que concerne aos tipos especificamente antitruste que prevê.

Ao que se sabe, a primeira manifestação no sentido da falta de efetividade do Decreto-Lei nº 869/1938 foi de Benjamin M. Shieber. Ele afirma categoricamente que os dispositivos antitruste do decreto não foram implementados. Um único caso envolvendo a aplicação desses dispositivos teria ocorrido, mas não em sede judicial, perante a autoridade competente para julgar os crimes contra a economia popular, que era o Tribunal de Segurança Nacional<sup>38</sup>. Esse caso teria se dado no contexto de um parecer proferido pelo então Consultor-Geral da República, Aníbal Freire, em resposta a uma consulta da Standard Oil Company of Brazil. A empresa indagava a Consultoria-Geral da República a respeito da compatibilidade jurídica com o decreto de uma cláusula de um contrato de comissão mercantil. A cláusula estabelecia a obrigação de que o “comitente” somente poderia vender produtos sob as condições e preços indicados pela empresa. Também fixava a obrigação de abstenção de venda de produtos concorrentes<sup>39</sup>. O Consultor-Geral entendeu que a cláusula se enquadrava nas dispo-

---

Européia – Mercosul – Alca. São Paulo: Singular, 2005, p. 83-85; ONTO, Gustavo Gomes. **Da Irrelevância do Mercado ao Mercado Relevante**: economistas, teoria econômica e política antitruste no Brasil. Dissertação de Mestrado em Administração Pública e Governo. São Paulo: Escola de Administração de Empresas de São Paulo/Fundação Getúlio Vargas, 2009, p. 56-57; MARTINEZ, Ana Paula. Controle de Concentrações Econômicas no Brasil, op. cit., p. 13-15; BERCOVICI, Gilberto; ANDRADE, José Maria Arruda de. A Concorrência Livre na Constituição de 1988, op. cit., p. 450-452; CARVALHO, Vinicius Marques de. Aspectos Históricos da Defesa da Concorrência. In: CORDOVIL, Lenor et al. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 18; PRADO, Luiz Carlos Delorme. Infrações da Ordem Econômica e Legislação de Defesa da Concorrência no Brasil: uma perspectiva histórica. In: FARINA, Laércio (Ed.). **A Nova Lei do CADE**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012, p. 100; NASCIMENTO, Ruy Coutinho do. Quatro Momentos do Antitruste no Brasil. In: FARINA, Laércio (Ed.). **A Nova Lei do CADE**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012, p. 187-188; ANDRADE, José Maria Arruda de. **Economicização do Direito Concorrencial**, op. cit., p. 126-127; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 21-22; FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**, op. cit., p. 33-35. Alguns autores ignoram o decreto de 1938, considerando o Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945, a “Lei Malaia”, nossa primeira lei antitruste: Cf. e.g.: MAGALHÃES, Paulo Germano de. **A Nova Liberdade**, op. cit., p. 21; VENANCIO FILHO, Alberto. A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: o direito público econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968, p. 290-304; SILVA, Jorge Medeiros da. **A Lei Antitruste Brasileira**. São Paulo: Resenha Universitária, 1979, p. 27-28; PRADO, Luiz Carlos Delorme. Política de Concorrência e Desenvolvimento: reflexões sobre a defesa da concorrência em uma política de desenvolvimento. **Cadernos do Desenvolvimento**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 9, jul./dez., 2011, p. 333 (apesar de que, em outro texto, Prado reconhece o Decreto-Lei nº 869/1938 como o primeiro texto legal com disposições antitruste: PRADO, Luiz Carlos Delorme. Infrações da Ordem Econômica e Legislação de Defesa da Concorrência no Brasil, op. cit., p. 100); CARVALHO, Vinicius Marques de. Prefácio. In: OCTAVIANI, Alessandro. **Estudos Pareceres e Votos de Direito Econômico**. São Paulo: Singular, 2015, p. 12 (apesar de que, em outro texto, Carvalho cita o Decreto-Lei nº 869/1938 como marco no histórico da defesa da concorrência nacional: CARVALHO, Vinicius Marques de. Aspectos Históricos da Defesa da Concorrência, op. cit., p. 18). Outros ignoram não só o Decreto-Lei nº 869/1938, como também a “Lei Malaia”, considerando a Lei nº 4.137/1962 a primeira lei brasileira de defesa da concorrência: MATTOS, César. Introdução. A Revolução do Antitruste no Brasil. A teoria econômica aplicada a casos concretos. In: MATTOS, César (Org.). **A Revolução do Antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos**. São Paulo: Singular, 2003, p. 20; SCHUARTZ, Luis Fernando. A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 765; AMANN, Edmund; BAER, Werner. Neoliberalismo e Concentração de Mercado no Brasil: a emergência de uma contradição? Tradução de Emmanoel Boff. **Econômica**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, dez., 2006, p. 279; ONTO, Gustavo Gomes. **Da Irrelevância do Mercado ao Mercado Relevante**, op. cit., p. 58.

<sup>38</sup> O TSN será especificamente discutido no tópico seguinte deste trabalho.

<sup>39</sup> A redação da cláusula: “O comissário se obriga em tudo a observar e cumprir as instruções da Comitente, não podendo vender os artigos sinão sob as condições e aos preços indicados pela Comitente,

sições do Decreto-Lei nº 869/1938, sendo uma forma de fraudar o coletivo e devendo ser alterada nos contratos. O Presidente da República aprovou o parecer e sua ementa foi publicada no Diário Oficial da União de 20 de março de 1939<sup>40</sup>.

A assertiva de Shieber sobre a efetividade do decreto é construída nos seguintes termos:

Malgrado a amplitude dêstes dispositivos, êles não foram executados. Um exame da jurisprudência e de livros de doutrina revelou só um caso em que os dispositivos antitruste do decreto-lei foram executados, e isto ocorreu não em um processo judicial mas em um parecer do Consultor-Geral da República respondendo a uma consulta da Standard Oil Company of Brazil. No parecer, o então Consultor-Geral da República, Dr. Anibal Freire, opinou que algumas cláusulas no contrato que a Standard Oil celebrou com proprietários de postos de gasolina foram ilícitos. [...] O decreto-lei n. 869 teve repercussão no campo da regulamentação dos preços e supressão dos artifícios e fraudes na venda de mercadorias, mas não a teve no campo dos abusos de natureza antitruste<sup>41</sup>.

Esse entendimento de Shieber tem sido reproduzido ao longo dos anos por parte expressiva da literatura que se debruçou sobre a história do direito concorrencial nacional, em particular sobre o Decreto-Lei nº 869/1938:

[...] só é encontrado um caso em que a legislação foi aplicada, de acordo com a jurisprudência. Não foi um processo judicial, mas um parecer do Consultor Geral da República, Dr. Anibal Freire, que opinou sobre algumas cláusulas de um contrato celebrado entre a Standard Oil Company of Brasil e proprietários de postos de gasolina<sup>42</sup>.

Benjamin Shieber, em sua obra clássica, revela que, após examinar a jurisprudência e a doutrina brasileiras, só encontrou um caso em que as disposições da legislação antitruste foram aplicadas, ainda assim, no plano administrativo apenas<sup>43</sup>.

Ao se referir ao Decreto-lei nº 869/1938, BENJAMIN M. SHIEBER observa que, no tocante à matéria antitruste, não chegou a ser posto em prática<sup>44</sup>.

Assinala Shieber que, se por um lado o Decreto-lei 869, de 1938, foi instrumento apto a corrigir algumas disfunções no campo dos preços, artifícios e fraudes contra os consumidores, de outro não teve maior aplicação no campo antitruste. Carlo Barbieri Filho refere-se a um único caso, no qual as normas antitruste do Decreto-lei 869 encontraram aplicação: um parecer do Dr. Aníbal Freire, aprovado pelo Presidente Getúlio Vargas, sobre

---

nem negociar de qualquer modo em artigos iguais ou similares, pertencentes a terceiros, salvo autorização escrita da Comitente". HUNGRIA, Nelson. **Dos Crimes contra a Economia Popular e das Vendas a Prestações com Reserva de Domínio**, op. cit., p. 47 FREIRE, Anibal. Contratos de Comissão Mercantil Contrários à Lei de Proteção da Economia Popular – Concorrência Ilícita – de sua Repressão, na Tutela do Interesse Nacional. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. Poder Econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1985, p. 453.

<sup>40</sup> HUNGRIA, Nelson. **Dos Crimes contra a Economia Popular e das Vendas a Prestações com Reserva de Domínio**, op. cit., p. 51; FREIRE, Anibal. Contratos de Comissão Mercantil Contrários à Lei de Proteção da Economia Popular – Concorrência Ilícita – de sua Repressão, na Tutela do Interesse Nacional, op. cit., p. 454-455. Cf. também: BARBIERI FILHO, Carlo. **Disciplina Jurídica da Concorrência**, op. cit., p. 34.

<sup>41</sup> SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do Poder Econômico**, op. cit., p. 6.

<sup>42</sup> BARBIERI FILHO, Carlo. **Disciplina Jurídica da Concorrência**, op. cit., p. 34.

<sup>43</sup> VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**, op. cit., p. 247.

<sup>44</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência**, op. cit., p. 46-47.

cláusulas de contrato celebrado entre Standard Oil Company of Brazil e proprietários de postos de gasolina, em que se determinou que a consulente modificasse alguns aspectos do referido instrumento<sup>45</sup>.

Referido texto legal [o Decreto-Lei nº 869/1938], entretanto, acabou não sendo colocado em prática, como narra Benjamin M. Shieber<sup>46</sup>.

O referido decreto-lei teve pouca ou nenhuma efetividade. Nelson Hungria chegou a afirmar que: 'o Decreto n. 869 que, como já disse, foi por mim elaborado; mas devo confessar que ele foi feito de afogadilho. Encomendando com urgência tive que organizá-lo tanto atabalhoadamente'. Na mesma linha, noticia Shieber que: 'um exame da jurisprudência e de livros de doutrina revelou um só em que os dispositivos antitruste do decreto-lei foram executados, e isto ocorreu não em um processo judicial mas em um parecer do Consultor-Geral da República respondendo a uma consulta da Standard Oil Company of Brazil'<sup>47</sup>.

Logo em seguida, foi editado o Decreto-lei n. 869, de 1938, que previa como crime a prática de monopólios, artifícios, fraudes, abusos contra a economia popular e a usura. Contudo, as diretrizes antitruste constantes do referido diploma jamais foram totalmente implementadas, o que, na opinião de Benjamin Shieber, deveu-se à falta da criação de um órgão especializado para o combate de tais ilícitos. Diante da ineficácia dos mencionados dispositivos, o Direito da Concorrência brasileiro permaneceu sem evolução significativa até o Decreto-lei n. 7.666, de 1945 [...]<sup>48</sup>.

Como se vê, autores representativos vêm historicamente reiterando o quanto assinalado por Shieber em relação à efetividade do Decreto-Lei nº 869/1938. No entanto, trata-se, como se demonstrará, de visão imprecisa.

<sup>45</sup> FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste, op. cit., p. 101.

<sup>46</sup> PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência**, op. cit., p. 26.

<sup>47</sup> MARTINEZ, Ana Paula. Controle de Concentrações Econômicas no Brasil, op. cit., p. 15.

<sup>48</sup> FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**, op. cit., p. 34. José Maria Arruda de Andrade também pode ser listado. Como o autor não discorre sobre o tema, apenas transcreve o trecho de Shieber, optou-se por não fazer a transcrição acima. Cf. ANDRADE, José Maria Arruda de. **Economicização do Direito Concorrencial**, op. cit., p. 126-127, nota de rodapé nº 308. Alguns autores não afirmam expressamente que o Decreto-Lei nº 869/1938 não teve efetividade em seus dispositivos antitruste, mas, possivelmente influenciados pela narrativa dominante, inaugurada por Shieber, afirmam que as repercussões em matéria concorrencial foram pouco significativas: "O primeiro diploma antitruste brasileiro na verdade repercutiu na regulamentação de preços e na supressão dos artifícios e fraudes na venda de mercadorias. Na área específica da defesa da concorrência, pouco ou nada fez, talvez pela inexistência de um órgão especializado para se ocupar com a matéria e aplicar a lei". BAGNOLI, Vicente. **Introdução ao Direito da Concorrência**, op. cit., p. 85. No mesmo sentido, do mesmo autor: BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 318; Carvalho indica que o decreto teve efeitos "apenas na repressão de fraudes contra o consumidor, tendo pouca influência na defesa da concorrência". CARVALHO, Vinicius Marques de. **Aspectos Históricos da Defesa da Concorrência**, op. cit., p. 18; "As disposições do Decreto-Lei n. 869/38 foram depois reproduzidas pela Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que veio a regular 'os crimes e as contravenções contra a economia popular', mas que também não teve eficácia relevante, em especial quanto às hipóteses de condutas anticompetitivas". PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**, op. cit., p. 22.

### 3 O TRIBUNAL DE SEGURANÇA NACIONAL E A APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI Nº 869/1938

A Constituição de 1937 estabeleceu no seu art. 122 (17) que o processamento dos crimes contra a economia popular perante *tribunal especial*<sup>49</sup>. No já citado art. 141, a Carta equipara os crimes contra a economia popular aos crimes contra a segurança do Estado, o que deu a legitimidade para que se estabelecesse a competência de um mesmo tribunal para julgar os crimes contra a economia popular e os crimes contra o Estado.

Esse Tribunal foi o TSN. Contudo, em verdade, o TSN foi instituído antes mesmo da Carta de 1937: isso aconteceu em 1935, na esteira dos movimentos comunistas ocorrido nesse ano<sup>50</sup>. O diploma que instituiu o TSN foi a Lei nº 244, de 11 de setembro de 1936. O Decreto-Lei nº 869/1938, por outro lado, lançou luzes sobre o TSN, que incorporaria à competência original – de julgar os “crimes contra a segurança externa da Republica”, nos termos das Leis nº 38, de 4 de abril, e nº 136, de 14 de dezembro, ambas de 1935, e os “crimes contra as instituições militares”, previstos na Lei nº 38/1935 – a competência para processar e julgar os crimes contra a economia popular.

A análise não exaustiva de casos da jurisprudência do TSN, cotejada com obras doutrinárias sobre os crimes contra a economia popular, permite identificar que os dispositivos antitruste do Decreto-Lei nº 869/1938 foram aplicados pela autoridade responsável<sup>51</sup>.

Em caso de 1940, o TSN discutiu a aplicação do art. 2º, I, do decreto, que tratava como crime contra a economia popular a destruição ou inutilização de matérias-primas ou “produtos necessários ao consumo do povo”, com o objetivo de provocar alta de preços:

FALTA DE CAPACIDADE TÉCNICO-PROFISSIONAL – DESTRUIÇÃO DE MATÉRIAS PRIMAS – REQUISITOS PARA INTEGRAÇÃO DO DELITO. – A desídia, o desleixo, a falta de capacidade técnico-profissional, para trabalhos agrícolas, não constituem fato punível em lei, mau grado as suas consequências nocivas á vida econômica do país. – Para a integração do delito do art. 2.º, n.º I, do Dec.-lei 869, mistér se torna que a destruição ou inutilização de matérias primas ou produtos necessários ao consumo do povo se faça intencionalmente, com o fim de determinar alta de preços em proveito próprio ou de terceiros<sup>52</sup>.

Esse dispositivo, como já apontado acima, aproxima-se do art. 36, § 3º, XIII, da atual Lei de Defesa da Concorrência, a Lei nº 12.529/2011, que lista como infração da ordem econômica a destruição, a inutilização ou o açambarcamento de matérias-primas, produtos intermediários ou acabados. O dispositivo da lei de 2011 também considera infração concorrencial a destruição, a inutilização ou a criação de dificuldades à operação de equipamentos destinados a produzir, distribuir ou transportar ma-

<sup>49</sup> “Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 17) os crimes que atentarem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular serão submetidos a processo e julgamento perante Tribunal especial, na forma que a lei instituir”.

<sup>50</sup> Cf. CAMPOS, Francisco. CAMPOS, Francisco. A Lei de Proteção à Economia Popular, op. cit., p. 196.

<sup>51</sup> Ver a esse respeito: CABRAL, Mário André Machado Cabral. **Estado, Concorrência e Economia**, op. cit., p. 83-93.

<sup>52</sup> Processo nº 1.191. Julgado em: junho de 1940. Relator: Juiz Raul Machado. Acusado: Paulo Weiner. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. LXXXIII, a. XXXVII, fascículo 445, jul. 1940, p. 143.

térias-primas, produtos intermediários ou acabados. Vê-se, como já ponderado, o teor antitruste da disposição do Decreto-Lei nº 12.529/1938, a ponto de conteúdo praticamente idêntico estar presente na lei antitruste atualmente vigente, produzida mais de 70 anos depois.

Outro caso, também de 1940, pautou-se pela discussão da aplicação do art. 3º, I, do Decreto-Lei nº 869/1938. Ao processo no TSN, foi apensado um processo originado de São Paulo, em que se obteve um documento que tinha o título de “Compromisso de honra”. O documento indicava um acordo entre empresas concorrentes para fixar os preços de revenda de produtos odontológicos. No processo, restou evidenciado que as empresas que não cumprissem o acordo entabulado entre as concorrentes, praticando no mercado preços abaixo dos tabelados no “compromisso”, poderiam ser sancionadas. A sanção seria a exclusão do Sindicato dos Comerciantes de Material e Instrumental Científico de S. Paulo e do Sindicato dos Comerciantes de Artigos Dentários do Rio de Janeiro. No TSN, teve particular importância a discussão sobre o nível de prova necessário para se evidenciar o crime contra a economia popular. O Tribunal consignou que não se sustentava a tese de defesa de que seria necessária, para comprovar o crime, a prova da celebração de ajuste que atendesse aos requisitos de legalidade de um contrato formal. A consciência da ilicitude impediria que os organizadores de “trusts” celebrassem um acordo formal. Se fosse exigido esse nível de prova, os criminosos ficariam impunes para a prática de comportamentos que produziriam preços arbitrários “com o fim de lucros certos e naturalmente excessivos”:

ECONOMIA POPULAR – CELEBRAÇÃO DE AJUSTE – COAÇÃO MORAL. – A expressão ‘celebrar ajuste’ não pode ser entendida no pressuposto de ‘pacto contratualmente firmado pelos interessados com observância de formalidades legais que lhe dêem validade, tornando exigíveis as obrigações no mesmo pacto firmadas’. Nem seria admissível que os organizadores de ‘trusts’ celebrassem ajustes, com todas as formalidades de um contrato jurídico, para o exercício de atividades sabidamente criminosas. – Impedindo-se a liberdade de comércio e o livre exercício da concorrência, grava-se o preço dos produtos em foco, com o fim de lucros certos e naturalmente excessivos, para um determinado grupo. – aplicação do Dec.-lei n.º 869, de 18 de novembro de 1938<sup>53</sup>.

O caso revela o debate no âmbito do TSN acerca de um acordo horizontal para impor uma restrição vertical de preço. Quando o TSN destaca que, mediante acordo ilícito, concorrentes organizados em sindicatos arbitraram preços acima dos preços que seriam competitivos, ilustra-se uma preocupação que vai além da conduta legal e moralmente condenável, alcançando uma preocupação com os prejuízos à coletividade, traduzida à época na proteção à economia popular. Ademais, a celebração de ajuste para impor preço de revenda, prevista como crime contra a economia popular no art. 3º, I, do Decreto-Lei nº 869/1938, aproxima-se, conforme já arrazoado, do art. 36, § 3º, I e II, da Lei nº 12.529/2011, que tipifica como condutas anticompetitivas as práticas de coordenação horizontal (*i.e.*, entre concorrentes), notadamente ajuste entre concorrentes para fixar preços (alínea “a” do art. 36, § 3º, I), como o cartel. Pode-se adicionar a referência ao art. 36, § 3º, IX, que arrola a fixação de preços de revenda

<sup>53</sup> Processo n.º 873. Julgado em: 19 de agosto de 1940. Relator: Juiz Raul Machado. Acusado: Udo Repsol e outros. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. LXXXIV, a. XXXVII, fascículo 448, out. 1940, p. 193.

como infração da ordem econômica. Isto é, o caso examinado acima, da jurisprudência do TSN, revela uma discussão de natureza tipicamente concorrencial, a respeito da aplicação de um dispositivo de teor antitruste da lei de 1938.

Cite-se, ainda, caso que chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) relacionado à aplicação do Decreto-Lei nº 869/1938. Trata-se de um processo envolvendo conflito de competência entre o TSN e um juiz de direito do estado da Paraíba. O caso era pertinente à invasão de uma propriedade rural e à produção de estragos na lavoura que constava dessa propriedade. O magistrado do estado da Paraíba entendeu que os fatos narrados se enquadravam como crime contra a economia popular nos termos do art. 2º, I, do decreto. O TSN, por outro lado, esposou o entendimento de que a destruição de “matérias-primas ou produtos necessários ao consumo do povo” somente seria cogitada como crime contra a economia popular, suscitando a competência do TSN, se praticada “com o fim de determinar alta de preços”. O STF concordou com o TSN, decidindo pela competência do julgador paraibano<sup>54</sup>.

A identificação de casos de aplicação e análise dos dispositivos antitruste do Decreto-Lei nº 869/1938 já havia sido feita por autores brasileiros. Eurico Castello Branco examinou, em “Anotações às Leis de Segurança e Economia Popular”, já de 1940, casos julgados pelo TSN em que houve discussão sobre os tipos ilícitos de conteúdo antitruste do decreto de 1938<sup>55</sup>. Elias de Oliveira, em “Crimes contra a Economia Popular e o Juri Tradicional”, de 1952, faz uma análise sistemática da Lei de Crimes contra a Economia Popular, trazendo referências a diversos casos julgados pelo TSN nos quais ocorreu a discussão sobre os dispositivos de natureza concorrencial da lei<sup>56</sup>. Tais autores passaram despercebidos por Shieber e pela doutrina antitruste brasileira que vem seguindo Shieber.

Cabe, ainda, um questionamento acerca do entendimento de Shieber sobre a razão pela qual as disposições antitruste do decreto não foram aplicadas. O autor enxerga na falta de um órgão especializado o principal motivo da falta de efetividade<sup>57</sup>. É verdade que, sob a égide do Decreto-Lei nº 869/1938, não existia um órgão antitruste típico, como a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (C.A.D.E.), prevista no Decreto-Lei nº 7.666/1945 (a “Lei Malaia”), ou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), surgido na esteira da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962. No entanto, o TSN era um órgão que não tinha competências tão amplas como os órgãos judiciários comuns; o processamento e o julgamento de crimes contra a economia popular, que incluíam os ilícitos antitruste, eram uma relevante competência do tribunal<sup>58</sup>. Acrescente-se, ademais, que o Decreto-Lei nº 869/1938 foi, de certo mo-

<sup>54</sup> Conflito de Jurisdição nº 1.527. Suscitante: Tribunal de Segurança Nacional. Suscitado: Juiz de Direito de Brejo da Cruz, Paraíba. Relator: Ministro Orozimbo Nonato da Silva. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. LXXXVIII, a. XXXVIII, out. 1941, p. 234-235.

<sup>55</sup> Veja-se a jurisprudência colacionada pelo autor para os artigos 2º e 3º da lei: CASTELLO BRANCO, Eurico. *Anotações às Leis de Segurança e Economia Popular*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1940, p. 149-197. Do mesmo autor, ver também: CASTELLO BRANCO, Eurico. *Dicionário de Jurisprudência do Tribunal de Segurança Nacional: economia popular e defesa do Estado*. São Paulo: Universal, 1943.

<sup>56</sup> OLIVEIRA, Elias de. *Crimes contra a Economia Popular e o Juri Tradicional*, op. cit.,.

<sup>57</sup> “A nosso ver um fator que contribuiu sensivelmente para este desuso encontra-se no fato de que não se cuidou de criar um órgão especializado com competência para executar os dispositivos antitruste do decreto-lei n. 869”. SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do Poder Econômico*, op. cit., p. 6.

<sup>58</sup> No sentido de que as competências do TSN foram se ampliando conforme avançava a Segunda Guerra mundial, cf. BALZ, Christiano Celmer. *O Tribunal de Segurança Nacional: aspectos legais e doutrinários de um tribunal da Era Vargas (1936-1945)*. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: Pro-

do, complementado por outros dois diplomas legais que traduziam uma preocupação subjacente ao decreto, que era a questão do abastecimento<sup>59</sup>: o Decreto-Lei nº 1.607, de 16 de setembro de 1939, e o Decreto-Lei nº 1.716, de 28 de outubro de 1939. O primeiro criou a Comissão de Abastecimento<sup>60</sup>. O segundo dispôs sobre a “configuração e o julgamento dos crimes contra a economia popular”, definindo o que eram produtos de “primeira necessidade” e “necessários ao consumo do povo”. A Comissão de Abastecimento foi um ensaio de comissão administração para lidar com temas de regulação econômica, indicando semelhantes preocupações que o Estado brasileiro já havia manifestado ao elaborar o Decreto-Lei nº 869/1938. Ou seja, ainda que o TSN e a Comissão de Abastecimento não fossem típicos órgãos antitruste, não se recomendaria afirmar que não havia autoridades estatais aptas a lidar com normas de natureza antitruste do ordenamento brasileiro. De qualquer modo, esse argumento de Shieber parte de um pressuposto impreciso, isto é, de que as normas antitruste do decreto não tiveram efetividade<sup>61</sup>.

Por fim, é cabível uma observação crítica em relação à atuação do TSN na aplicação do Decreto-Lei nº 869/1938. Como já se apontou, o tribunal havia sido instituído para processar e julgar os crimes contra o Estado e os crimes contra a economia popular. Os agentes que perpetrariam os primeiros tipos de crimes seriam os inimigos internos e externos do Estado. Os agentes que perpetrariam os segundos tipos de crimes seriam, prioritariamente, aqueles capazes, em razão de seu poder econômico, de prejudicar o bem-estar econômico da coletividade, é dizer, os “tubarões” da economia<sup>62</sup>, organizados em grandes grupos econômicos no contexto de “trustes, anéis e cartéis”<sup>63</sup>. Reynaldo Pompeu de Campos ressalta que parte considerável dos casos que chegaram ao TSN a respeito de crimes contra a economia popular envolvia agentes de menor porte<sup>64</sup>. Processos contra grandes grupos ocorreram; contudo, conforme Christiano Celmer Balz pondera, tais casos não resultaram em condenações<sup>65</sup>. Nelson Hungria, que elaborou, a convite de Francisco Campos, o decreto, chegou a afirmar os

---

grama de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2009, p. 213-216. Balz lista os decretos responsáveis pela ampliação da competência do TSN.

<sup>59</sup> O antitruste no Brasil, no contexto do Decreto-Lei nº 869/1938, surge com uma preocupação com duas questões centrais: abastecimento e carestia de vida (altos preços). Cf. CABRAL, Mário André Machado Cabral. **Estado, Concorrência e Economia**, op. cit., p. 93-107. Sobre a questão do abastecimento no período, ver: LINHARES, Maria Yedda Leite; SILVA, Francisco Carlos Teixeira da. **História Política do Abastecimento: 1918-1974**. Brasília: BINAGRI, 1979, p. 96-122.

<sup>60</sup> Apesar de extinta pouco tempo depois, pelo Decreto-Lei nº 2.449, de 25 de julho de 1940, a Comissão de Abastecimento revelou a preocupação do governo com um tema sensível à época, o abastecimento, e produziu debate que foi retomado nos anos 1950, com as Leis nº 1.521 (dispôs sobre os crimes contra a economia popular, de forma semelhante ao Decreto-Lei nº 869/1938) e nº 1.522 (criou a Comissão Federal de Abastecimento e Preços – COFAP), ambas de 26 de dezembro de 1951. Essas duas leis são mencionadas por alguns autores da doutrina antitruste nacional como relevantes para a história da legislação concorrencial brasileira. Cf. VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**, op. cit., p. 251-252; FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste, op. cit., p. 106-110; NASCIMENTO, Ruy Coutinho do. Quatro Momentos do Antitruste no Brasil, op. cit., p. 188; CABRAL, Mário André Machado Cabral. **Estado, Concorrência e Economia**, op. cit., p. 169-172.

<sup>61</sup> A esse respeito, cf. CABRAL, Mário André Machado Cabral. **Estado, Concorrência e Economia**, op. cit., p. 103-105, especialmente p. 105, nota de rodapé nº 254.

<sup>62</sup> A expressão “tubarões” no contexto da discussão sobre a efetividade do Decreto-Lei nº 869/1938 foi utilizada pelo próprio Nelson Hungria, perante a Câmara dos Deputados, no âmbito do debate sobre o Projeto de Lei nº 3/1955, que renovou o Projeto de Lei nº 122/1948 e deu origem à Lei nº 4.137/1962: CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Diário do Congresso Nacional**, Rio de Janeiro, 22 fev. 1956, seção 1, p. 1192-1193. Mais recentemente, Christiano Celmer Balz lançou mão da expressão: BALZ, Christiano Celmer. **O Tribunal de Segurança Nacional**, op. cit., p. 216.

<sup>63</sup> CAMPOS, Francisco. A Lei de Proteção à Economia Popular, op. cit., p. 190.

<sup>64</sup> CAMPOS, Reynaldo Pompeu de. Repressão Judicial no Estado Novo: esquerda e direita no banco dos réus. Rio de Janeiro: Achiamé, 1982, p. 116.

<sup>65</sup> BALZ, Christiano Celmer. **O Tribunal de Segurança Nacional**, op. cit., p. 216-217.

grandes grupos não foram afetados pela lei, que terminou sendo aplicada ao “mísero vendeiro de esquina, que pede mais vinte centavos no quilo do açúcar, ou o padeiro que pede mais dez centavos além do preço da tabela!”<sup>66</sup>.

Diante do exposto acima, o exame dos casos acima, sem a pretensão de consubstanciar análise exaustiva, demonstra apenas que mesmo uma tese historicamente reiterada sobre a efetividade de uma lei dessa importância para a área do direito concorrencial, como é a tese de Shieber, merece verificação detida. As disposições concorrenciais do Decreto-Lei nº 869/1938 tiveram efetividade para além do caso do parecer da Standard Oil. O TSN se debruçou sobre casos que demandaram a aplicação desses dispositivos. Trata-se de constatação que reafirma a importância da pesquisa empírica, do exame da história jurisprudencial e da postura cética do pesquisador. Esse esforço analítico permite afirmar que o entendimento a respeito da suposta falta de efetividade do Decreto-Lei nº 869/1938 é um mito do direito concorrencial brasileiro<sup>67</sup>.

## CONCLUSÃO

O Decreto-Lei nº 869/1938 ostenta substancial relevância para a história da legislação e da política antitruste do País. Trata-se do primeiro diploma normativo nacional com disposições especificamente antitruste. Se hoje a política de defesa de concorrência goza do prestígio que tem, com cada vez mais ampla produção doutrinária e com a autoridade antitruste nacional, o CADE, ocupando lugar de destaque nos debates públicos nacionais, o início da história dessa política remete ao Decreto-Lei nº 869/1938. Nesse sentido, o exame da efetividade do referido decreto se justifica por si. Apesar disso, a doutrina antitruste nacional aceitou acriticamente as considerações do professor norte-americano Benjamin M. Shieber. A tese de Shieber cravou que o decreto, em suas disposições antitruste, simplesmente careceu de aplicação pela autoridade competente, o TSN. O único caso de aplicação de tais disposições teria sido em um parecer do Consultor-Geral da República elaborado como resposta a consulta feita pela empresa Standard Oil, em 1939, ou seja, não em um caso julgado pelo TSN.

Uma análise não exaustiva da jurisprudência do TSN demonstra que a tese de Shieber não é acertada. O TSN teve a oportunidade de discutir, em mais de um caso, os dispositivos antitruste do Decreto-Lei nº 869/1938, tendo até havido um processo que chegou ao STF a respeito de tais dispositivos. Mais grave ainda: antes de Shieber, autores nacionais já haviam se debruçado sobre a jurisprudência do TSN, destacando casos de aplicação pelo Tribunal dos dispositivos de teor antitruste. Pelo menos dois

---

<sup>66</sup> “[...] enquanto os capitães de indústria, os *tubarões*, os polvos se enriquecem da noite para o dia, fazendo impunemente fortunas astronômicas à custa da carestia da vida e dos preços máximos, apenas sofre as consequências penais o mísero vendeiro de esquina, que pede mais vinte centavos no quilo do açúcar, ou o padeiro que pede mais dez centavos além do preço da tabela!”. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Diário do Congresso Nacional**, Rio de Janeiro, 22 fev. 1956, seção 1, p. 1193. Sobre esse ponto, ver: CABRAL, Mário André Machado Cabral. **Estado, Concorrência e Economia**, op. cit., p. 91-93.

<sup>67</sup> Apesar de apontar a imprecisão das constatações de Shieber, reconhece-se aqui sua importância para a doutrina do direito concorrencial brasileiro. Foi um dos primeiros autores a publicar um livro sistemático sobre a área – apenas quatro anos após a publicação Lei nº 4.137/1962, que ensejou a criação do Cade. Sobre a importância e o legado de Shieber, ver: CORDOVIL, Leonor. Benjamin Shieber e o Antitruste: das lacunas de 1962 à Lei 12.529/2011. **Revista dos Tribunais**, v. 918, abr., 2012, p. 50-60.

autores podem ser mencionados: Eurico Castello Branco e Elias de Oliveira. Tais autores trataram do decreto e demonstraram sua efetividade a partir da referência a casos diversos decididos pelo TSN ao longo dos anos de sua existência. Nem Castello Branco nem Oliveira foram notados por Shieber ou pela doutrina concorrencial que vem reafirmando a tese da ausência de aplicação dos artigos de teor antitruste do decreto.

Conforme já se ponderou, com base em Hovenkamp, pode-se afirmar que o antitruste é uma área propensa à construção de mitos<sup>68</sup>. No Brasil, o mito da falta de efetividade antitruste do Decreto-Lei nº 869/1938 foi afirmado e reiterado. A partir do exame da pouco conhecida, sobretudo nos debates acadêmicos antitruste, jurisprudência do TSN e da recuperação da doutrina produzida sobre a Lei de Crimes contra a Economia Popular, de 1938, o presente trabalho buscou questionar a assertiva inicialmente endereçada por Shieber e reafirmada por parte substancial da doutrina concorrencial pátria. Com isso, elucidou-se a efetividade dos dispositivos antitruste do decreto, justificando-se o questionamento da assertiva e demonstrando-se que a tese de Shieber é, em verdade, um mito.

## REFERÊNCIAS

AMANN, Edmund; BAER, Werner. Neoliberalismo e Concentração de Mercado no Brasil: a emergência de uma contradição? Tradução de Emmanoel Boff. *Econômica*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, dez., 2006, p. 269-289.

ANDRADE, José Maria Arruda de. **Economicização do Direito Concorrencial**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BAGNOLI, Vicente. **Introdução ao Direito da Concorrência**: Brasil – globalização – União Européia – Mercosul – Alca. São Paulo: Singular, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito Econômico e Concorrencial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BALZ, Christiano Celmer. **O Tribunal de Segurança Nacional**: aspectos legais e doutrinários de um tribunal da Era Vargas (1936-1945). Dissertação de Mestrado. Florianópolis: Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2009.

BARBIERI FILHO, Carlo. **Disciplina Jurídica da Concorrência**: abuso do poder econômico. São Paulo: Resenha Tributária, 1984.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

\_\_\_\_\_. **Constituição e Estado de Exceção Permanente: Atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

\_\_\_\_\_. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. ; ANDRADE, José Maria Arruda de. A Concorrência Livre na Constituição de 1988. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (Org.). **Filosofia e Teoria Geral do Direito**: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 449-468.

---

<sup>68</sup> Cf. HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy**, op. cit., p. 60.

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BORK, Robert H. **The Antitrust Paradox: a policy at war with itself**. Nova York: Free, 1993.
- BRANCO, Eurico. **Dicionário de Jurisprudência do Tribunal de Segurança Nacional: economia popular e defesa do Estado**. São Paulo: Universal, 1943.
- BULGARELLI, Waldirio. **Concentração de Empresas e Direito Antitruste** (1975). 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.
- CABRAL, Mário André Machado Cabral. **Estado, Concorrência e Economia: convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil**. 2016. 291 p. Tese (Doutorado em Direito Econômico) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Diário do Congresso Nacional**, Rio de Janeiro, 22 fev. 1956, seção 1, p. 1191-1993.
- CAMPOS, Francisco. A Lei de Proteção á Economia Popular. Entrevista do Sr. Ministro da Justiça, concedida a “A Noite”, em 28 de novembro de 1938. In: HUNGRIA, Nelson. **Dos Crimes contra a Economia Popular e das Vendas a Prestações com Reserva de Domínio**. Rio de Janeiro: Forense, 1939, p. 187-198.
- CAMPOS, Reynaldo Pompeu de. **Repressão Judicial no Estado Novo: esquerda e direita no banco dos réus**. Rio de Janeiro: Achiamé, 1982.
- CARONE, Edgar. **O Estado Novo: 1937-1945**. Rio de Janeiro, São Paulo: Difel, 1976.
- CARVALHO, Vinicius Marques de. Aspectos Históricos da Defesa da Concorrência. In: CORDOVIL, Leonor et al. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 18
- \_\_\_\_\_. Prefácio. In: OCTAVIANI, Alessandro. **Estudos Pareceres e Votos de Direito Econômico**. São Paulo: Singular, 2015, p. 11-13.
- CASTELLO BRANCO, Eurico. **Anotações ás Leis de Segurança e Economia Popular**. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1940.
- CASTRO, Araújo. **A Nova Constituição Brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936.
- CORDOVIL, Leonor. Benjamin Shieber e o Antitruste: das lacunas de 1962 à Lei 12.529/2011. **Revista dos Tribunais**, v. 918, abr., 2012, p. 50-60.
- FAUSTO, Boris. **A Revolução de 1930: historiografia e história** (1970). 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1979..
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Lei de Defesa da Concorrência, Origem Histórica e Base Constitucional. **Arquivos do Ministério da Justiça**, n. 180, jul./dez., a. 45, 1992, p. 175-185.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência: comentários à legislação antitruste** (1995). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste** (1998). 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. **Poder Econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

- FREIRE, Anibal. Contratos de Comissão Mercantil Contrários à Lei de Proteção da Economia Popular – Concorrência Ilícita – de sua Repressão, na Tutela do Interesse Nacional. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. **Poder Econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil** (1959). 34. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- GERHART, Peter M. The Supreme Court and Antitrust Analysis: the (near) triumph of the Chicago School. **Supreme Court Review**, v. 319, 1982, p. 319-349.
- GUEDES, Marco Aurélio Peri. **Estado e Ordem Econômica e Social: a experiência constitucional da República de Weimar e a Constituição brasileira de 1934**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice**. 3. ed. St. Paul: Thomson/West, 2005.
- HUNGRIA, Nelson. **Dos Crimes contra a Economia Popular e das Vendas a Prestações com Reserva de Domínio**. Rio de Janeiro: Forense, 1939.
- \_\_\_\_\_. Os Crimes contra a Economia Popular e o Intervencionismo do Estado. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. LXXIX, a. XXXVI, jul., 1939, p. 45-48.
- KWOKA JR., John E.; WHITE, Lawrence J. Introduction. In: KWOKA JR., John E.; WHITE, Lawrence J. (Eds). **The Antitrust Revolution**. Nova York: HarperCollins, 1989, p. 1-5.
- LINHARES, Maria Yedda Leite; SILVA, Francisco Carlos Teixeira da. **História Política do Abastecimento: 1918-1974**. Brasília: BINAGRI, 1979.
- LYRA FILHO, João. **Problemas de Economia Popular**. Rio de Janeiro: Alba, 1939.
- \_\_\_\_\_. **A Proteção da Economia Popular**. Rio de Janeiro: Irmãos Di Giorgio & Cia., 1946.
- LYRA, Roberto. **Crimes contra a Economia Popular: doutrina, legislação e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Jacinto, 1940.
- MARTINEZ, Ana Paula. Controle de Concentrações Econômicas no Brasil: passado, presente e futuro. **Revista do IBRAC**, São Paulo, n. 18, jul./dez., 2010, p. 11-57.
- MATTOS, César. Introdução. A Revolução do Antitruste no Brasil. A teoria econômica aplicada a casos concretos. In: MATTOS, César (Org.). **A Revolução do Antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos**. São Paulo: Singular, 2003, p. 19-21.
- NASCIMENTO, Ruy Coutinho do. Quatro Momentos do Antitruste no Brasil. In: FARINA, Laércio (Ed.). **A Nova Lei do CADE**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012, p. 187-194.
- OLIVEIRA, Elias de. **Crimes contra a Economia Popular e o Juri Tradicional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952.
- OLIVEIRA, Francisco de. Crítica à Razão Dualista (1972). In: OLIVEIRA, Francisco de. **Crítica à Razão Dualista / O Ornitórrinco**. São Paulo: Boitempo, 2003, p. 25-119.
- OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- ONTO, Gustavo Gomes. **Da Irrelevância do Mercado ao Mercado Relevante: economistas, teoria econômica e política antitruste no Brasil**. Dissertação de Mestrado em Administração Pública e Governo. São Paulo: Escola de Administração de Empresas de São Paulo/Fundação Getúlio Vargas, 2009.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016.

PEUKERT, Detlev J. K. **Die Weimarer Republik**: Krisenjahre der Klassischen Moderne. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987.

POSNER, Richard. The Rule of Reason and the Economic Approach: reflections on the Sylvania decision. **The University of Chicago Law Review**, v. 45, n. 1, 1977, p. 1-20.

PRADO, Luiz Carlos Delorme. Infrações da Ordem Econômica e Legislação de Defesa da Concorrência no Brasil: uma perspectiva histórica. In: FARINA, Laércio (Ed.). **A Nova Lei do CADE**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012, p. 96-123.

\_\_\_\_\_. Política de Concorrência e Desenvolvimento: reflexões sobre a defesa da concorrência em uma política de desenvolvimento. **Cadernos do Desenvolvimento**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 9, jul./dez., 2011, p. 321-342.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001.

SALGADO, Lucia Helena. **A Economia Política da Ação Antitruste**: o debate conceitual e um exercício para o caso brasileiro. São Paulo: Singular, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as estruturas (1998). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SCHUARTZ, Luís Fernando. A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 761-780.

SILVA, Jorge Medeiros da. **A Lei Antitruste Brasileira**. São Paulo: Resenha Universitária, 1979.

SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do Poder Econômico**: direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

STOLLEIS, Michael. **Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland**. Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur: 1914-1945. München: C. H. Beck, 1999, vol. 3.

VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VENANCIO FILHO, Alberto. **A Intervenção do Estado no Domínio Econômico**: o direito público econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

**Submetido em: 15 jan. 2018. Aceito em: 27 nov. 2018.**



# REFUGIADOS AMBIENTAIS NO BRASIL: UMA ABORDAGEM A PARTIR DO CASO DO HAITI

*Sidney Guerra\**

## **Resumo**

Os refugiados ambientais são indivíduos forçados a migrar devido a desastres ambientais ocasionados por causas naturais ou interferência antrópica. Contudo, não estão formalmente reconhecidos em nível internacional por não constarem no rol estabelecido pela Convenção da ONU de 1951. Diante disso, muito tem se discutido quanto a inclusão dessas pessoas na categoria de refugiado. O presente estudo se propõe a analisar o tratamento conferido pelo Brasil aos haitianos que vieram para o território nacional, a partir da verificação de dois eventos naturais que devastaram o país nos anos de 2010 e 2016. O método usado é o dedutivo dentro de uma pesquisa qualitativa, com objetivos exploratórios e explicativos.

## **Palavras-chave**

refugiados ambientais; categoria migratória; haitianos.

## **ENVIRONMENTAL REFUGEES IN BRAZIL: an approach from the Haiti case**

### **Abstract**

The environmental refugees are individuals forced to migrate due to environmental disasters caused by natural causes or anthropic interference. However, they are not formally recognized category at an international level because they do not figure in the list established by the 1951'S UN Convention. In light of this, much has been debated as to inclusion of these persons in the refugee category. The presente study proposes to analyze the treatment Brazil to the haitian people who came to our national territory, by verifying two natural events that devastated Haiti in 2010 and 2016. The method used is analytical within a qualitative research, with exploratory and explanatory objectives.

### **Keywords:**

environmental refugees; migratory category; haitian

---

\* Pós-Doutor pelo Centro de Estudos Sociais (CES) da Universidade de Coimbra; Pós-Doutor pelo Programa Avançado de Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PACC/UFRJ) e Pós-Doutorando pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP). É Doutor, Mestre e Especialista em Direito. Professor Associado da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ) e Professor Titular da Universidade do Grande Rio. Professor Convidado de várias Instituições de Ensino Superior no Brasil e no exterior. Visiting Researcher pela Stetson University Law School. Realizou pesquisas com financiamento de várias agências de fomento, tais como: CNPq, CAPES, MJ/PNUD, FAPERJ, FUNADESP e Fundação Dom Cinha. Detentor do título de pesquisa outorgado pela FAPERJ (Cientista do Estado do Rio de Janeiro). Além de Advogado, é também formado em Administração de Empresas, e tem pautado sua atuação profissional no campo do Direito Público. É ainda consultor jurídico e parecerista, tendo sido Diretor Jurídico e Procurador Municipal e Secretário Municipal de Administração de Duque de Caxias - RJ (janeiro de 2013 a dezembro de 2016). É ainda autor de vários livros, além de ter diversos artigos publicados em revistas especializadas, livros em coautoria, periódicos e anais. <http://orcid.org/0000-0002-5309-662X>

## 1. INTRODUÇÃO

O fenômeno migratório não é recente. Ao contrário, data desde os primórdios das civilizações. O homem primitivo, quando constatava que a terra que lhe dava os meios necessários para o sustento próprio e dos seus já estava exaurida, procurava em outras regiões novos campos de abastecimento<sup>1</sup>.

De certo modo, é possível afirmar que tal fato permanece ainda nos dias atuais posto que o movimento migratório manifesta-se de forma intensa, especialmente em direção aos países desenvolvidos. Tal fato tem provocado manifestações contrárias de vários segmentos da sociedade civil<sup>2</sup>, sendo certo que isso ocorre de maneira mais acentuada em algumas regiões do planeta principalmente em razão da eclosão de guerras civis, problemas étnicos ou religiosos, conflitos armados e também por questões ambientais.<sup>3</sup>

Com efeito, a migração contínua e maciça de grande número de pessoas<sup>4</sup> tem produzido sérias consequências tanto do local de onde provieram como também para o local de chegada<sup>5</sup>. Todavia, apesar das dificuldades que são observadas, desde a saída, até a chegada ao destino final, o número de refugiados tem aumentado de maneira significativa em vários cantos do planeta, posto que as pessoas se deslocam com a esperança de se instalar em determinado Estado para dar início a uma “nova vida” sem pressões, contratempos, ameaças, enfim, sem os perigos que se manifestavam em seu países de origem.<sup>6</sup>

De fato, conforme alguns autores<sup>7</sup> afirmam, o refúgio não é um instituto jurídico que nasce da vontade de um Estado soberano de ofertar proteção a um cidadão estrangeiro que se encontra em seu território – é tão somente o reconhecimento de um direito pré-existente à demanda formal do indivíduo. Questionamentos ao conceito

<sup>1</sup> Vide a propósito os estudos produzidos por GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian. **Direito das minorias e grupos vulneráveis**. Ijuí: Unijuí, 2008.

<sup>2</sup> Nesse sentido, vide JORDAN, Bill. **Irregular migration: the dilemmas of transnational mobility**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2002, p. 15), que aponta o significado sobre a migração irregular, especialmente nos chamados países de primeiro mundo, e apresenta a rejeição da sociedade civil diante desta questão: “Irregular migration – crossing borders without proper authority, or violating conditions for entering another country – has been seen as a threat to the living standards and the cultures of the citizens of rich, predominantly white, First World states. In the 1990s the rise in claims for political asylum by black and Asian migrants to such countries was defined as disguised irregular migration. Public opinion polls conducted in EU member states in 2001 gave ‘race relations and immigration’ as the fourth most important problem facing both the UK and the other states, well ahead of education, health and poverty”.

<sup>3</sup> Sobre esse assunto, vide GUERRA, Sidney. **Sociedade de risco e o refugiado ambiental. Direito no século XXI**. Curitiba: Juruá, 2008.

<sup>4</sup> GIDDENS, Anthony. **Global Europe, social Europe**. Cambridge: Polity Press, 2006, p. 26, lembra que o tema que corresponde a imigração tem-se apresentado como um “tema quente” na Europa: “Immigration has become one of the hottest of hot topics across Europe. The term ‘immigrant’, of course, covers a multitude of differences. There are immigrants from 150 different countries living in the UK, for example. Great variations can exist among those coming from the same country, depending upon differences in socioeconomic background, ethnicity, culture and others factors”.

<sup>5</sup> Na mesma direção, MAIA, Rui Leandro Alves. **O sentido das diferenças: migrantes e naturais**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 41: “Qualquer que seja o sentido que dermos às migrações (internacionais ou internas), permanecem sempre como condicionamentos de explicação os elementos espaço e tempo. As migrações abrangem um número significativo de pessoas que, mudando de um espaço para outro, provocam alterações no tamanho e composição das populações envolvidas: a do espaço da origem e a do espaço do acolhimento”.

<sup>6</sup> Neste sentido, GUERRA, Sidney. **O instituto jurídico do refúgio à luz dos Direitos humanos**. Curitiba: Ius Gentium, v. 7, 2016

<sup>7</sup> WALDELY, Aryadne Bittencourt; VIRGENS, Bárbara Gonçalves; ALMEIDA, Carla Miranda Jordão. **Refúgio e realidade: desafios da definição ampliada de refúgio à luz das solicitações no Brasil**. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/remhu/v22n43/v22n43a08.pdf>

de refugiado há tempos já são levantados frente à insurgência de novos desafios impostos à comunidade internacional, como indica o número crescente de pessoas deslocadas em decorrência de miséria extrema ou mesmo os migrantes por razões ambientais.

Assim, o presente artigo tem por finalidade apresentar alguns aspectos relativos a figura do refugiado ambiental tendo como pano de fundo a situação dos haitianos que se estabelecem na República Federativa do Brasil.

O artigo utiliza-se do método dedutivo, o qual possibilita uma análise sobre os refugiados ambientais no Brasil, em particular sobre o caso dos haitianos. Nesse sentido, as abordagens feitas foram pautadas numa pesquisa qualitativa, com objetivos exploratórios e explicativos, sendo fundamentalmente usada bibliografia específica e documentos.

## 2. A FIGURA DO REFUGIADO AMBIENTAL

A ocorrência cada vez mais comum de catástrofes ambientais, seja por interferência antrópica ou causas naturais, tem feito com que grupos de pessoas tenham que se deslocar para estabelecer habitação em outros locais.

Embora o fenômeno do deslocamento por motivos ambientais não seja novidade, visto que sempre ocorreu no decorrer da história, hodiernamente tem-se observado uma intensificação desse tipo de fluxo migratório, o que tem ensejado a discussão jurídica a respeito de sua inclusão enquanto categoria.

O termo “refúgio ambiental” foi popularizado em 1985 pelo autor egípcio Essam El- Hinnawi, professor do Egyptian National Research Centre em Cairo. Englobaria, assim “aquelas pessoas que foram forçadas a abandonar seu habitat tradicional, temporária ou permanentemente, devido a uma grave interrupção ambiental natural ou desencadeada por pessoas, que comprometeram sua existência e afetaram seriamente a qualidade de sua vida. “Interrupção ambiental” significa qualquer mudança física, química ou biológica no ecossistema (ou a base de recursos) que o representam, temporariamente ou permanentemente, impróprios para suportar a vida humana”.<sup>8</sup>

A Convenção da ONU de 1951 estabelece as hipóteses e situações consideradas como ensejadoras de refúgio<sup>9</sup> e, portanto, há uma discussão acerca da existência dos refugiados ambientais enquanto categoria migratória, tendo em vista que não são contemplados na Convenção.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> **Essam El- Hinnawi** *apud* **CARDY, 1994, p.2.** ““Environmental Refugees are those people who have been forced to leave their traditional habitat, temporarily or permanently, because of a marked environmental disruption (natural and/or triggered by people) that jeopardized their existence and/or seriously affected the quality of their life. By “environmental disruptions” in this definition is meant any physical, chemical and/or biological changes in the ecosystem (or the resource base) that render it, temporarily or permanently, unsuitable to support human life.” Tradução livre. Disponível em: <file:///C:/Users/WINDOWS/Downloads/Environment\_and\_forced\_migration\_.pdf> Acesso em: 09 de jun. 2017.

<sup>9</sup> A propósito, vide **GUERRA, Sidney. Direito Internacional dos Direitos Humanos.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 60.

<sup>10</sup> A Convenção relativa ao estatuto dos refugiados de 1951 define refugiado como qualquer pessoa que: “foi considerada refugiada nos termos dos ajustes de 12 de maio de 1926 e de 30 de junho de 1928, ou das Convenções de 28 de outubro de 1933 e de 10 de fevereiro de 1938, além do Protocolo de 14 de setembro de 1939, ou ainda da Constituição da Organização Internacional dos Refugiados; as

Nessa lógica, Astri Suhrke destaca que existem duas perspectivas quanto a temática do refugiado ambiental, a minimalista e a maximalista. A primeira, segundo a autora, entende que a degradação ambiental por si só não é um fator determinante para as migrações, estando atrelada a outros fatores, como por exemplo, econômicos e sociais. A segunda, por sua vez, considera a degradação ambiental como causa imediata da migração.<sup>11</sup>

A partir dessas duas perspectivas, podem-se citar autores<sup>12</sup>, que sustentam o uso da terminologia “refugiado ambiental”<sup>13</sup> e outros que entendem não ser cabível. Nesta esteira Stephen Castles<sup>14</sup> sustenta a inadequação da noção de refugiado ambiental. Para o autor, a questão central do problema talvez não seja a mudança ambiental, mas a capacidade de diferentes comunidades e países em lidar com isso. Dessa forma, o problema seria principalmente político-social e não ambiental.

José Antônio Tietzmann e Silva, por sua vez, em defesa da existência de uma categoria de migrantes por razões ambientais argumenta que “mesmo que os motivos que tenham ensejado o processo migratório decorram de interesses pessoais, familiares, sociais, condições econômicas etc. das pessoas, desde que haja um motivo preponderante que se vincule à degradação substancial das condições do ambiente em que viviam, estar-se-á diante de migrantes ambientais.”<sup>15</sup>

Assim, ainda que existam outros fatores, prevalecendo razões ambientais, a existência dessa categoria não deve ser desconsiderada.

---

decisões de inabilitação tomadas pela Organização Internacional dos Refugiados durante o período do seu mandato não constituem obstáculo a que a qualidade de refugiados seja reconhecida a pessoas que preencham as condições previstas no “§ 2º da presente seção”; em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, encontra-se fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele; no caso de uma pessoa que tem mais de uma nacionalidade, a expressão “do país de sua nacionalidade” refere-se a cada um dos países dos quais ela é nacional. Uma pessoa que, sem razão válida fundada sobre um temor justificado, não se houver valido da proteção de um dos países de que é nacional, não será considerada privada da proteção do país de sua nacionalidade.

<sup>11</sup> SUHRKE, Astri. **Pressure Points: Environmental Degradation, Migration and Conflict**. 1993. p 4-6. Disponível em: <<https://www.cmi.no/publications/file/1374%20pressure-points-environmental-degradation.pdf>> Acesso em: 29 de setembro de 2017.

<sup>12</sup> GUERRA, Sidney. **O refugiado à luz do direito internacional ambiental**, artigo publicado na *Ius gentium* (Facinter), v. 6, 2009. **O direito internacional e a figura do refugiado ambiental: reflexões a partir da ilha de Tuvalu**, artigo publicado nos *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, Brasília. 2008.

<sup>13</sup> GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 653.

<sup>14</sup> CASTLES, Stephen. **Environmental change and forced migration: making sense of the debate**. 2002, p.5. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/research/working/3de344fd9/environmental-change-forced-migration-making-sense-debate-stephen-castles.html>> Acesso em: 29 de set. de 2017. “...the ‘environmental refugee’ is misleading and does little to help us understand the complex processes at work in specific situations of impoverishment, conflict and displacement. This does not mean, however, that environmental factors are unimportant in such situations. Rather they are part of complex patterns of multiple causality, in which natural and environmental factors are closely linked to economic, social and political ones.” Em tradução livre: “... a noção de “refugiado ambiental” é enganosa e faz pouco para nos ajudar a entender os complexos processos de trabalho em situações específicas de empobrecimento, conflito e deslocamento. Isso não significa, no entanto, que fatores ambientais sejam sem importância em tais situações. Em vez disso, eles são parte de padrões complexos de causalidade múltipla, em que fatores naturais e ambientais estão intimamente ligados a fatores econômicos, sociais e políticos.”

<sup>15</sup> SILVA, José Antônio Tietzmann. Os refugiados ambientais à luz da proteção internacional dos direitos humanos. **Revista dos Tribunais**. Vol 86, 2017.

Alguns autores<sup>16</sup> defendem essa categorização, tendo em conta que a Convenção preceitua o conceito de refugiados para os fins daquela Convenção. Logo, segundo o seu entendimento, não deve haver óbice ao uso do termo refugiado em outro contexto. Esses indivíduos seriam, então, refugiados não convencionais dado que são refugiados, mas não se encontram entre os preceituados pela Convenção da ONU.

A respeito dessa controvérsia existente quanto a melhor denominação, Álvaro Mirra<sup>17</sup> explica que duas estratégias são pensadas sob o enfoque do direito internacional. A primeira delas é a modificação de instrumentos convencionais já existentes, como a já mencionada convenção da ONU. A segunda estratégia, é elaborar uma nova convenção internacional específica sobre o assunto. Nesse sentido, aponta que existe um Projeto de Convenção Internacional sobre o Estatuto Internacional dos Deslocados Ambientais<sup>18</sup>, elaborado por um grupo de juristas do direito ambiental e direitos humanos ligados à Universidade de Limoges, na França.

Assim, seria consagrado um estatuto jurídico específico para os deslocados ambientais, não se restringindo em âmbito regional, mas disponível a adoção de todos os países.

Quanto ao uso da expressão refúgio, Carolina Claro esclarece que o termo é oriundo de *refugiare*, que tem o sentido de buscar abrigo ou proteção, não sendo razoável, deste modo, ter emprego exclusivo de um tratado internacional que, ainda que essencial a temática a qual se refira, restringe a proteção a situações específicas de outra conjuntura, que envolve aspectos históricos, políticos e sociais diferentes.

De acordo com a autora é importante o reconhecimento e categorização dessas pessoas, tendo em vista que são migrantes em condições de vulnerabilidade, o que gera a necessidade de garantia de direitos e obrigações, principalmente por parte dos Estados. Contudo, há de se destacar que enquanto não há essa categorização, outros meios gerais de garantias de direitos não devem ser desconsiderados. Nesse sentido, destaca que apesar de não haver proteção específica em âmbito internacional, no intento de garantir o gozo e o exercício dos direitos da pessoa humana, é preciso considerar a complementariedade da proteção existente no direito internacional geral através de outros mecanismos como o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito internacional dos refugiados, o Direito internacional Humanitário, o Direito Internacional das migrações, o Direito Internacional do Meio Ambiente, o Direito internacional das Mudanças Climáticas e o Direito dos Desastres Ambientais, como uma forma alternativa de proteção diante do hiato existente.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> CLARO, Carolina. **A proteção dos “Refugiados Ambientais” no Direito Internacional**. 2015, p.71. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-08042016-155605/pt-br.php>> Acesso em: 25 de setembro de 2017.

<sup>17</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **A questão dos “refugiados” climáticos e ambientais no Direito Ambiental**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-22/ambiente-juridico-questao-refugiados-climaticos-ambientais-direito-ambiental>> Acesso em: 30 de out. de 2017.

<sup>18</sup> PROJET DE CONVENTION RELATIVE AU STATUT INTERNATIONAL DES DÉPLACÉS ENVIRONNEMENTAUX\*. Disponível em: <<http://www.observatorioeco.com.br/wp-content/uploads/up/2010/09/projet-de-convention-relative-au-statut-international-des-daplacas-environnementaux2.pdf>>. Acesso em: 30 de out. de 2017

<sup>19</sup> CLARO, Carolina. **A proteção dos “Refugiados Ambientais” no Direito Internacional**. 2015, p.87. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-08042016-155605/pt-br.php>> Acesso em: 25 de setembro de 2017.

Nessa perspectiva, Erika Ramos pontua que os migrantes por motivos ambientais precisam de um regime internacional de proteção, pois apenas lhes é oferecida uma proteção jurídica reflexa.<sup>20</sup>

A despeito da existência de outros meios distintos de proteção, ainda assim se faz necessário pensar em uma tutela específica a esse grupo de pessoas, levando-se em conta suas peculiaridades e garantindo, assim, maior amparo jurídico. Ramos<sup>21</sup> ressalta que essa categoria continua em situação de indefinição jurídica, pois não se beneficiam da proteção definida pelo regime convencional existente e também não há um regime internacional de proteção específico para pessoas nessa condição.

Norman Myers, por sua vez, chama a atenção para o fato de que o reconhecimento dessa categoria pode voltar a atenção ao número de pessoas que sofrem com essa questão e, conseqüentemente, a uma análise e preocupação maior com os danos causados ao meio ambiente.<sup>22</sup>

O referido autor analisa o refúgio ambiental como uma questão de segurança, pois, embora derive principalmente por problemas ambientais, gera inúmeros problemas de caráter político, econômico e social nos países que recebem essas pessoas. Com isso, poderia facilmente se tornar uma causa de turbulência e confronto, levando a conflitos e violência.

Nessa lógica, o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas, o Conselho Consultivo de Ciências da ONU, projeta um aumento no número de deslocados ao longo deste século. De acordo com o IPCC, as mudanças climáticas irão forçar as pessoas ao deslocamento, aumentar a pobreza e majorar os fatores que levam ao conflito, tornando ainda mais complexas as necessidades humanitárias e as respostas nessas circunstâncias.<sup>23</sup>

Diante de situações semelhantes às narradas acima, Myers defende a necessidade de políticas preventivas a necessidade de migrar e, para isso, a questão do meio ambiente não deve ser ignorada. De igual modo não devem ser negligenciados os refugiados ambientais pelo fato de não existir uma forma institucionalizada de lidar com eles.

O surgimento deste meio formal, principalmente pelo reconhecimento como categoria de refugiados ocasionará algumas conseqüências. A primeira, conforme acentua Claro, os deslocados ambientais por não estarem incluídos no rol da ONU de refugiados, não contam com a proteção que este instituto pode conferir, como por exemplo, a garantia de não devolução por parte do Estado que o recebeu, o já mencionado princípio do *non refoulement*.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> RAMOS, Erika Pires. **Refugiados Ambientais**: em Busca de Reconhecimento pelo Direito Internacional. 2011, p. 70. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-10082012-162021/pt-br.php>> Acesso em: 29 de setembro de 2017.

<sup>21</sup> Idem.

<sup>22</sup> MYERS, Norman. **Environmental refugees**: an emergent security issue. 2005, p.3. Disponível em: <<http://www.osce.org/eea/14851?download=true>> Acesso em: 02 de maio de 2017.

<sup>23</sup> UNHCR. **Environment, Disasters and Climate Change**. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/environment-disasters-and-climate-change.html>>. Acesso em: 25 de setembro de 2017.

<sup>24</sup> CLARO, Carolina. **A proteção dos "Refugiados Ambientais" no Direito Internacional**. 2015, p.123. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-08042016-155605/pt-br.php>> Acesso em 25 de setembro de 2017.

Nessa lógica, os Estados não podem impedir a entrada de refugiados, mas de estrangeiros comuns, o que torna os deslocados ambientais ainda mais frágeis, dada essa discricionariedade existente por parte do Estado. Isto posto, é possível inferir que o reconhecimento dessa categoria proporcionará meios mais efetivos de assistência, pois haverá uma vinculação do Estado em prestá-la.

Em contrapartida, Myers<sup>25</sup> chama a atenção para o fato de que países desenvolvidos não tem demonstrado satisfação com o grande fluxo de migrantes e muitos desses já têm tomado medidas de restrição. Neste sentido, o alargamento do conceito tradicional de refugiado proporcionaria aumento significativo das responsabilidades internacionais de várias nações, o que não é visto de forma positiva por muitas dessas.

Com isso, se por um lado existe a demanda de um grupo que carece de amparo jurídico específico, por outro existem Estados e populações que precisam se adequar a essa realidade. Em outras palavras, o reconhecimento do refúgio ambiental trará diversas consequências, tanto para aqueles que precisam dessa proteção, como para os Estados que precisarão se adaptar para receber mais esse contingente de pessoas. Tal circunstância pode causar resistência em alguns países em aderir a formalização da categoria aqui tratada.

Ademais, imperioso mencionar que por meio da formalização desse grupo, será possível realizar melhor controle de quantas pessoas são forçadas a mudar por essa causa. Esses números ajudarão a compreender as proporções que essa modalidade de refúgio vem tomando. A partir disso, será possível demonstrar à comunidade global a necessidade de aplicação dos tratados de proteção ambiental.

No que se refere as consequências para os países, outro ponto importante que se revela dessa formalização é a questão da responsabilidade dos Estados. De acordo com Andrade e Angelucc<sup>26</sup>, o direito internacional tem revisto a questão da responsabilidade civil dos Estados. Não se pode olvidar que este instituto versa sobre a obrigação de reparação de danos imputada a alguém em virtude de uma ação ou omissão.

Como mencionam os referidos autores, este instituto foi descuidado pela doutrina por não haver um poder central global, fato este que ocasiona dificuldades na imposição de eventuais obrigações de reparação ao Estado que sofreu o dano. Somado a isso, está o fato de que essa imposição afrontaria a soberania nacional do Estado.

Ocorre que nos dias atuais, percebe-se que determinadas situações, ainda que tenham acontecido dentro dos limites territoriais nacionais, ocasionam repercussões em nível global, não sendo razoável, portanto, permanecerem sob a absoluta discricionariedade estatal, tornando-se, por isso, passíveis de interferência pela comunidade internacional. Atendo-se a discussão no que se refere à responsabilidade objetiva, aquela na qual para sua configuração é necessário ato, dano e nexos causal, pode-se afirmar, que eventos lícitos, mas causadores de risco iminente e excepcional, como testes nucleares e poluição marítima por hidrocarbonetos, podem acarretar a responsabilização internacional do Estado.

---

<sup>25</sup> MYERS. **Environmental Refugees**: an Emergent Security Issue. 2005, p.3. Disponível em: <<http://www.osce.org/eea/14851?download=true>> Acesso em: 06 de out. de 2017.

<sup>26</sup> ANDRADE & ANGELUCC. **Refugiados Ambientais**: Mudanças Climáticas e Responsabilidade Internacional. 2016, p. 190-194. Disponível em: <<file:///C:/Users/WINDOWS/Downloads/4165-13330-2-PB.pdf>> Acesso em: 06 de out. de 2017.

Contudo, faz-se necessária expressa previsão em tratado, quanto a responsabilidade objetiva, sendo indispensável norma que impute a alguém a responsabilidade pelo dano, não obstante a licitude da conduta. Reside aí a importância da admissão da categoria de refugiado ambiental, pois se não há o reconhecimento, por meio de uma normativa, de um grupo que sofreu com as ações dos Estados no meio ambiente, difícil se torna imputar ao Estado e aplicar aos casos concretos a responsabilidade objetiva.

Ante o exposto, pode-se perceber que o reconhecimento internacional dos refugiados ambientais trará consequências para os Estados, que vão desde políticas públicas para receber essas pessoas, até maior controle sobre a responsabilização pela intervenção no meio ambiente. Para a sociedade civil, que passará a saber como lidar e receber esse novo contingente e, principalmente, para esse grupo de vulneráveis que se encontra no limbo jurídico e que a partir da formalização poderá contar com maior amparo legal.

Todavia, enquanto não há esse reconhecimento global, alguns países tem aberto espaço para a matéria em seus ordenamentos, a exemplo do Brasil, sendo certo que neste estudo ganhou destaque a situação dos haitianos, como será demonstrado.

### 3. O HAITI: BREVES ANTECEDENTES

A República do Haiti é um país do Caribe, com extensão territorial de 27.750 quilômetros quadrados e cerca de 10 milhões de habitantes. É a primeira república negra do mundo, tendo sido fundada em 1804 por antigos escravos.<sup>27</sup>

Conforme explica Andressa Faria, o relevo haitiano é montanhoso e mais de  $\frac{3}{4}$  do país estão acima de 200m de altitude. A hidrografia é marcada pela presença de 33 bacias hidrográficas e a vegetação originalmente era de Floresta Estacional Caducifólia, caracterizada por duas estações, uma seca e outra chuvosa, mas com a colonização essa cobertura vegetal começou a ser degradada e estende-se até os dias atuais.<sup>28</sup>

Para melhor compreensão, vale deslindar que o Haiti durante o período colonial foi a colônia mais próspera do mundo, sendo motivo de orgulho à metrópole francesa por possuir a “Pérolas das Antilhas”. Este país exerceu importante contribuição para o desenvolvimento do capitalismo em escala global, por meio de uma economia colonial baseada na mão de obra escrava.<sup>29</sup>

Nesse sentido, conforme explica Rosana Baeninger, a escravidão tornou possível a produção em massa e o aumento da acumulação financeira necessária à Revolução Industrial. A autora ressalta ainda que as duas potências existentes à época, Inglaterra e França, eram financiadas pela extração das riquezas haitianas, seja pelo tráfico negro, comércio colonial ou contrabando.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> FRANCISCO, Wagner de Cerqueira e. “O Terremoto no Haiti”; **Brasil Escola**. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/geografia/o-terremoto-no-haiti.htm>>. Acesso em 12 de out. de 2017.

<sup>28</sup> FARIA, Andressa Virgínia de; et al. **Imigração Haitiana no Brasil**. Jundiaí: Paco Editorial, 2016, p.620.

<sup>29</sup> BAENINGER, Rosana; et al. **Imigração Haitiana no Brasil**. Jundiaí: Paco Editorial, 2016, p.229.

<sup>30</sup> Idem, p.230.

Com a revolução, que culminou na independência, o país passou a ser alvo de embargo econômico por parte das principais forças capitalistas mundiais, como se vê:

“O Haiti sofreu um bloqueio econômico por parte da França, da Inglaterra, da Espanha e dos Estados Unidos, depois de conquistar sua independência em 1804, até terminar de pagar à França indenizações por uma guerra que havia ganhado, e por direitos de liberdade e independência que havia conquistado. Tanto o Haiti como outras ilhas do Caribe foram invadidas várias vezes com base na “Doutrina Monroe” e na política do “Big Stick” pelas forças de ocupação norte-americanas. A ocupação do Haiti, de 1915 a 1934, provocou uma prolongada resistência popular... e transformações culturais importantes.”<sup>31</sup>

A esterilização completa do solo haitiano e a marginalização global, conforme relata Bearninger, apontam como resultado dessas imposições e ataques sofridos pelo Haiti. Com isso a colônia mais próspera do mundo passou a ser o país mais miserável da América.<sup>32</sup>

Desde sua independência, o Haiti é marcado pela instabilidade política, ditaduras e pobreza. Apesar de ter sido o primeiro país a conquistar a independência no continente latino-americano, conforme destaca Chandeline Baptiste, ao logo de sua história não houve consolidação de instituições políticas democráticas nem de uma estrutura produtiva que gerasse emprego e renda para a população.<sup>33</sup>

Em seu período de existência, a população haitiana vivencia diversos problemas socioeconômicos. Com IDH de 0,404, é o país economicamente mais pobre do continente americano, mais da metade de sua população é subnutrida e vive abaixo da linha da pobreza.<sup>34</sup>

Como se não bastassem os problemas que já enfrentava, em 2010, foi atingido por um terremoto, o que agravou ainda mais as condições daquela população. Ainda sem total recuperação dos danos causados pelo terremoto, em 2016, um furacão atingiu o país, intensificando os problemas sociais.

Como explica Hancock, o desmatamento verificado no Haiti é um dos responsáveis pelo fato de a chuva não encontrar obstáculos ao cair pelas encostas das montanhas, por esse motivo, não só os furacões, mas também as tempestades tropicais são um risco devido aos deslizamentos de terra.<sup>35</sup> Partindo-se deste breve histórico é que serão apresentados os desastres ambientais de 2010 e 2016 já mencionados e suas consequências para a população.

---

<sup>31</sup> *Ib idem*, p.232.

<sup>32</sup> *Ib idem*.

<sup>33</sup> BAPTISTE, Chandeline Jean. et al. **Imigração Haitiana no Brasil**. 2016, p. 577.

<sup>34</sup> FRANCISCO, Wagner de Cerqueira e. “O Terremoto no Haiti”; **Brasil Escola**. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/geografia/o-terremoto-no-haiti.htm>>. Acesso em 12 de out. de 2017.

<sup>35</sup> HANCOCK, Jaime Rubio. Sete lugares que vivem a espera da próxima catástrofe. **El País**. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2015/04/27/internacional/1430152000\\_608140.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2015/04/27/internacional/1430152000_608140.html)> Acesso em: 13 de out. de 2017.

#### 4. OS DESASTRES AMBIENTAIS NO HAITI

Ao longo de sua história, o Haiti sofreu com ciclones, tempestades, dentre outros eventos naturais que ocasionaram perdas tanto humanas quanto econômicas. Todavia, os desastres que se colocarão em destaque neste estudo são o terremoto de 2010 e o furacão de 2016, para, ao final, analisar os recentes movimentos migratórios de haitianos em direção ao Brasil, em decorrência desses dois momentos.

Como mencionado anteriormente, em 2010 um terremoto atingiu o Haiti. Nesse sentido, parece oportuno mencionar que os terremotos constituem tremores passageiros na superfície terrestre e podem ser desencadeados por fatores como atividade vulcânica, falhas geológicas ou encontro de diferentes placas tectônicas. Os locais mais afetados por terremotos são os territórios situados em zonas de convergência de placas, sobretudo os países localizados nos limites das placas tectônicas.<sup>36</sup>

O terremoto aqui tratado, que teve seu epicentro na Península de Tiburon, próximo a Porto Príncipe, afetou outros locais trazendo grandes estragos ao país, como por exemplo, a danificação da catedral e o Palácio Nacional, assim como a sede das Nações Unidas, a penitenciária nacional e o edifício do parlamento.

Segundo Pallardy, O terremoto atingiu às 16h53min cerca de 15 milhas (25 km) a sudoeste da capital haitiana de Porto Príncipe. O choque inicial registrou uma magnitude de 7.0 e logo foi seguido por duas réplicas de magnitude 5.9 e 5.5. Além disso, mais réplicas ocorreram nos dias seguintes.<sup>37</sup>

Com o resultado catastrófico, diversos países e organizações internacionais se organizaram no intento de prestar assistência médica, alimentos, água, dentre outros tipos de auxílio aos sobreviventes, mas que ainda assim foram insuficientes. Estima-se que cerca de três milhões de pessoas foram afetadas pelo terremoto, quase um terço da população total do país. Destes, mais de um milhão ficaram desabrigados de imediato.<sup>38</sup>

Em 2016 a população novamente foi afetada por um evento natural, dessa vez o furacão Mathew. Segundo a BBC, aproximadamente 900 pessoas foram mortas pelo furacão no Haiti.<sup>39</sup> Classificado como uma tempestade de categoria 4<sup>40</sup>, o alcance da destruição na nação haitiana foi tão dramático que pôde ser visto a partir do espaço, segundo informações do Earth Observatory.<sup>41</sup>

Segundo descrição da ONU, o furacão Mathew representou a maior crise humanitária do Haiti desde o terremoto de 2010. Além disso, de acordo com o Escritório

<sup>36</sup> FRANCISCO, Wagner de Cerqueria e. "Terremotos"; **Brasil Escola**. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/geografia/terremotos.htm>>. Acesso em 13 de outubro de 2017.

<sup>37</sup> PALLARDY, Richard. **Haiti earthquake of 2010**. Disponível em: <<https://www.britannica.com/event/Haiti-earthquake-of-2010>> Acesso em: 13 de out. de 2017.

<sup>38</sup> Idem.  
<sup>39</sup> HURRICANE Matthew: Haiti storm disaster kills hundreds. **BBC**. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-latin-america-37582009>> Acesso em: 13 de out. 2017.

<sup>40</sup> Aquela na qual a velocidade do vento passa a ser considerada catastrófica, sendo de 209 a 251 km/h. A tempestade nesta categoria tem capacidade para arrancar telhados e derrubar paredes inteiras.

<sup>41</sup> EARTH OBSERVATORY. Disponível em: <<https://earthobservatory.nasa.gov/NaturalHazards/view.php?id=88933>> Acesso em: 13 de out. de 2017.

das Nações Unidas para a Coordenação de Assuntos Humanitários, cerca de 15.263 pessoas deslocadas pelo furacão foram colocadas em 152 abrigos.<sup>42</sup>

Diante dos eventos catastróficos cada vez mais frequentes, novamente vem à discussão as questões concernentes ao meio ambiente.

Nesse sentido, o cientista Mario Molina, Nobel de Química por suas pesquisas sobre a camada de ozônio, afirma que “a mudança climática não causa os eventos extremos que vivemos, mas aumenta sua intensidade”.<sup>43</sup>

Conforme explica Maria Claudia, a análise da ONU revela que o número de desastres associados ao tempo e ao clima mais do que dobrou nos últimos 40 anos, passando de 3.017 entre 1976 e 1995 para 6.391 entre 1996 e 2015. Ainda, segundo o Escritório da ONU, apesar de a maioria das mortes relacionadas ao clima ocorrerem em países de baixa e média renda, esses são os que menos contribuem com emissão de gases de efeito estufa.<sup>44</sup>

Masters explica que o número de catástrofes ambientais sofridas pelo Haiti encontra resposta no fato de que, em grande parte, não são desastres naturais, mas desastres causados por humanos. Para melhor compreensão, destaca que o Haiti é a nação mais pobre do Hemisfério Ocidental. Com o petróleo muito caro para a nação empobrecida, o carvão de árvores queimadas tornou-se a opção escolhida pelo país, tendo fornecido 85% ou mais da energia no Haiti há décadas.

Como resultado, a população mais desfavorecida do Haiti caçou excessivamente e cortou grandes quantidades de florestas, deixando as encostas das montanhas desertas, de modo que a água da chuva não encontra obstáculos.

Nesse sentido, Andressa Faria aponta que “o desmatamento e a perda da biodiversidade, agravados pelas queimadas, intensificam o processo de erosão, o assoreamento dos rios e, conseqüentemente a perda de fertilidade dos solos”.<sup>45</sup>

Em 1980, ressalta Masters, o Haiti ainda tinha 25% de suas florestas, permitindo que a nação suportasse grandes eventos de chuva sem o número de perdas que se observa atualmente. Ocorre que, a partir de 2004, apenas 1,4% das florestas do Haiti permaneceram, com isso, ainda que sem a intensidade de um furacão, fortes tempestades tropicais causaram devastadoras inundações que mataram milhares, muito devido a falta de cobertura das árvores.<sup>46</sup>

Diante das conseqüências desses dois eventos naturais aqui relatados, vários haitianos optaram em migrar para outros países, dentre os quais está o Brasil, conforme se demonstrará no item que segue.

<sup>42</sup> HAITI death toll rises to 842 after Hurricane Matthew, reports say. **The Guardian**. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2016/oct/06/hurricane-matthew-haiti-rescuers-battle-reach-remote-areas>>. Acesso em: 13 de out. de 2017.

<sup>43</sup> AYUSO, Javier. **Riscos de catástrofe global**. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/06/internacional/1507290307\\_867613.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/06/internacional/1507290307_867613.html)> Acesso em: 13 de out. de 2017.

<sup>44</sup> MARIA, Cláudia. Haiti é o país com maior número de mortes por catástrofes naturais, diz ONU. **EBC Agência Brasil**. 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-10/haiti-e-o-pais-com-maior-numero-de-mortes-por-catastrofes-naturais-diz-onu>> Acesso em: 25 de out. de 2017.

<sup>45</sup> FARIA, Andressa Virgínia de; et al. **Imigração Haitiana no Brasil**. Jundiá: Paco Editorial, 2016, p.621.

<sup>46</sup> MASTERS, Jeffrey. **Hurricanes and Haiti: A Tragic History**. Disponível em: <<https://www.wunderground.com/hurricane/haiti.asp>> Acesso em: 13 de out. de 2017..

## 5. OS IMIGRANTES HAITIANOS NO BRASIL

As condições estruturais que resultam de desastres naturais podem fomentar o surgimento de um fenômeno migratório para outros locais do mundo, onde os atingidos enxergam melhores e maiores oportunidades.

Nessa perspectiva, a partir de 2010, verificou-se um intenso fluxo migratório haitiano para o Brasil. Outrora os principais destinos eram Estados Unidos, Canadá e França, mas com as restrições à entrada de migrantes nesses países, o Brasil tornou-se um espaço estratégico como destino ou rota migratória.<sup>47</sup>

Os motivos para a inclusão do Brasil na rota do processo migratório dos haitianos, de acordo com Duval Fernandes *et al*, não são muito claros, contudo a presença de tropas brasileiras no país, devido a Missão das Nações Unidas para Estabilização do Haiti - Minustah, pode ter colaborado para propalar a ideia do Brasil como um país de oportunidades, especialmente em um momento em que grandes obras estavam em andamento e as taxas de desemprego mais baixas.<sup>48</sup>

De acordo com o autor, os trajetos para entrada no Brasil são bem diversos e mudam ao longo do tempo. O mais comum e mais usado no início do fluxo migratório iniciava-se em Porto Príncipe por via aérea, com escalas no Panamá e, eventualmente, em São Domingo. Do Panamá, alguns iam para Quito, no Equador, enquanto outros iam para Lima, no Peru. A partir daí o trajeto era por meio terrestre ou fluvial com destino a fronteira do Brasil. Os locais mais comuns eram Tabatinga(AM), Assis Brasil(AC) e Brasiléia(AC). Após a entrada em território nacional por meio das cidades mencionadas, dentre outras em regiões de fronteira, outros estados e cidades são escolhidos como destino.

Conforme explicam Laís Giovanetti e Juliana Silva, como não há como comportar todos em abrigos, os haitianos, em princípio, são recebidos em acampamentos públicos improvisados pelo governo brasileiro, local que permanecem até a regularização necessária para seguir viagem e trabalhar em outras regiões do país.<sup>49</sup>

Nesse sentido, segundo dados do Questionário Sobre a Situação dos/as Migrantes e/ou Solicitantes de Refúgio no Abrigo de Brasiléia/Acre, realizado pela Secretaria de Direitos humanos/ PR, no período de 30 de outubro a 02 de novembro de 2013, dentre os destinos mais procurados pelos haitianos estão São Paulo, Santa Catarina e Paraná.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> BAENINGER, Rosana; *et al*. **Imigração Haitiana no Brasil**. Jundiá: Paco Editorial, 2016, p.9.

<sup>48</sup> Idem, p. 95.

<sup>49</sup> SILVA, Juliana; GIOVANETTI, Laís. **Migrações Contemporâneas no Brasil: a Imigração Haitiana e as Ações Preventivas do Ministério Público Federal e Ministério Público do Trabalho**. Direito internacional dos direitos humanos. Coordenadores: Cecília Caballero Lois, Daniela da Rocha Brandão, Samantha Ribeiro Meyer-pflug – Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/278k6xco/x4p537j8L37ht76q.pdf>, p. 387.

<sup>50</sup> PRESIDENCIA DA REPÚBLICA- SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. **Questionários Sobre a Situação dos/as Migrantes e/ou Solicitantes de Refúgio no Abrigo de Brasiléia/Acre**. Disponível em: <<http://www.migrante.org.br/images/arquivos/pesquisa-migrantes-brasileira-acre.pdf>> Acesso em 18 de out. de 2017.

De acordo com Laís Giovanetti e Juliana Silva, desde o fim da 2ª Guerra Mundial, não se via no Brasil uma quantidade tão expressiva de imigrantes, originários do Hemisfério Norte, que entraram no país em situação irregular. Diante dessa nova dinâmica, desafios foram trazidos ao Governo Brasileiro no que tange as políticas públicas de acolhimento.<sup>51</sup>

De qualquer forma, logo após a entrada em território brasileiro, os haitianos precisam enfrentar o processo de regularização de sua situação. Com isso, é feita a solicitação de refúgio à autoridade migratória nas cidades fronteiriças.

Impende assinalar que o tratamento jurídico dado pelo Brasil aos refugiados encontra-se em consonância com que foi estabelecido na Convenção de 1951, no Protocolo de 1967 e na Convenção de Cartagena de 1984. Assim, perante a legislação brasileira será reconhecido como refugiado aquele indivíduo que:

“I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.”<sup>52</sup>

Com a abertura do processo, é emitido um protocolo que serve como documento provisório enquanto a solicitação de refúgio é analisada pelo CONARE. Acontece que pelo fato de a solicitação de refúgio ser justificada pelos acontecimentos decorrentes de eventos naturais, e por estes não se encaixarem nos requisitos definidos em lei, ela é recusada.

Nisto, verifica-se a necessidade de se instituir regras específicas para a proteção jurídica daquelas pessoas em condição de vulnerabilidade perante a necessidade de deslocamento humano forçado, provocado por questões eminentemente ambientais.

Os casos recusados pelo CONARE, contudo, por meio da resolução nº 08/06, podem ser encaminhados ao CNIg, Conselho Nacional de Imigração, para avaliação, facultando-lhe a concessão de visto para que os estrangeiros possam permanecer no país por razões humanitárias.

A concessão desses vistos, segundo Laís Giovanetti e Juliana Silva “levou a ampliação do número de haitianos que chegam à fronteira do Brasil, levando a situação de calamidade os municípios fronteiriços que, por conta da sua pouca infraestrutura, não tinham como atender à crescente demanda dos imigrantes em suas necessidades básicas mínimas.”<sup>53</sup>

<sup>51</sup> SILVA, Juliana; GIOVANETTI, Laís, op. cit., p. 388.

<sup>52</sup> BRASIL, Art. 1, Lei n. 9.474, 1997.

<sup>53</sup> SILVA, Juliana; GIOVANETTI, Laís. **Migrações Contemporâneas no Brasil: a Imigração Haitiana e as Ações Preventivas do Ministério Público Federal e Ministério Público do Trabalho**. Direito internacional dos direitos humanos. Coordenadores: Cecilia Caballero Lois, Daniela da Rocha Brandão, Samantha Ribeiro Meyer-pflug – Florianópolis: CONPEDI, 2015, p 392.

Para João Carlos J. Silva, a vinda em massa desses migrantes para o Brasil, especialmente por meio terrestre no norte do país em estados como Amazonas e Acre e, posteriormente, com a sua circulação pelo território nacional, demonstraram o quanto o país está despreparado para receber essas pessoas, tanto do ponto de vista normativo e institucional como também social. Segundo o autor, o despreparo evidenciou as lacunas no modelo migratório brasileiro, mas também, com um olhar um pouco mais otimista, resultou em possibilidades de avanço, tendo em vista as diferentes respostas ao tema em diversas localidades.<sup>54</sup>

Nessa lógica, de acordo com a perspectiva do autor, podem-se mencionar as autoridades do Acre que se propuseram a oferecer um serviço de recepção, por meio da oferta de abrigo e transporte para que esses migrantes chegassem ao estado de Rondônia, à região centro-oeste, ao sudeste e ao sul, bem como a disponibilização dentro do abrigo de acesso aos órgãos responsáveis pela emissão de carteira de trabalho e previdência social. No estado de São Paulo merece destaque a criação da Coordenação de políticas para migrantes, vinculada à Secretaria Municipal de Direitos Humanos e Cidadania (SMDHC). Iniciativas como as relatadas foram as pioneiras realizadas pelo Poder Público.

Em outras localidades, no entanto, as autoridades estadual e municipal pouco fizeram, deixando a cargo da sociedade civil, com atuação expressiva de grupos religiosos, as ações de recepção e atenção a esses migrantes.

Com isso, percebe-se que o tratamento dado a problemática que tem se desenvolvido está longe de ser o ideal, posto que não há uma figura jurídica reconhecida que garanta a efetivação de direitos aos refugiados ambientais, o que se tem são meios paliativos.

Nesse sentido, diante da falta de amparo jurídico no que concerne a questão dos refugiados ambientais e as proporções que a questão dos haitianos vinha tomando no território nacional, o CNIg, aprovou, por razões humanitárias, a concessão de visto de permanência a haitianos, estabelecendo, no entanto, alguns limites.

Assim, o CNIg dispôs a Resolução nº 97/12 . Segundo a referida resolução:

“Art. 1º Ao nacional do Haiti poderá ser concedido o visto permanente previsto no art. 16 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, por razões humanitárias, condicionado ao prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 18 da mesma Lei, circunstância que constará da Cédula de Identidade do Estrangeiro. Parágrafo único. Consideram-se razões humanitárias, para efeito desta Resolução Normativa, aquelas resultantes do agravamento das condições de vida da população haitiana em decorrência do terremoto ocorrido naquele país em 12 de janeiro de 2010.”<sup>55</sup>

Com isso, fixou-se o prazo de 5 anos para os haitianos e definiu-se a cota de 1.200 vistos ao ano a serem concedidos pela Embaixada Brasileira em Porto Príncipe. Outro ponto importante a ser mencionado é que com esse fluxo de haitianos ocasionado pelo terremoto e pela miséria, os “coiotes”, denominação dada a essas pessoas

<sup>54</sup> SILVA, João Carlos Jarochinski; et al . **Imigração Haitiana no Brasil**. Jundiaí: Paco Editorial, 2016, p.400.

<sup>55</sup> Resolução Normativa CNIg nº 97 de 12/01/2012. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=116083>> Acesso em: 18 de out. de 2017.

que atravessam emigrantes, passaram a explorar os haitianos, os trazendo para território brasileiro em troca de altas dívidas, e usando seus familiares que permaneceram no Haiti como reféns ou como escravos. Além disso, como pontua o autor, eles tinham que trabalhar durante anos apenas para pagar a viagem.<sup>56</sup>

Duval Fernandes ao avaliar a aplicação da resolução, destaca que apesar da apreciável tentativa de sanar um problema que estava tomado proporções de calamidade pública e de coibir a ação de coioetes, o efeito foi inverso, a rede de tráfico de imigrantes se ampliou e novas rotas foram incorporadas. Além disso, o número de vistos concedidos não atendia a crescente demanda, tendo em vista que restringia a mil e duzentos vistos por ano, correspondendo a uma média de cem concessões por mês.<sup>57</sup>

Mediante tal situação, parágrafo único do art.2 foi alterado por meio da resolução nº 102/13, retirando, assim, a limitação ao número de vistos concedidos. Apesar da alternativa de visto humanitário utilizada, necessário de faz mencionar as dificuldades pelas quais os haitianos tiveram que passar. Segundo o autor “do ponto de vista social, a realidade nas fronteiras amazônicas se assemelha àquela dos campos de refugiados, onde grandes contingentes de pessoas convivem com o racionamento de alimentos e água e sem as condições mínimas de higiene e água”.<sup>58</sup>

Ademais, a demora na concessão do visto entrava em conflito com a urgência de se conseguir um trabalho, tendo em vista que a oficialização do visto só foi feita após dois anos por meio da resolução 97/12.

A resolução normativa nº97/12 teria validade de dois anos, mas teve seu prazo prorrogado pelas resoluções nº 106 /13, 113 /14, 117/15, 123/16. Esta última estendendo o prazo até 30 de outubro de 2017. Assim, foi prorrogada pelo quarto ano consecutivo a emissão de visto humanitário para os haitianos, em vigor desde janeiro de 2012.

Segundo informações do Portal Brasil, até setembro de 2016 existiam no país cerca de 80 mil imigrantes haitianos que foram formalizados com a concessão de visto humanitário ou encontravam-se em processo de residência permanente.<sup>59</sup>

Diante da escolha da Resolução Normativa 97/12 como meio de proteção, Castrelli e Silveira opinam no sentido de que a iniciativa “revela-se válida e conforme com o valor da solidariedade, entretanto, incompleta e inacabada como ação humanitária ou como medida de proteção.”<sup>60</sup>

Tal constatação feita pelos autores supramencionados está intimamente ligada ao fato de que o meio adotado não resolve o problema. Ademais, ausência de normativa específica e a infraestrutura precária impossibilitam esses indivíduos ao gozo de

<sup>56</sup> SANTAYANA, Mauro. A questão haitiana. 2014. **Jornal do Brasil**. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/coisas-da-politica/noticias/2014/04/25/a-questao-haitiana/>> Acesso em: 19 de out. de 2017.

<sup>57</sup> FERNANDES, Duval; et al. **Imigração Haitiana no Brasil**. Jundiaí: Paco Editorial, 2016, p.103.

<sup>58</sup> Idem, p.222.

<sup>59</sup> GOVERNO DO BRASIL. **Governo prorroga visto humanitário para haitianos**. 2016. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2016/09/governo-prorroga-visto-humanitario-para-haitianos>> Acesso em: 19 de out. 2017.

<sup>60</sup> CASTRELLI, Renata Barbosa; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. Os Refugiados Ambientais Haitianos e o Valor da Solidariedade. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=770bb6554eb438d0>> . Acesso em: 20 de out. de 2017.

direitos constitucionalmente previstos e no recomeço no território nacional. Ainda assim, parece que a questão enfrentada alertou as autoridades quanto à necessidade de normativas que atendam a questão ambiental.

No Brasil, o assunto relativo a essa questão não era expresso em lei, mas passou a ser contemplado pela Lei nº 13.445/2017, lei de migração. Por oportuno, vale ressaltar que o visto humanitário é aquele concedido ao indivíduo que busca a entrada em outro país em caráter de emergência. Cada país tem sua forma de regulamentar.

Nesse sentido, conforme explica Jubilut et al “os vistos humanitários do Brasil são uma ferramenta importante na proteção complementar, oferecendo vias legais para migrantes forçados alcançarem um país mais seguro.”<sup>61</sup>

De acordo com o art. 14,§3 de lei de migração:

“O visto temporário para acolhida humanitária poderá ser concedido ao apátrida ou ao nacional de qualquer país em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de **desastre ambiental** ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário, ou em outras hipóteses, na forma de regulamento.” (grifos nossos)<sup>62</sup>

A nova lei que trata da temática passou, assim, a incluir a concessão de visto humanitário àqueles que tenham se deslocado por motivos ambientais. Além disso, tomou medidas quanto à atuação de coiotes. Nesse sentido, a lei de migração, por meio do art. 115, alterou o Código Penal para criminalizar a conduta desses atravessadores. Assim, a Lei Penal passou a dispor como crime:

“Art. 232-A. Promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a entrada ilegal de estrangeiro em território nacional ou de brasileiro em país estrangeiro:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a saída de estrangeiro do território nacional para ingressar ilegalmente em país estrangeiro.

§ 2º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) se:

I - o crime é cometido com violência; ou

II - a vítima é submetida a condição desumana ou degradante.

§ 3º A pena prevista para o crime será aplicada sem prejuízo das correspondentes às infrações conexas.”<sup>63</sup>

Percebe-se, portanto, esforços feitos pelo governo brasileiro com as resoluções que conferiram aos haitianos o visto humanitário, e agora com a fixação em lei a respeito da concessão aos migrantes por desastres ambientais, mas, ainda assim se revela frágil o amparo proporcionado.

<sup>61</sup> JUBILUT, Liliana Lyra, et al. Humanitarian visas: building on Brazil's experience. Disponível em: <<http://www.fmreview.org/community-protection/jubilut-andrade-madureira.html>>. Acesso em: 09 de nov. de 2017.

<sup>62</sup> BRASIL, art.14,§3, **Lei nº 13.445**, de 24 de Maio de 2017.

<sup>63</sup> BRASIL, **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de Dezembro de 1940.

Assim, retomando a ideia da necessidade de regulamentação específica à categoria dos refugiados ambientais, entende-se necessária a positivação de regras bem delimitadas para a proteção jurídica dessas pessoas, e não apenas os meios que são utilizados atualmente, como a proteção humanitária no caso do Brasil.<sup>64</sup>

Esses indivíduos em condição de vulnerabilidade necessitam de regras mais amplas e protetivas capazes de suprir as carências de um migrante forçado. De igual modo, o Poder Público precisa contar com regras instituídas que definam sua atuação e garanta meios para que ela seja realizada. Nisto reside a importância do reconhecimento dessa categoria migratória.

Em âmbito global, a formulação de um documento internacional nesse sentido, revela-se importante, na medida em que os Estados poderão ser pressionados a aderir e a aplicar em seus ordenamentos internos.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os desastres ambientais causados em grande medida pela interferência humana no meio ambiente são ensejadores de grandes fluxos migratórios. Esse grupo de pessoas que se vê forçado a se deslocar são aqui denominados refugiados ambientais, embora não haja o reconhecimento formal.

Com efeito, muito tem se debatido na doutrina quanto a melhor categorização, tendo em vista as consequências que decorrerão desse status. Como visto, há aqueles que defendem a inclusão no rol estabelecido pela ONU, assim como também há aqueles que sustentam a necessidade de existência de uma nova categoria, independente da Convenção de 1951. Fato é que existe estas pessoas encontram-se em um “limbo jurídico” que precisa do tratamento adequado a atender suas demandas.

Diante dessa necessidade de amparo legal a esses indivíduos, alguns países têm esboçado esforços no sentido de proteger essas pessoas, ainda que sem reconhecer formalmente a categoria de refugiados ambientais. Neste sentido, o Brasil, por meio da nova lei de migrações, concede o visto temporário para acolhida humanitária em situações de desastre ambiental.

Apesar do esforço depreendido no sentido de prestar alguma assistência, imperioso ampliar o rol de refugiados na Convenção da ONU ou o desenvolvimento de nova normativa que reconheça a categoria específica aqui tratada, para que haja uma tutela internacional mais sólida a esse grupo.

Neste estudo priorizou-se o caso dos haitianos, a partir de dois desastres ambientais (o terremoto em 2010 e o furacão em 2016) que acabaram por escolher o Brasil como abrigo. Por não haver regulamentação legal sobre a matéria, diante dos inúmer-

---

<sup>64</sup> Conforme vários estudos que tratei há anos sobre esta matéria. como por exemplo: *Curso de direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. O instituto jurídico do refúgio à luz dos Direitos humanos. *Ius Gentium*, v. 7, 2016. O refugiado à luz do direito internacional ambiental, artigo publicado na *Ius gentium* (Facinter), v. 6, 2009. O direito internacional e a figura do refugiado ambiental: reflexões a partir da ilha de Tuvalu, artigo publicado nos **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**, Brasília, 2008.

ros haitianos que chegavam ao Brasil, a opção adotada pelo CNIg foi a concessão de visto humanitário.

O fluxo migratório começou em 2010 após o terremoto e com isso diversos pedidos de refúgio foram apresentados, mas como a situação não se enquadrava nas hipóteses descritas na Convenção da ONU, bem como na lei de refúgio brasileira (o Brasil é um dos países que adotam a Convenção), os pedidos eram negados.

Em 2012, com o intuito de resolver a questão, o CNIg dispôs a matéria por meio da resolução nº 97/2012, que concedeu visto humanitário aos haitianos; todavia, como a ação de coiotes se tornou intensa, de certo modo em razão da própria resolução, o número de vistos concedidos foi reduzido. Diante da ineficácia da tentativa de coibir a ação dos atravessadores, a resolução que limitava foi revogada. A resolução 97/2012 foi prorrogada mais quatro vezes e permitiu a concessão do visto por mais tempo, tendo em vista que cada vez mais haitianos vinham para o Brasil em busca de amparo.

O período de validade da última resolução que prorrogou o prazo expirou em 30 de outubro de 2017, tendo sido a disposição alterada por força da nova Lei de migrações, Lei nº 13.445/2017. De modo diverso à resolução, que era aplicada apenas aos haitianos, a lei estende-se a todos que se encaixem em suas especificações.

Sem embargo, a referida lei trouxe a possibilidade de concessão de visto humanitário em caso de desastres ambientais, bem como alterou o código penal para criminalizar a conduta dos coiotes.

Por fim, deve-se destacar que o Estado brasileiro, que consagra a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, concebe a nova lei de migração (lei 13445/2017) em excelente hora, posto que chegou para contribuir, não apenas para com aqueles que encontram-se fora de seu país de origem, incluindo-se a situação ambiental, mas também para o próprio Estado brasileiro, que além de possibilitar o ingresso e acesso incondicional para os imigrantes, tornando-os visíveis, proporcionará, por meio da participação dos mesmos, maior crescimento e inserção do país no cenário internacional.

## REFERÊNCIAS

ACNUR. **Cartilha para solicitante de refúgio no Brasil**. Disponível em :<[http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2014/Cartilha\\_para\\_solicitantes\\_de\\_refugio\\_no\\_Brasil.pdf](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2014/Cartilha_para_solicitantes_de_refugio_no_Brasil.pdf)>. Acesso em: 20 de set. 2017.

ANDRADE & ANGELUCC. **Refugiados Ambientais: Mudanças Climáticas e Responsabilidade Internacional**. 2016, p. 190-194. Disponível em: <<file:///C:/Users/WINDOWS/Downloads/4165-13330-2-PB.pdf>> Acesso em: 06 de out. de 2017.

AYUSO, Javier. **Riscos de catástrofe global**. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/06/internacional/1507290307\\_867613.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/06/internacional/1507290307_867613.html)> Acesso em: 13 de outubro de 2017.

BAENINGER, Rosana; et al. **Imigração Haitiana no Brasil**. Jundiaí: Paco Editorial, 2016.

- BBC. **Hurricane Matthew: Haiti storm disaster kills hundreds.** Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-latin-america-37582009>> Acesso em : 13 de out. 2017.
- CARDY W, Franklin G. **Environment and Forced Migration.** Disponível em <[http://repository.forcedmigration.org/show\\_metadata.jsp?pid=fmo:1158](http://repository.forcedmigration.org/show_metadata.jsp?pid=fmo:1158)> Acesso em: 09 de junho de 2017.
- CASTLES, Stephen. *Environmental change and forced migration: making sense of the debate.* UNHCR Working Paper, n. 70, Geneva, 2002. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/research/working/3de344fd9/environmental-change-forced-migration-making-sense-debate-stephen-castles.html>> Acesso em: 29 de setembro de 2017.
- CASTRALLI, Renata Barbosa; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. **Os Refugiados Ambientais Haitianos e o Valor da Solidariedade.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=770bb6554eb438d0>> . Acesso em: 20 de out. de 2017.
- CLARO, Carolina de Abreu Batista. **A Proteção dos “Refugiados Ambientais” no Direito Internacional.** Tese (Direito Internacional) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-08042016-155605/pt-br.php>> Acesso em : 25 de setembro de 2017.
- FRANCISCO, Wagner de Cerqueira e. **“O Terremoto no Haiti”; Brasil Escola.** Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/geografia/o-terremoto-no-haiti.htm>>. Acesso em 12 de outubro de 2017.
- FARIA, Andressa Virgínia de; et al . **Imigração Haitiana no Brasil.** Jundiaí: Paco Editorial, 2016
- GIDDENS, Anthony. **Global Europe, social Europe.** Cambridge: Polity Press, 2006.
- GLOBALIZATION 101. **Environmental Refugees.** Disponível em: <<http://www.globalization101.org/environmental-refugees/>> Acesso em: 25 de setembro de 2017.
- GOVERNO DO BRASIL. **Governo prorroga visto humanitário para haitianos.** 2016. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2016/09/governo-prorroga-visto-humanitario-para-haitianos>> Acesso em: 19 de outubro de 2017.
- GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GUERRA, Sidney. **O instituto jurídico do refúgio à luz dos Direitos humanos.** Curitiba: Ius Gentium, v. 7, 2016.
- GUERRA, Sidney. **Direito Internacional dos Direitos Humanos.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GUERRA, Sidney. **O refugiado à luz do direito internacional ambiental.** Curitiba: Ius gentium (Facinter), v. 6, 2009.
- GUERRA, Sidney. **O direito internacional e a figura do refugiado ambiental: reflexões a partir da ilha de Tuvalu,** artigo publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília, 2008.
- GUERRA, Sidney. **Sociedade de risco e o refugiado ambiental. Direito no século XXI.** Curitiba: Juruá, 2008.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian. **Direito das minorias e grupos vulneráveis**. Ijuí: Unijuí, 2008.

HAITI death toll rises to 842 after Hurricane Matthew, reports say. **The Guardian**. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2016/oct/06/hurricane-matthew-haiti-rescuers-battle-reach-remote-areas>>. Acesso em: 13 de out. de 2017.

HANCOCK, Jaime Rubio. **Sete lugares que vivem a espera da próxima catástrofe**. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2015/04/27/internacional/1430152000\\_608140.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2015/04/27/internacional/1430152000_608140.html)> Acesso em: 13 de out. de 2017.

HURRICANE Matthew: Haiti storm disaster kills hundreds. **BBC**. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-latin-america-37582009>> Acesso em: 13 de out. 2017.

ITAMARATY. **Refúgio no Brasil**. Disponível em: <http://www.portalconsular.itamaraty.gov.br/refugio-no-brasil>> Acesso em: 20 de set. de 2017.

JORDAN, Bill. **Irregular migration: the dilemmas of transnational mobility**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2002.

JUBILUT, Liliana Lyra, et al. **Humanitarian visas: building on Brazil's experience**. Disponível em: <<http://www.fmreview.org/community-protection/jubilut-andrade-madureira.html>> . Acesso em: 09 de nov. de 2017.

MAIA, Rui Leandro Alves. **O sentido das diferenças: migrantes e naturais**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

MARIA, Cláudia. Haiti é o país com maior número de mortes por catástrofes naturais, diz ONU. **EBC Agência Brasil**. 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-10/haiti-e-o-pais-com-maior-numero-de-mortes-por-catastrofes-naturais-diz-onu>> Acesso em: 25 de out. de 2017.

MASTERS, Jeffrey. **Hurricanes and Haiti: A Tragic History**. Disponível em: <<https://www.wunderground.com/hurricane/haiti.asp>> Acesso em: 13 de outubro de 2017.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **A questão dos "refugiados" climáticos e ambientais no Direito Ambiental**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-22/ambiente-juridico-questao-refugiados-climaticos-ambientais-direito-ambiental>> Acesso em: 30 de out. de 2017.

MYERS, Norman. **Environmental refugees: an emergent security issue**. Disponível em: <<http://www.osce.org/eea/14851?download=true>> Acesso em: 02 de maio de 2017.

PALLARDY, Richard. **Haiti earthquake of 2010**. Disponível em: <<https://www.britannica.com/event/Haiti-earthquake-of-2010>> Acesso em: 13 de out. de 2017.

PRESIDENCIA DA REPÚBLICA- SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. **Questionários Sobre a Situação dos/as Migrantes e/ou Solicitantes de Refúgio no Abrigo de Brasília/Acre**. Disponível em: <<http://www.migrante.org.br/images/arquivos/pesquisa-migrantes-brasileira-acre.pdf>> Acesso em 18 de outubro de 2017.

PROJET DE CONVENTION RELATIVE AU STATUT INTERNATIONAL DES DÉPLACÉS ENVIRONNEMENTAUX\*. Disponível em: <<http://www.observatorioeco.com.br/wp-content/uploads/up/2010/09/projet-de-convention-relative-au-statut-international-des-daplacas-environnementaux2.pdf>>. Acesso em: 30 de out. de 2017.

RAMOS, Erika Pires. **Refugiados Ambientais: em busca de reconhecimento pelo Direito Internacional**. Tese (Direito Internacional) – Faculdade de Direito da Universidade de São

Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-10082012-162021-pt-br.php>> Acesso em: 29 de setembro de 2017.

RESOLUÇÃO Normativa CNIg nº 97 de 12/01/2012. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=116083>> Acesso em: 18 de out. de 2017.

SANTAYANA, Mauro. **A questão haitiana**. 2014. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/coisas-da-politica/noticias/2014/04/25/a-questao-haitiana/>> Acesso em: 19 de out. de 2017.

SILVA, José Antônio Tietzmann. Os refugiados ambientais à luz da proteção internacional dos direitos humanos. **Revista dos Tribunais**. Vol 86, 2017.

SILVA, Juliana; GIOVANETTI, Lais. **Migrações Contemporâneas no Brasil: a Imigração Haitiana e as Ações Preventivas do Ministério Público Federal e Ministério Público do Trabalho**. Direito internacional dos direitos humanos. Coordenadores: Cecília Caballero Lois, Daniela da Rocha Brandao, Samantha Ribeiro Meyer-pflug – Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/278k6xco/x4p537j8L37ht76q.pdf>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2018.

SUHRKE, Astri. **Pressure Points: Environmental Degradation, Migration and Conflict**. Disponível em: <<https://www.cmi.no/publications/file/1374%20pressure-points-environmental-degradation.pdf>> Acesso em: 29 de setembro de 2017.

THE GUARDIAN. **Haiti death toll rises to 842 after Hurricane Matthew, reports say**. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2016/oct/06/hurricane-matthew-haiti-rescuers-battle-reach-remote-areas>>. Acesso em: 13 de out. de 2017

UNITED NATIONS. **Problems of the Human Environment**. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/243/58/IMG/NR024358.pdf?OpenElement>> Acesso em: 25 de out. de 2017.

UNHCR. **Environment, Disasters and Climate Change**. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/environment-disasters-and-climate-change.html>>. Acesso em: 25 de setembro de 2017.

WALDELY, Aryadne Bittencourt; VIRGENS, Bárbara Gonçalves; ALMEIDA, Carla Miranda Jordão. **Refúgio e realidade: desafios da definição ampliada de refúgio à luz das solicitações no Brasil**. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/remhu/v22n43/v22n43a08.pdf>

Submetido em: 08 fev. 2018. Aceito em: 10 dez. 2018.





# UMA RELEITURA DO ARTIGO 170-A DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL A PARTIR DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO *HABEAS CORPUS* 126.292/SP: DEVER DE COERÊNCIA NO TRATO DAS CATEGORIAS E INSTITUTOS JURÍDICOS.

*Betina Treiger Gruppenmacher\**  
*Thiago de Oliveira Vargas\**

## **Resumo**

O presente ensaio objetiva debater a decisão judicial, especialmente quanto à coerência no trato do Direito, em geral, e de seus institutos e categorias, em particular. Abordar-se-á pronunciamento do Supremo Tribunal Federal proferido em *habeas corpus* que possibilitou a execução imediata da sentença penal condenatória a partir de decisão de segunda instância que confirme a condenação. Tomando-se por base os fundamentos determinantes àquele *decisum*, nomeadamente quanto ao sentido que se atribuiu ao trânsito em julgado, far-se-á uma releitura do artigo 170-A do Código Tributário Nacional. A premissa de base do estudo serão as teorias de Ronald Dworkin, Lenio Streck, Robert Alexy e Neil MacCormick relativamente ao tema e, especialmente, quanto à coerência no e do Direito, notadamente no trato de seus institutos e categorias. Embora haja debate sobre o papel que a coerência desempenha na justificação jurídica, há consenso em representá-la, ao menos, como elemento importante, o que não pode ser desconsiderado.

## **Palavras-chave**

Direito. Decisão judicial. Coerência. Institutos/Categorias.

**A RE-READING OF ARTICLE 170-A OF THE BRAZILIAN TAX CODE FROM THE DECISION OF THE SUPREME COURT OF BRAZIL IN *HABEAS CORPUS* 126.292/SP: Duty of coherence in the treatment of categories and legal institutes.**

---

\* *Visiting Scholar* pela Universidade de Miami. Pós-Doutora pela Universidade de Lisboa. Doutora em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduada pela Universidade de Salamanca, na Espanha, e pela Universidade Austral, na Argentina. Professora Associada dos cursos de graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito Tributário da Universidade Federal do Paraná. Autora das obras “Eficácia e aplicabilidade das limitações constitucionais ao poder de tributar” e “Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna”. Coordenadora das obras “Cooperativas e Tributação” e “Direito Tributário e o Novo Código Civil” e “Tributação: Democracia e Liberdade”. Co-autora da obra: *Novos Horizontes da Tributação. Um diálogo Luso-Brasileiro*. Advogada.

\* Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI/SC. Advogado militante na área do Direito Público, com ênfase no Direito Tributário. Procurador do Município de Joinville.

## Abstract

This essay aims at discussing the judicial decision, especially regarding coherence in the treatment of Law in general, and of its institutes and categories, in particular. A decision of the Supreme Court of Brazil rendered in writs of *habeas corpus* will be addressed, which enabled the immediate execution of the conviction of a criminal offense following a decision of the second instance confirming the conviction. On the basis of the grounds for that decision, in particular as to the meaning attributed to a final and unappealable decision, the article 170-A of the Brazilian Tax Code will be re-read. The basic premise of the study will be the theories of Ronald Dworkin, Lenio Streck, Robert Alexy and Neil MacCormick on the subject and especially on the coherence in Law, notably in the treatment of their institutes and categories. Although there is debate about the role of coherence in legal justification, there is a consensus that it represents at least one important element that cannot be disregarded.

## Keywords:

Law. Judicial Decision. Coherence. Institutes/Categories.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva enfrentar um dos temas que mais tem ocupado as discussões acadêmicas na última quadra do desenvolvimento jurídico: a teoria da decisão judicial.

Para tanto, utilizar-se-á de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal mediante a qual se admitiu a execução imediata da sentença penal condenatória, mesmo na pendência de recurso junto aos tribunais superiores, a significar, portanto, ausente o implemento do trânsito em julgado. A tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal se deu no âmbito do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP no qual se buscou definir a norma e a extensão da garantia constitucional ínsita ao artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.<sup>1</sup>

Tomando-se por base os fundamentos determinantes àquele *decisum*, nomeadamente quanto ao sentido que se atribuiu à categoria/instituto trânsito em julgado, far-se-á uma releitura do artigo 170-A, acrescentado pela Lei Complementar n. 104, de 2001, ao Código Tributário Nacional.

A premissa do estudo que ora se apresenta será o dever de coerência no trato do Direito, em geral, e de suas categorias/institutos, em particular, buscando-se apoio nas compreensões teóricas – no que é concernente ao tema e com consciência das nuances de cada qual – de autores como Ronald Dworkin e Lenio Streck, os quais, como se sabe, professam uma posição de cunho substancialista, bem como de Robert Alexy e Neil MacCormick, que, diferentemente, propugnam uma vertente procedimentalista.

---

<sup>1</sup> Oportuno esclarecer que a redação do presente artigo se deu ainda na pendência da finalização do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43 e 44 pelo Supremo Tribunal Federal, as quais têm por objeto idêntica matéria, ou seja, aferir a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal que espelha, em índole legal, o que já é contemplado na Constituição Federal (art. 5º, inciso LVII). Ao tempo da redação do ensaio, o julgamento aguardava inclusão na pauta pela presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Cármen Lúcia, após o plenário ter indeferido o referendo à medida cautelar adrede concedida, de forma unipessoal, pelo relator, Ministro Marco Aurélio. Vencidos no julgamento da ratificação da cautelar, além do relator, os Ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e, em parte, Dias Toffoli.

Nada obstante, ambas as linhas pertencerem à concepção conhecida como pós-positivista.

Estruturar-se-á o artigo em três partes, a saber: (i) da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 126.292/SP: do pano de fundo; (ii) do dever de coerência no trato das categorias e institutos jurídicos: revisitando (muito rapidamente e no que concerne ao tema) Ronald Dworkin, Lenio Streck, Robert Alexy e Neil MacCormick; e, (iii) uma releitura possível do art. 170-A do Código Tributário Nacional a partir da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 126.292/SP.

Objetiva-se, com o presente ensaio, contribuir à discussão deste instigante tema que diz respeito a um dos elementos essenciais do Direito e, especialmente, da decisão judicial: a coerência. Temática esta que, segundo Amalia Amaya, “han ocupado un lugar central en la filosofía del derecho contemporânea”.<sup>2</sup>

Utilizar-se-á, para a consecução dos objetivos pretendidos, o método indutivo a partir da revisão bibliográfica.

## 2 DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO *HABEAS CORPUS* 126.292/SP: DO PANO DE FUNDO

Em 15/01/2105, aportou no Supremo Tribunal Federal o *Habeas Corpus* n. 126.292, proveniente do Estado de São Paulo, impetrado contra a decisão do Ministro Francisco Falcão, do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de liminar formulado pelo paciente no *Habeas Corpus* n. 313.021, no sentido de suspender a ordem de prisão, expedida pelo Tribunal de Justiça, decorrente do não provimento do recurso deduzido por sua defesa.<sup>3</sup>

Para se manter fiel aos fatos sem, todavia, empreender um relato minucioso, a sentença condenatória prolatada pelo juízo havia assegurado ao paciente o direito de recorrer em liberdade; já o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao negar provimento à irresignação recursal da defesa, fez expedir mandado de prisão contra o réu, a consubstanciar execução provisória da sentença, ocasionando a impetração de *Habeas Corpus* no Superior Tribunal de Justiça e, em vista do indeferimento da liminar, a impetração de novo *Habeas Corpus* no Supremo Tribunal Federal.

A questão debatida – sem se ingressar na discussão de cunho processual-defensiva, acerca do cabimento ou não da medida intentada – residia em estabelecer o sentido e o alcance da garantia constitucional (de índole fundamental), prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, segundo a qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

<sup>2</sup> AMAYA, Amalia. La Coherencia en el Derecho. In: **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 35, p. 59-90, 2012. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-coherencia-en-el-derecho/>>. Acesso em: 10/01/2018.

<sup>3</sup> TJSP, Apelação Criminal n. 0009715-92.2010.8.26.0268.

À questão somava-se, outrossim, o fato de a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ter se posicionado, quando da apreciação do *Habeas Corpus* 84.078/MG,<sup>4</sup> pela impossibilidade de execução provisória da sentença penal condenatória, em reverência àquela garantia.

Distribuído o *habeas* ao Ministro Teori Zavascki, após a superação do possível óbice relativo ao conhecimento, em 05/02/2015, deferiu-se a liminar pleiteada pelo paciente para “suspender a prisão preventiva decretada [...] nos autos da Apelação Criminal 0009715-92.2010.8.26.0268, do TJ-SP”.

No julgamento perante a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em 15/12/2015, entendeu-se apropriado, dada a relevância da matéria, afetar a questão ao Tribunal Pleno, medida esta cuja adoção foi levada a efeito.

Em 17 de fevereiro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos – vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski –, denegou a ordem pleiteada pelo paciente no *writ*, revogando a liminar adrede concedida pelo Ministro Teori Zavascki, relator, estabelecendo a seguinte tese: A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Não se ingressará nesse estudo na avaliação pormenorizada e integral da decisão, restringindo-se o campo de análise às razões determinantes do pronunciamento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, que desaguaram na tese firmada pela corrente majoritária – formada pelos Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luis Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes – para, depois, relacioná-las propriamente ao objeto de estudo ora proposto.

Como antecipado, o Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria, que não viola a garantia fundamental disposta no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, a execução da sentença penal condenatória a despeito de não estar sedimentado o trânsito em julgado, ou seja, mesmo que a apreciação de recurso esteja pendente junto aos tribunais superiores.

Segundo o Ministro Teori Zavascki, relator, “com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa”, porquanto, conforme as razões por ele sustentadas, “Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito” e, destarte, “os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo”. E concluiu que: “Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias”.

---

<sup>4</sup> STF, HC n. 84.078, Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 Divulg. 25/022010, Public. 26/02/2010. Decisão disponível no repertório de jurisprudência da corte em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 05/01/2018.

O primeiro a endossar o posicionamento adotado pelo relator foi o Ministro Edson Fachin, que, após empreender uma ode ao papel que ele reputa caber ao Supremo Tribunal Federal, fez consignar que a “finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto”, atribuindo aos tribunais superiores – Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal – a função de “estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional”.

E concluiu:

Sabem todos que o trânsito em julgado, no sistema recursal brasileiro, depende em algum momento da inércia da parte sucumbente. Há sempre um recurso oponível a uma decisão, por mais incabível que seja, por mais esta-pafúrdias que sejam as razões recursais invocadas. Os mecanismos legais destinados a repelir recursos meramente protelatórios são ainda muito incipientes.

Se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. Isso significaria dizer que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada à concordância do apenado.

Trilhou o mesmo caminho o Ministro Luis Roberto Barroso, o qual – em longa exposição e depois de defender uma linha, diga-se, pragmática – entendeu que a posição a ser adotada pelo Supremo Tribunal Federal, sugerida pelo Ministro Teori Zavascki, representaria prestígio à própria corte, “cujo acesso se deve dar em situações efetivamente extraordinárias”, não podendo ela se transmutar, ainda segundo sua compreensão, “em tribunal ordinário de revisão, nem ter seu tempo e recursos escassos desperdiçados com a necessidade de proferir decisões em recursos nitidamente inadmissíveis e protelatórios”. Invocando excerto do voto proferido pela ex-Ministra Ellen Gracie no *Habeas Corpus* 86.886, averbou que, “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Suprema Corte”, aderindo à tese do relator por três ordens de ideias, quais sejam: (i) a condenação de primeiro grau mantida em recurso de apelação inverte a presunção de inocência, pois, qualquer acusado em processo criminal tem direito a dois graus de jurisdição, sendo esse o seu devido processo legal e marco a partir do qual a presunção de não culpabilidade é desfeita; (ii) o Recurso Extraordinário não se destina a investigar o acerto ou desacerto da decisão, nem a reestudar os fatos nem a reapreciar a prova, porquanto concebido para discussão somente de alguma questão de direito, seja perante o Supremo Tribunal Federal (questão constitucional), seja no Superior Tribunal de Justiça (questão infraconstitucional), restando a materialidade e a autoria demonstrados no primeiro e segundo graus de jurisdição; e, (iii) a impossibilidade de execução imediata de uma decisão

condenatória de segundo grau fomenta a interposição sucessiva de recursos protelatórios o que não é alguma coisa que se queira estimular.<sup>5</sup>

Importa consignar, outrossim, excerto das razões apresentadas pelo Ministro Luiz Fux, para quem a “coisa julgada está intimamente vinculada à ideia da imutabilidade da decisão. Coisa julgada significa a imutabilidade da decisão ou a indiscutibilidade de alguns capítulos da decisão”, a concluir que “a força normativa da Constituição [...] está em que a presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime, em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores”.

A Ministra Cármen Lúcia, na mesma senda, entendeu que “o que a Constituição determina é a não culpa definitiva antes do trânsito, e não a não condenação [...], se em duas instâncias já foi assim considerado, nos termos inclusive das normas internacionais de Direitos Humanos”.

À derradeira, o Ministro Gilmar Mendes, revendo posição por ele defendida no *Habeas Corpus* 84.078/MG, fundamenta sua compreensão na circunstância de que “esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária” e, portanto, “nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos”.

O Supremo Tribunal Federal, destarte, entendeu ser possível a imediata execução de sentença penal condenatória fundamentalmente por três razões: (i) os Recursos Extraordinários – gênero no qual se inserem o Recurso Especial e o Recurso Extraordinário, *stricto sensu* – são inaptos à (re)apreciação de fatos e provas e, portanto, têm âmbito de cognição restrito às questões de direito, não ostentando, em regra, efeito suspensivo, apenas devolutivo; (ii) em razão destas características, a leitura de trânsito em julgado deve ser feita no sentido de contemplar dois graus de jurisdição, excluindo-se, assim, tanto o Superior Tribunal de Justiça como o Supremo Tribunal Federal, sendo possível e constitucionalmente permitida a imediata execução da sentença penal condenatória; (iii) a leitura até então feita pelo próprio Supremo Tribunal Federal da garantia disposta no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal representaria fomento à interposição infundável de recursos protelatórios a enfraquecer os objetivos perseguidos pelo Direito Penal e Processual Penal, sobretudo em relação à resposta deles esperada pela sociedade.

Esse é o pano de fundo.

---

<sup>5</sup> A síntese das três ordens de ideias do Ministro Luis Roberto Barroso foi extraída, além do voto escrito adjudicado ao processo, daquele pela autoridade oralmente articulado na sessão de julgamento, cujo acesso pode ser feito em: <<https://www.youtube.com/watch?v=581ZjGsJmCA>>. Acesso em: 05/01/2018.

### 3 DO DEVER DE COERÊNCIA NO TRATO DAS CATEGORIAS E INSTITUTOS JURÍDICOS: REVISITANDO (MUITO RAPIDAMENTE E NO QUE PERTINE AO TEMA) RONALD DWORKIN, LENIO STRECK, ROBERT ALEXY E NEIL MACCORMICK

Inicia-se o presente tópico enunciando-se algo que parece fundamental à ideia de Direito: deve ele ser íntegro, daí decorrendo a necessidade – a rigor, um dever – de conferir coerência também quando do trato das categorias e institutos jurídicos.

Difícil conceber o Direito de forma diversa, ou seja, como algo fragmentado, seletivo, desigual, com decisões díspares a consubstanciar incoerência que gera, inevitavelmente, insegurança. A própria ideia de um Direito incoerente, inseguro, fragmentado e antiisonômico representa rematada contradição, porquanto o Direito pressupõe, ao contrário, coerência, segurança, integridade.

A coerência, desse modo, representa elemento ínsito à racionalidade do ordenamento/sistema jurídico, pois é assaz complicado pretender a defesa da obrigatoriedade de observância das normas caso estas se mostrem incompatíveis, considerando-se o conjunto normativo que compõe dado ordenamento/sistema jurídico. Com Fernando Andreoni Vasconcellos, pode-se dizer que a coerência é necessária à “concepção de que o sistema/ordenamento tem que fazer sentido como um todo, como uma condição da própria inteligibilidade do direito, algo essencial para essa área do conhecimento que pretende orientar as condutas/ações”.<sup>6</sup>

A coerência, assim, está relacionada à necessidade de que as normas, precedentes, categorias e institutos jurídicos façam sentido no todo do ordenamento/sistema para que deste modo se possa alcançar a almejada segurança jurídica, um dos objetivos principais – senão o principal – do Direito.

Sob essa perspectiva – além de outras, evidentemente –, Ronald Dworkin propugnou uma teoria liberal marcadamente construtivista sem, contudo, consentir com o uso de juízos pessoais, discricionariedades ou mesmo voluntarismos por parte do intérprete para a resolução do caso concreto. Em absoluto.

Entendia o *jusfilosofo* norte-americano que o Direito é uma prática social interpretativa e, portanto, poder-se-á compreendê-la como um romance em cadeia, pelo qual o romancista deverá manter a história ao mesmo tempo em que tenta dar-lhe, pelo seu capítulo, a melhor interpretação possível para o futuro; sem, todavia, descharacterizar a obra. O empreendimento dos romancistas tenciona elaborar uma obra única, estruturada, mesmo que levada a efeito pelas mãos de diferentes autores; deverão eles evitar a elaboração de um livro de contos, *v.g.*, porquanto estarão vinculados – e por isso são responsáveis – por desenvolver o romance a partir do capítulo recebido e observados os demais até então escritos.<sup>7</sup>

Realmente, o intérprete deverá estar conformado à história institucional do Direito da comunidade jurídica da qual é parte, não podendo, com vistas a guardar coe-

<sup>6</sup> VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Interpretação do Direito Tributário**: entre a coerência e a consistência. Curitiba: Juruá, 2014. p. 68.

<sup>7</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 276. DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 236-237.

rência e mantê-la íntegra, ignorá-la para, a partir de sua compreensão interpretativa, inaugurar um momento novo como se não houvesse o ontem, mas somente o hoje.

Isso não significa dizer, contudo, que o ontem governará o hoje. Em absoluto. Significa, apenas, que a historicidade institucional do Direito da comunidade jurídica deve ser prestigiada até porque é nela e por ela que se formaram – e se formam – os princípios estruturadores da moral política desta mesma comunidade jurídica.<sup>8</sup> Em uma afirmação: a história é avanço, mas também – e, sobretudo, – é continuidade.

Fausto Santos de Moraes, trazendo a questão para o âmbito da decisão judicial especificamente considerada, afirma que:

Um juiz que vai decidir determinado caso (difícil) deve recorrer àquilo que já foi produzido, para que a sua decisão guarde coerência ao sistema jurídico como um todo. A noção de romance em cadeia nada mais seria que exigir do intérprete/jurista conhecer a prática em que se insere (romance) para, somente assim, fazendo parte dela, saber aquilo que é importante e não pode ser abandonado na sua interpretação.<sup>9</sup>

Dessarte, o Direito, conforme Ronald Dworkin, “exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção”.<sup>10</sup>

Também adepto de uma corrente do pensamento jurídico com pretensão pós-positivista, Lenio Streck endossa a concepção de Ronald Dworkin relativa ao ponto.

Deveras, propõe o jurista gaúcho uma teoria de feição substancialista caracterizada pela coerência e integridade, qualidades imanentes ao Direito, conceito fundamentalmente interpretativo. Em sua *Crítica Hermenêutica do Direito*, defende que:

A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir de uma circularidade hermenêutica. Coerência significa igualdade de apreciação do caso e igualdade de tratamento. Coerência também quer dizer “jogo limpo”.

[...]

A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 291: “O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios”.

<sup>9</sup> MORAIS, Fausto Santos de. *A Proporcionalidade como Princípio Epocal do Direito: o (des)velamento da discricionariedade judicial a partir da perspectiva da nova crítica do direito*. 2010. 218 p. Dissertação (mestrado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Orientação: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck. p. 114.

<sup>10</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 264.

<sup>11</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 62.

A integridade e a coerência do Direito, segundo Lenio Streck, são, aliadas a outras, condições de possibilidade para se encontrar a resposta adequada (à Constituição), a qual, segundo o jurista gaúcho, é um direito fundamental do cidadão.<sup>12</sup>

De outro lado, mesmo autores adeptos da chamada corrente procedimentalista pós-positivista (relembrando que Ronald Dworkin e Lenio Streck integram a vertente substancialista), ainda que com alguma nota distintiva, também conferem redobrada importância à coerência do ordenamento/sistema jurídico.

Nesse sentido, Robert Alexy propugna a coerência como pressuposto fundamental da racionalidade do decidir e fundamentar jurídico, valendo lembrar que, para o autor, a fundamentação do discurso jurídico – caso especial do discurso prático geral – é imprescindível à higidez de sua teoria da argumentação, observadas as regras do procedimento discursivo por ele preconizadas. Dito de modo diverso, a fundamentação está inelutavelmente irmanada à coerência, pois “a justiça exige o encaixamento da fundamentação jurídica em um sistema tão coerente quanto possível”.<sup>13</sup> Logo ela (a fundamentação):

[...] exige, de um lado, o estabelecimento de construções de pensamento tão coerente quanto possível e, nesse sentido, tão perfeito quanto possível. Do outro, ela pede um processo de argumentação tão racional quanto possível, que visa à formação de um consenso racional. O que isso significa pode ser exposto em uma teoria do discurso racional.<sup>14</sup>

Também adepto de uma linha pós-positivista de feição procedimentalista, Neil MacCormick é um dos autores cuja referência, em se tratando de coerência, não pode ser esquecida, pois o *jusfilosofo* escocês é, segundo Amalia Amaya, “pionero em los estudios acerca de la coherencia y la justificación jurídica” sendo “uno de los pocos teóricos del derecho que han examinado el papel que juega la coherencia tanto en relación a la justificación de los enunciados fácticos como normativos en el derecho”.<sup>15</sup>

Para MacCormick, a justificação – pressuposto inerente à racionalidade de uma decisão judicial –, especialmente em se tratando dos – por ele denominados – casos exemplares, desdobrar-se-á em uma justificação de primeiro nível (ou interna) e, ainda, outra de segundo nível (ou externa). Interessa-nos, para os fins do presente estudo, a justificação de segundo nível (ou externa).

E isso porque um dos seus elementos será, precisamente, a coerência entendida mais do que a não contradição das normas pertencentes a um dado ordenamento/sistema jurídico (esse elemento será a coesão), porquanto pressuporá um passo

<sup>12</sup> Nesse ponto, a Crítica Hermenêutica do Direito (CDH) difere da concepção preconizada por Ronald Dworkin, que defendia a possibilidade de se encontrar *uma única resposta correta* para o caso concreto. Lenio Streck defende que, embora não seja possível encontrar *uma única resposta correta*, pode-se alcançar *a resposta adequada* ao caso concreto que seria, para ele, aquela que respeita a integridade e coerência institucional do Direito em ordem a refutar a tão combatida discricionariedade, alinhando-se, ademais, à Constituição Federal considerando-se o Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 363.

<sup>13</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 129.

<sup>14</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 130.

<sup>15</sup> AMAYA, Amalia. La Coherencia en el Derecho. In: **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 35, p. 59-90, 2012. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-coherencia-en-el-derecho/>>. Acesso em: 11/01/2018.

além, ou seja, dirá respeito a uma série de princípios (ou valores), os quais, em conjunto, estruturarão este ordenamento/sistema jurídico para que, assim, suas inúmeras normas façam sentido se consideradas em conjunto. É dizer que a justificação a partir da coerência objetiva, na concepção de MacCormick, por meio dos princípios (ou valores), instituir um ordenamento/sistema que, no todo, faz sentido nada obstante às suas inúmeras ramificações.<sup>16</sup>

Nesse plano de ideias, para Amalia Amaya, a concepção teórica de MacCormick, considerada a justificação a partir da coerência (normativa, ressalte-se), “es la propiedad de un conjunto de normas que pueden ser explicadas en base a una serie de principios generales que delimitan una forma de vida satisfactoria”, podendo-se concluir que, “según MacCormick, la coherencia es un valor esencial en el derecho en cuanto que contribuye de manera importante a realizar los ideales de justicia formal”.<sup>17</sup>

Logo, pelo que até aqui foi exposto, parece não remanescer dúvida sobre a importância que a coerência desempenha na integridade e racionalidade do Direito, em geral, e em um ordenamento/sistema jurídico, em particular.

E assim o é, porquanto atua a coerência de maneira relevante na justificação/argumentação jurídica, seja considerada a partir de uma teoria coerentista “forte” (a exemplo da propugnada por Ronald Dworkin), seja de uma “fraca” (como a cunhada por Neil MacCormick).

De outro passo, de alguma forma, parece que essa característica (ou qualidade) à ideia mesma de Direito foi recentemente positivada pelo ordenamento/sistema jurídico brasileiro na Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, veiculadora do Código de Processo Civil. No artigo 926 deste diploma normativo, fez-se constar, de forma expressa, por imperativo legal, portanto, que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Resta saber se o fato de ter havido a positivação do dever de coerência será suficiente a obstar o trato muitas vezes descompromissado e marcadamente discricionário que é – vem sendo – conferido à decisão do caso concreto pelos operadores do direito, com especial ênfase àqueles que têm por imposição de ofício o exercício da jurisdição.

Revisitadas muito brevemente as teorias de Ronald Dworkin, Lenio Streck, Robert Alexy e Neil MacCormick no que são pertinentes ao tema proposto, cumpre, na sequência, apresentar uma releitura possível do art. 170-A do Código Tributário Nacional, a partir da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 126.292/SP, haja vista o dever de coerência que reclama, no tocante à questão e a considerar o posicionamento adotado, como também as razões que o sustêm, idêntica interpretação-aplicação.

<sup>16</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Tradução: Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 197-253/347.

<sup>17</sup> AMAYA, Amalia. La Coherencia en el Derecho. In: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 35, p. 59-90, 2012. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-coherencia-en-el-derecho/>>. Acesso em: 13/01/2018.

#### 4 UMA RELEITURA POSSÍVEL DO ART. 170-A DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL A PARTIR DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO *HABEAS CORPUS* 126.292/SP

Em face do que até aqui foi exposto, faz-se necessário demonstrar um dos possíveis desdobramentos que a decisão do Supremo Tribunal Federal, abordada no item 1 do presente ensaio poderá gerar, considerada uma coerência mínima do Direito, em geral, e da interpretação-aplicação de seus institutos e categorias, em particular.

Trata-se de uma releitura do artigo 170-A do Código Tributário Nacional, o qual, inserido por meio da Lei Complementar n. 104, de 2001,<sup>18</sup> obstou, de forma expressa, a compensação antes do implemento do trânsito em julgado da decisão judicial, que reconhece o direito do sujeito passivo em ver-se ressarcido pelo Estado/Fazenda Pública daquilo que indevidamente foi-lhe exigido via imposição tributária.

Especificamente considerada a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal aqui examinada, cabe lembrar que o tribunal, ao analisar o significado e a extensão da garantia disposta no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, considerou, para esta decisão, não ofensiva a possibilidade de se executar a sentença penal condenatória mesmo na pendência de recurso junto aos tribunais superiores.

Firmou-se e formou-se a compreensão, portanto, de que a leitura do texto constitucional, nomeadamente da categoria/instituto trânsito em julgado, abrange somente a primeira e a segunda instâncias, haja vista que os recursos extraordinários *lato sensu* – Recurso Especial e Recurso Extraordinário –, por não portarem efeito suspensivo, estão à margem do que se pode compreender como decisão final transitada em julgado para fins de aplicação daquele preceito de cariz fundamental.

Pode-se concluir, portanto, que o Supremo Tribunal Federal acabou por flexibilizar a garantia constitucional disposta no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, considerando-se o sentido que atribuiu a trânsito em julgado.

Assim, tomando-se a compreensão do Supremo Tribunal Federal sobre o significado da categoria/instituto trânsito em julgado, revela-se acertado afirmar, por coerência de interpretação-aplicação, que este sentido deva ser atribuído à expressão *trânsito em julgado* constante de outros dispositivos constitucionais como, *v.g.*, o artigo 100, § 5º, da Constituição Federal,<sup>19</sup> como também de preceitos legais, a exemplo do artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

E isso porque, conforme Fernando Andreoni Vasconcellos, pode-se afirmar que:

No direito positivo, as palavras utilizadas pelo legislador devem possuir aquilo que Peczenik chama de universalidade (*universality*), considerada condição necessária para a coerência, uma vez que o uso de conceitos deve designar todas as coisas pertencentes a determinada classe, e não somente objetos individuais.

<sup>18</sup> Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial (artigo acrescentado pela Lei Complementar n. 104, de 10/01/2001 (D.O.U de 11/01/2001).

<sup>19</sup> Sobre essa extensão de significado específica: VARGAS, Thiago de Oliveira; BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto. Dever de Coerência *Pro Futuro* e as Decisões do Supremo Tribunal Federal: o *habeas corpus* 126.292/SP e seus possíveis desdobramentos. In: *E-Civitas* – Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH, Belo Horizonte, Volume IX, n. 02, dez/2016. Disponível em: <http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/issue/view/124> Acesso em: 13/01/2018.

A exigência de coerência no tratamento das categorias jurídicas é um corolário da igualdade, na lei e na aplicação da lei, para assegurar inteligibilidade, previsibilidade e calculabilidade na interpretação/criação do direito. A coerência impõe, também, que as categorias jurídicas sejam desenvolvidas pela doutrina [e pela jurisprudência, acrescente-se] em termos universalistas, ou seja, para todas as áreas do direito, salvo quando o objeto não o permita.<sup>20</sup>

É cediço que as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, no tocante à necessidade de devolução do tributo pago indevidamente pelo sujeito passivo, somente são passíveis de aproveitamento, via compensação, depois de ter havido o trânsito em julgado, tendo em vista a redação do artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

É notório o longo, tortuoso e acidentado caminho a ser percorrido pelo sujeito passivo até que se implemente aquele evento jurídico-constitucional-processual, haja vista a miríade de medidas judiciais e recursos que são apresentados pela Fazenda Pública com o objetivo de evitar ou, não o conseguindo, ao menos adiar o quanto possível a certificação do trânsito em julgado. Tal circunstância protraí no tempo o momento a partir do qual será reconhecida a possibilidade de o sujeito passivo se apropriar/reaver o que pagou indevidamente a título de tributo, especialmente pela compensação (o que gera uma “perda” de arrecadação ao erário).

A não consolidação do trânsito em julgado, por outro lado, tem fundamentado, em muitos casos, o argumento da inexistência de ofensa à segurança jurídica e à proteção da confiança, sobretudo, quando o Supremo Tribunal Federal decide alterar seu entendimento em prejuízo ao sujeito passivo.

Nessa última hipótese, o argumento fazendário é que não há ofensa à segurança jurídica quando inexistente decisão definitiva sobre determinada matéria, inexistindo confiança a ser protegida caso o sujeito passivo tenha se pautado em decisões do Supremo Tribunal Federal não transitadas em julgado.

O caso mais emblemático no qual essa argumentação foi utilizada, lamentavelmente com sucesso, diz respeito ao julgamento do RE n. 353.657/PR,<sup>21</sup> que cuidou da possibilidade de creditamento pelas entradas (aquisições) de insumos tributados à alíquota zero (0%) ou não tributados (NT) relativamente ao IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados.

Nesse caso paradigmático, como a Fazenda Nacional não havia deixado transitar em julgado os anteriores pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal sobre o tema – que reconheciam a possibilidade de creditamento –, entendeu-se que a alteração do posicionamento da Corte não representava atentado à segurança jurídica e à confiança do jurisdicionado que confiou naqueles julgados, creditando-se do imposto nos termos por eles autorizados, inexistindo, assim, razão à pretendida modulação dos efeitos temporais da decisão proposta, de ofício, mediante questão de ordem, pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

<sup>20</sup> VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Interpretação do Direito Tributário*: entre a coerência e a consistência. Curitiba: Juruá, 2014. p. 115.

<sup>21</sup> STF, RE 353.657, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/2007, DJe-041 Divulg 06-03-2008 Public 07-03-2008.

Tal entendimento legitima atuação protelatória da Fazenda Pública, tendente a prorrogar no tempo o trânsito em julgado das decisões contrárias aos seus interesses, com vistas a uma possível reversão de entendimento do Supremo Tribunal Federal (incluído o Superior Tribunal de Justiça). Para tanto, basta continuar a discutir, sempre.

Ocorre que também na esfera cível os recursos extraordinários *lato sensu* não portam efeito suspensivo em regra, mas somente o devolutivo.<sup>22</sup> Se assim o é, força convir que o trânsito em julgado se opera, também, nessa hipótese, superados os julgamentos em primeira e segunda instâncias, independentemente do julgamento dos tribunais superiores.

Destarte, havendo condenação da Fazenda Pública em primeira instância e sendo esta confirmada por Tribunal intermediário estadual ou federal – seja pelo desprovemento de recurso voluntário, seja por idêntica decisão quando da apreciação de remessa necessária –, torna-se viável ao sujeito passivo promover a compensação do indébito reconhecido nas respectivas decisões judiciais, a despeito de eventual interposição de recursos pela Fazenda Pública.

E isso porque, segundo a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, a “finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto”, sendo de todos cediço que “o trânsito em julgado, no sistema recursal brasileiro, depende em algum momento da inércia da parte sucumbente”, e não raro constata-se haver, em regra, sempre “um recurso oponível a uma decisão, por mais incabível que seja, por mais estapafúrdias que sejam as razões recursais invocadas”.<sup>23</sup>

Ademais, a compreensão ora defendida, coerente com a decisão do Supremo Tribunal Federal, está estruturada, sobretudo, em três ordens de ideias: (i) a condenação de primeiro grau mantida em recurso de apelação ou em apreciação de remessa necessária estabelece um grau de verossimilhança inquestionável em relação, também, à obrigação/responsabilidade da Fazenda Pública; (ii) o Recurso Extraordinário e o Recurso Especial não se destinam a investigar o acerto ou desacerto da decisão, restando a obrigação/responsabilidade da Fazenda Pública demonstradas na primeira e segunda instâncias; e, (iii) a impossibilidade de execução imediata de uma decisão condenatória de segunda instância fomenta a interposição sucessiva de recursos protelatórios, o que é de todo indesejável.<sup>24</sup>

De igual modo, a adoção de tal posicionamento representaria a abolição da inglória obrigação de os advogados públicos – categoria que merece todo o respeito e admiração, pontue-se com sinceridade – interporem, apenas por dever de ofício, recursos sucessivos e a conjecturar medidas processuais com o objetivo de protelar, tan-

<sup>22</sup> Cf. artigo 1.029, § 5º, do Código de Processo Civil, bem como o revogado artigo 27, § 2º, da Lei n. 8.038/90 (revogado pelo artigo 1.072, IV, da Lei n. 13.105/15, esclareça-se).

<sup>23</sup> Excertos do voto proferido pelo Min. Edson Fachin no *Habeas Corpus* 126.292/SP, cuja reprodução também fora feita no item 1 do ensaio.

<sup>24</sup> As três ordens de ideias apresentadas baseiam-se naquelas articuladas pelo Ministro Luis Roberto Barroso no voto oral e escrito proferido no *Habeas Corpus* 126.292/SP, conforme exposto no item 1 do ensaio.

to quanto possível, o trânsito em julgado da decisão condenatória e, assim, a repetição do indébito pelo sujeito passivo.

O entendimento aqui apresentado, nos moldes da decisão do Supremo Tribunal Federal, dispensaria os advogados públicos de interporem recursos meramente procrastinatórios, destarte.<sup>25</sup>

Por outro lado, constata-se que a norma derivada do artigo 170-A do Código Tributário Nacional, tal como implementada/interpretada, não encontra ressonância nos anseios da sociedade brasileira, a qual não tolera mais o pagamento de tributos indevidos e as dificuldades impostas por decisões judiciais com cunho eminentemente político de proteção aos cofres públicos. É certo que o Estado brasileiro é muito eficiente em cobrar tributos, mas de todo ineficiente em devolver aquilo que cobrou indevidamente, o que, a par de caracterizar confisco, acaba por premiar o mal pagador.

Essa inconformidade é caracterizada pela previsão de que a compensação do indébito só pode ser levada a cabo após o trânsito em julgado, o que acaba por frustrar o direito do sujeito passivo que já foi reconhecido pelo Poder Judiciário. Na dicção do Ministro Gilmar Mendes, “sabemos que é possível, depois da decisão de apelação, portanto, na esfera ainda da jurisdição ordinária, termos o recurso especial, o recurso extraordinário, esses sucessivos recursos, já com objetivo, embargos de declaração, destinados a fundamentalmente elidir o trânsito em julgado e a bloquear a efetividade das decisões”.<sup>26</sup>

A se admitir o caráter absoluto da regra veiculada pelo artigo 170-A do Código Tributário Nacional, na linha do que vem sendo decidido pelo Poder Judiciário – no mais das vezes generoso com os pedidos, medidas e recursos fazendários –, ter-se-ia que reconhecer, no limite, que a compensação do indébito tributário só se viabilizaria quando a própria Fazenda Pública se conformasse com a sua sorte, abrindo mão de possível recurso ou medida processual. Significaria dizer, de outro modo, que a compensação do indébito judicialmente reconhecido estaria condicionada à concordância da Fazenda Pública.<sup>27</sup>

Não se admite, no atual momento histórico, que o sujeito passivo, que pagou tributo reconhecidamente indevido, aguarde por 10, 15, 20 anos, ou mais, o trânsito em julgado de ação movida para recuperar referidos valores, quando, tanto em primeiro ou segundo grau de jurisdição, já obteve uma decisão favorável ao seu pleito.

Se o Supremo Tribunal Federal admitiu a flexibilização do trânsito em julgado para firmar e formar posicionamento pela não vulneração da garantia disposta no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal a cancelar a possibilidade de execução imediata da sentença penal condenatória, quando da decisão em segundo grau de jurisdição, é possível estender tal entendimento às questões cujos efeitos são meramente patrimoniais e que não dizem de perto, imediatamente, com a dignidade da pessoa humana, tal como a liberdade o diz.

---

<sup>25</sup> O parágrafo é baseado no voto oral do Min. Luis Roberto Barroso em sentido similar, considerada, contudo, a categoria dos advogados criminais.

<sup>26</sup> Excerto do voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes no *Habeas Corpus* 126.292/SP.

<sup>27</sup> Adaptação feita pelo autor de excertos do voto proferido pelo Min. Edson Fachin no *Habeas Corpus* 126.292/SP, cuja reprodução também fora feita no item 1 do ensaio.

Se o Supremo Tribunal Federal, partindo de um grau zero de sentido,<sup>28</sup> irá, *sonte propria* e ignorando a coerência e a integridade do Direito, mormente de sua história institucional em relação ao instituto/categoria trânsito em julgado, atribuir-lhe esse sentido, então deverá manter o mínimo de coerência, ainda que assuma uma posição manifestamente pragmática.<sup>29</sup>

E assim deve ser, pois

[...] o ato de classificação possui um cunho criativo, no entanto, a partir do momento em que se definem parâmetros com pretensão de universalidade, não se pode adequá-los a cada momento. Em última análise, se a doutrina [e a jurisprudência, acrescente-se] pretende desenvolver classificações universalistas, não pode existir um conceito de validade ou nulidade para o direito civil, outro para o direito penal, outro ainda para o direito constitucional, assim como não se pode aceitar como correta, por exemplo, a determinação de um cunho exclusivamente declaratório (retroativo/*ex tunc*) para certa classe de decisões, mas, conforme o caso, estas teriam efeitos *pro futuro/ex nunc*. Diante de um impasse dessa natureza, ou a classificação está incorreta/inadequada, ou o objeto que se pretende classificar não pode ser categorizado em termos universais.<sup>30</sup>

Logo, há de se admitir, no limite, de forma coerente, que o direito à repetição do indébito por meio de compensação, na forma do artigo 170-A do Código Tributário Nacional, opera-se após decisão nesse sentido dos tribunais intermediários estaduais ou federais.

## 5 CONCLUSÃO

Na primeira parte do presente estudo, foi analisada, no que diz respeito ao tema proposto, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal quando da apreciação do *Habeas Corpus* 126.292/SP. Como exposto, o posicionamento firmado pela maioria dos ministros foi no sentido de estabelecer a seguinte tese: A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Da corrente majoritária – formada pelos Ministros Teori Zavascki (relator); Edson Fachin; Luis Roberto Barroso; Luiz Fux; Dias Toffoli; Cármen Lúcia e Gilmar Mendes – extraíram-se os fundamentos determinantes à compreensão sintetizada na tese supra com ênfase ao sentido atribuído à categoria/ instituto trânsito em julgado,

<sup>28</sup> Expressão cunhada por Lenio Streck e por ele utilizada na sua *Crítica Hermenêutica do Direito*, v.g.: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 249: “Para a hermenêutica, o princípio da proporcionalidade é como uma metáfora, isto é, um modo de explicar que cada interpretação – que nunca pode ser solipsista – deve obedecer a uma reconstrução integrativa do direito, para evitar interpretações discricionárias/arbitrárias sustentadas em uma espécie de ‘grau zero de sentido’, que, sob o manto do caso concreto, tendam a estabelecer sentidos para alguém ou para além da Constituição”.

<sup>29</sup> A referência, aqui, é à Teoria Pragmática capitaneada por Richard Allen Posner.

<sup>30</sup> VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. O conteúdo e alcance da decisão de inconstitucionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos Precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 272.

constante no texto constitucional explicitador da garantia fundamental então examinada pelo Supremo Tribunal Federal.

Na segunda parte, incursionou-se breve revisão às teorias formuladas por Ronald Dworkin, Lenio Streck, Robert Alexy e Neil MacCormick, objetivando relacioná-las com o tema proposto, especialmente no tocante à importância que estes autores – respeitadas as diferentes concepções teóricas professadas por cada qual – atribuem a alguns elementos inerentes ao Direito e à decisão judicial, especificamente no tocante à coerência, pressuposto comum a todos, em que pese os distintos enfoques. Nada obstante a essa distinção, é certo que “la mayoría de los filósofos del derecho están de acuerdo en que la coherencia es, al menos, un ingrediente importante en la justificación jurídica”.<sup>31</sup>

Já na terceira parte, fez-se uma releitura do artigo 170-A do Código Tributário Nacional, tomando-se por base, especificamente, as razões determinantes que levaram o Supremo Tribunal Federal a decidir pela possibilidade de execução imediata da sentença penal condenatória, ainda que haja pendente recurso junto aos tribunais superiores e, portanto, não esteja acobertada pelo “manto da coisa julgada”. A ideia proposta, considerados tais fundamentos, foi estabelecer que a compreensão atribuída ao trânsito em julgado no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP deve ser a mesma, presente mínima coerência, para todos os dispositivos constitucionais e legais que o tragam ínsito em seu relato textual, a exemplo do artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Assim, *v.g.*, a compreensão do referido preceito legal deve ser no sentido de o sujeito passivo estar autorizado a proceder à compensação do indébito reconhecido em decisão judicial, mesmo que se encontre pendente de exame recurso junto aos tribunais superiores, bastando, para tanto, decisão em segundo grau de jurisdição reconhecendo tal direito.

Os mesmos fundamentos que servem de apoio à tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal para flexibilizar a garantia constitucional constante no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal devem legitimar a compensação do indébito reconhecido judicialmente em desfavor da Fazenda Pública.

Se o Supremo Tribunal Federal, partindo de um grau zero de sentido, irá, *sponte propria* e ignorando a coerência e integridade do Direito, dizer, ele, o que trânsito em julgado representa a partir do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, então deverá manter o mínimo de coerência, admitindo, da mesma forma, o trânsito em julgado de decisão judicial de primeiro e segundo grau de jurisdição que reconhece o pagamento indevido de tributos, de modo a possibilitar, tal como predica o texto normativo do artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a compensação de tributos devidos com o que foi indevidamente pago.

Ou isso, ou que se respeite a coerência e a integridade do Direito e, sobretudo, o que foi formado ao longo do tempo pela comunidade jurídica acerca do significado atribuível à categoria/instituto trânsito em julgado, cingindo-se, ademais, ao períme-

---

<sup>31</sup> AMAYA, Amalia. La Coherencia en el Derecho. In: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 35, p. 59-90, 2012. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-coherencia-en-el-derecho/>>. Acesso em: 13/01/2018.

tro intransponível do texto constitucional, o qual, nunca é demasiado (re)lembrar, é fruto de concerto democrático da sociedade brasileira.

A exposição que ora se encaminha para o final parece demonstrar e, portanto, dar razão à admoestação feita pelo Ministro Marco Aurélio quando proferiu seu voto no já referido *Habeas Corpus* 126.292/SP. Depois de vaticinar que não via uma tarde feliz, em termos jurisdicionais, na vida do Supremo Tribunal Federal, assentou o Ministro Marco Aurélio que, “quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa”.<sup>32</sup>

A compreensão proposta neste ensaio é um dos (muitos) bumerangues que está a retornar à testa do Supremo Tribunal Federal.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

AMAYA, Amalia. La Coherencia en el Derecho. In: **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 35, p. 59-90, 2012. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-coherencia-en-el-derecho/>>. Acesso em: 10/01/2018.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em *Habeas Corpus* n. 126.292/SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, DJe 16/05/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 05/01/2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Uma Questão de Princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Tradução: Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Força dos Precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

MORAIS, Fausto Santos de. **A Proporcionalidade como Princípio Epocal do Direito: o (des)velamento da discricionariedade judicial a partir da perspectiva da nova crítica do direito**. 2010. 218 p. Dissertação (mestrado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Orientação: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.

STRECK, Lenio Luiz. **Compreender Direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico**. Vol. I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>32</sup> Excerto do voto proferido pelo Min. Marco Aurélio no *Habeas Corpus* 126.292/SP.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Interpretação do Direito Tributário:** entre a coerência e a consistência. Curitiba: Juruá, 2014.

**Submetido em: 06 mar. 2018. Aceito em: 21 set. 2018.**



## TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA COMO POLÍTICA PÚBLICA E A IMPORTÂNCIA DO GASTO TRIBUTÁRIO COMO CRITÉRIO DE CONTROLE

*Lídia Maria Ribas\**

*Hendrick Pinheiro\**

### Resumo

O presente artigo propõe uma análise dos programas de transação tributária como política pública, com foco na necessidade de submissão destes ao sistema orçamentário de gastos tributários de forma a viabilizar seu controle. A análise é conduzida a partir de uma revisão da doutrina nacional e exame da legislação aplicável. Em um primeiro momento, apresenta-se a transação como ferramenta de política pública destinada à realização de objetivos extrafiscais. A seguir, apresenta-se o sistema de gastos tributários no Brasil e a importância de sua adoção como critério de controle dos programas de transação tributária. Por fim, conclui-se que os gastos tributários associados aos programas de transação convertem-se em custo da desigualdade dos contribuintes, passível de confronto com os resultados obtidos no intuito de construir uma perspectiva sobre sua eficiência na realização dos objetivos almejados.

---

\* Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Realizou Pós-doutorado: na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em Direito Público; na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e em Ciências Jurídicas e Sociais, na Universidade do Museo Social da Argentina UMSA/IEAT - Instituto Educacional Almirante Tamandaré. Advogada e Economista, com graduação em Formação de Professores e em Administração de Empresas pela Universidade Católica Dom Bosco. Possui especialização em Elaboração e Análise de Proj. de Desenv. Regional, pelo Centro de Treinamento Para o Desenvolvimento Econômico, IPEA-CENDEC; especialização em Metodologia do Ensino Superior, pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul; especialização em Análise de Sistemas, pela Ctis Informática e Sistemas Ltda; especialização em Direito Civil e Empresarial, pelas Faculdades Unidas Católicas de Mato Grosso. Tem experiência na área de Direito e Economia, com ênfase em Direito do Estado e Gestão Pública, atuando principalmente nos seguintes temas: direito tributário, direito ambiental e constitucional, processo administrativo tributário, penal tributário, políticas públicas, monitoramento e avaliação. Pesquisadora e professora na graduação e na pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS e da Universidade Anhanguera - UNIDERP. Líder do Grupo de Pesquisas no CNPq - Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Sustentável. É membro do Centro de I&D sobre Direito e Sociedade - CEDIS (UNL) e associada ao CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Avaliadora do MEC (banco de avaliadores do INEP). Atua como parecerista ad hoc para avaliação de eventos, de revistas e de projetos científicos

\* Doutorado em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela USP (em curso). Mestre em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela USP (2017). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET (2011). Foi laureado com o Prêmio Geraldo Ataliba de Direito Tributário (2015) e Prêmio Aires Barreto de Direito Tributário Municipal (2017), concedidos pelo Instituto Geraldo Ataliba (IGA-IDEPE) por ocasião do Congresso Brasileiro de Direito Tributário. Foi o segundo colocado no concurso de teses Prêmio Sacha Calmon de Direito Tributário, conferido no Congresso da Associação Brasileira de Direito Tributário - ABRADT (2018). Também teve artigos premiados no IX Seminário Nacional de Gestão Fiscal Municipal (2017), organizado pela AAFIT/SP - Associação dos Auditores-Fiscais Tributários do Município de São Paulo, e no II Fórum de Direito, Ética e Combate a Corrupção do Tribunal de Contas do Mato Grosso do Sul - TCE/MS (2017).

## Palavras-chave

direitos fundamentais; extrafiscalidade; controle orçamentário, planejamento; gestão de conflitos.

## TAX TRANSACTION AS A PUBLIC POLICY AND THE IMPORTANCE OF TAX EXPENDITURE AS CRITERIA FOR ITS CONTROL

### Abstract

This article proposes an analysis of the tax transaction programs as public policy, focusing on the need to submit them to the budget system of tax expenditure in order to enable its control. The analysis is conducted from a review of the national doctrine and the examination of the applicable legislation. At first, the transaction is presented as a public policy tool to achieve extra-fiscal goals. Following to that, the system of tax expenditure in Brazil and the importance of its adoption as criteria for controlling the tax transaction programs are presented. Finally, it can be concluded that the tax expenses associated with the tax transaction programs become the cost of the taxpayers' inequality, which can be compared with the results obtained in order to build a perspective on their efficiency in achieving the desired objectives.

### Key words:

fundamental rights; extra fiscal; budget control, planning; conflict management.

## 1 INTRODUÇÃO

A transação tributária é um instrumento colocado à disposição da Administração pelo Código Tributário Nacional - CTN. Pode ser tomada como um mecanismo alternativo na resolução de conflitos<sup>1</sup>, cuja utilização, nos termos do art. 171, do CTN, depende de lei específica, que estabeleça as condições para a sua celebração, mediante concessões mútuas, de um negócio jurídico que importe na eliminação do conflito, abrindo caminho para a extinção do crédito tributário.

Reconhecer a transação tributária como instrumento de gestão de conflitos – ou seja, com finalidades que transcendem a fiscalidade - impõe uma análise destes programas sob o paradigma das políticas públicas. A busca de objetivos de caráter extra-fiscal demanda que as normas envolvidas na criação e estruturação de um programa de transação tributária sejam orientadas para o atendimento de objetivos específicos.

Atribuir tratamento de política pública aos programas de transação tributária significa refletir sobre os objetivos que se pretende atingir em função dos custos públicos associados. Nesta toada, revela-se a importância da sistemática de apuração e registro orçamentário dos gastos tributários indiretos envolvidos no processo de elaboração e implementação dos programas de transação.

O presente artigo tem o objetivo de apontar que tratar tais programas como políticas públicas implicam a necessidade de submetê-los ao sistema de gastos tributários indiretos, de forma a viabilizar a transparência de seus custos e, consequente-

<sup>1</sup> RIBAS, Lúcia Maria Lopes Rodrigues. Mecanismos alternativos na solução de conflitos em material tributária. *Revista tributária e de finanças públicas*, São Paulo, v. 11, n. 49, p. 43-64, mar./abr. 2003.

mente, seu controle. A metodologia utilizada será a revisão da doutrina nacional e legislação aplicável.

Em um primeiro momento, é proposta uma visão da transação tributária como instrumento de política pública para a realização de finalidades extrafiscais. Em seguida, o sistema dos gastos tributários é apresentado como importante mecanismo de controle dos programas de transação.

## 2 TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA, EXTRAFISCALIDADE E POLÍTICA PÚBLICA

Entende-se política pública como uma atividade, um conjunto organizado de normas e atos unificado pela sua finalidade. Deve-se distinguir a política dos atos, das decisões e das normas que a compõem, que possuem uma natureza heterogênea e estão submetidos a um regime jurídico próprio<sup>2</sup>.

O direito tributário pode instrumentalizar a concretização de políticas públicas, quer garantindo um fluxo de recursos financeiros necessários para seu financiamento, com a instituição de tributos vinculados a uma finalidade (como as contribuições), quer por meio de normas que incentivam ou desestimulam determinadas práticas, normas estas que buscam a adesão dos Contribuintes que pretendam se enquadrar em determinados benefícios ou evitar cargas tributárias mais elevadas<sup>3</sup>.

A transação tributária, hipótese de extinção do crédito tributário integrante do rol de hipóteses do art. 156 e regulada pelo art. 171 do CTN, pode ser tomada como instrumento da atuação estatal, destinado ao atendimento de objetivos específicos.

Neste contexto, a formulação dos programas específicos de transação tributária – como os inúmeros “Refis” implementados em todas as esferas de governo – deve se dar no contexto de uma política pública, estruturada a partir de objetivos concretos e metas a serem atingidas a partir de uma visão global e não em razão de necessidades circunstanciais, derivadas de análises microeconômicas<sup>4</sup>.

Encarar os programas de transação tributária como políticas públicas significa conferir-lhes um tratamento estrutural, que parte dos objetivos estabelecidos por planejamento cogente, para acompanhar seu desempenho e medir seus resultados. Em tal contexto, o planejamento é aspecto fundamental das políticas de transação.

O planejamento enquanto método de atuação estatal é uma exigência que condiciona a utilização da transação como elemento de intervenção no domínio econômico, na modalidade de fomento, nos níveis estadual e municipal. A deficiência de planejamento torna difícil o controle de tais programas<sup>5</sup>. Adotar esta postura é coerente

<sup>2</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 104.

<sup>3</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A extrafiscalidade tributária como instrumento para concretizar políticas públicas**. In DE SANTI, Eurico Marcos Diniz (Coord.). *Tributação e desenvolvimento, homenagem ao Professor Aires Barreto*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 211.

<sup>4</sup> BOECHAT, Stephan Righi. **Direito e políticas públicas: uma visão jurídica para os Programas de Parcelamento Especial (REFIS)**. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFFE*, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 101-118, mar./ago. 2015, p. 115.

<sup>5</sup> PINHEIRO, Hendrick. **Planejamento e controle: uma reflexão sobre ética**. *Revista Contas Abertas*, v. 3, n. 3, pp. 24-27, 2017.

te com um controle que submete a escolha do administrador a critérios racionais, pelos quais meios e fins são articulados para o atingimento de objetivos específicos<sup>6</sup>.

A utilização de elementos da tributação – como a transação - com objetivos que transcendem à função fiscal não é recente. Dá-se o nome de extrafiscalidade à utilização de instrumentos tributários com vistas à realização de outros fins previstos pelo ordenamento jurídico, que não a mera arrecadação de numerários<sup>7</sup>. No paradigma da extrafiscalidade “arrecada-se mais com a intenção de buscar estimular ou desestimular certos comportamentos (desencorajar a manutenção de latifúndios improdutivos, por exemplo), do que encher as burras do Estado”<sup>8</sup>. Neste processo, atenua-se a utilização da capacidade contributiva como critério para a gradação imposto pela necessidade de tratamento igualitário entre os cidadãos, em nome da realização de outras finalidades também relevantes ao sistema jurídico<sup>9</sup>.

A igualdade na repartição de cargas entre os sujeitos é um dos fins do sistema tributário, imposto pelo princípio da igualdade na tributação e operacionalizado pelo critério da capacidade contributiva, que, idealmente<sup>10</sup>, atribui o peso da tributação na medida da extensão da riqueza manifesta pelo sujeito. Ou seja, no regime da fiscalidade, impera a capacidade contributiva com o objetivo de promover a igualdade, já na extrafiscalidade, os objetivos escolhidos são externos ao sistema tributário, razão pela qual o critério da capacidade contributiva (igualdade de cargas) se torna secundário em nome de objetivos outros<sup>11</sup>.

Para Paul KIRCHHOF o princípio da capacidade contributiva enquanto máxima fundamental da tributação, princípio que impõe que “a carga tributária individual deve ser dimensionada em conformidade com a capacidade de cada indivíduo prover prestações tributárias de acordo com as suas condições econômicas”<sup>12</sup>. Neste paradigma, a capacidade econômica seria a régua da igualdade a orientar a distribuição da carga tributária entre os indivíduos. Todavia, esclarece que este critério não se aplica à tributação extrafiscal, para a qual o critério de diferenciação entre os Contribuintes seria a “capacidade de obediência a uma recomendação comportamental transmitida por meio do tributo”<sup>13</sup>.

<sup>6</sup> DURAN, Patrice, *L'Analyse des Politiques Publiques en Perspective, de la Crise du Politique à sa Reconstruction*, Revue Française de Science Politique, vol. 46, no 1, Paris, Presses de Sciences Po, fev. 1996, pp. 108-118, p. 109.

<sup>7</sup> CARRAZZA, Elisabeth Nazar. **IPTU e Progressividade, igualdade e capacidade contributiva**. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 96.

<sup>8</sup> HORVATH, Estevão. **O princípio do não-confisco no direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 88.

<sup>9</sup> COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. 4. Ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 76.

<sup>10</sup> Mesmo na tributação com fins fiscais, é incompatível uma ideia de absoluta de igualdade de cargas. Em sua análise da literatura econômica, Charles BRIGGS conclui que a igualdade entre os Contribuintes é de difícil aferição e não necessariamente precisa ser atingida pela repartição de cargas, posto que dentro de uma mesma faixa contributiva podem, tomando com base outros fatores econômicos, ser incluídos indivíduos desiguais (*Taxation is not for fiscal purpose only. American Bar Association Journal*, v. 52, jan. 1966, p. 48).

<sup>11</sup> Como destaca Luis Eduardo SCHOUERI, A Constituição limita a atividade do legislador tributário estabelecendo a capacidade contributiva como parâmetro para a aferição da igualdade entre sujeitos, todavia não é este o único parâmetro (**Normas tributárias Indutoras e Intervenção Econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 24).

<sup>12</sup> KIRCHHOF, Paul. **Tributação no Estado constitucional**. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 27.

<sup>13</sup> *Idem*, p. 40.

Na finalidade fiscal busca-se a distribuição igualitária da carga tributária entre os Contribuintes. No direito brasileiro, por força do art. 145, §1º da CRFB, a capacidade contributiva foi eleita como critério de diferenciação entre os Contribuintes; uma perspectiva que reparte as cargas com base na capacidade econômica manifestada pelo Contribuinte, aproximando critério e finalidade, ambos localizados dentro da própria tributação (fim interno). Já no campo da extrafiscalidade, identifica-se um afastamento entre critério e finalidade. Sai de cena a capacidade contributiva como vetor de controle das medidas e entra uma finalidade externa ao sistema tributário, a legitimar o tratamento desigual entre os Contribuintes<sup>14</sup>.

Contudo, é importante destacar que a capacidade contributiva segue desempenhando um importante papel no controle das políticas públicas implementadas por meio de normas tributárias com finalidades extrafiscais. Neste contexto, a capacidade contributiva é critério de igualdade horizontal<sup>15</sup> entre os contribuintes, adotado para diferenciar os indivíduos afetados pela medida.

Os direitos fundamentais do Contribuinte não podem ser absolutamente ignorados na aplicação de normas com finalidade indutora. Mesmo nos programas instituídos com vistas a promover objetivos econômicos específicos, a capacidade contributiva deve ser respeitada, em especial em seus aspectos de proteção ao mínimo existencial e vedação ao confisco<sup>16</sup>.

O princípio da capacidade contributiva garante intributabilidade da parcela do patrimônio e recursos que garantem o mínimo existencial. Assim, medidas extrafiscais, ainda que orientadas ao atendimento de uma finalidade externa ao sistema tributário, devem garantir a manutenção do mínimo existencial.

A capacidade contributiva também estabelece um teto para a atuação do legislador tributário, representado pela vedação à tributação com finalidade confiscatória. O manejo de políticas fiscais com finalidades externas ao direito tributário deve, nesta linha, respeitar o princípio do não-confisco, evitando a tributação da própria fonte dos rendimentos.

No caso das políticas de transação tributária, não se vislumbra a possibilidade de ofensa direta à capacidade contributiva dos destinatários, na medida em que os estímulos oferecidos com vistas a reconduzir os Contribuintes a uma situação de regularidade fiscal, por definição, devem ser positivos. Todavia, a previsão de multas de caráter confiscatório, como sanção pelo descumprimento das regras do programa, poderia ser questionada a partir da capacidade contributiva.

Ao final, esta digressão tem por objetivo demonstrar que tratar os programas de transação como políticas públicas impõe uma reflexão sobre a igualdade dos contribuintes destinatários. Conferir tratamento diferenciado aos destinatários do programa de transação – com vistas a induzir a adesão – implica no afastamento do critério da capacidade contributiva em favor de outras finalidades a ser protegidas (como o estímulo à atividade econômica).

<sup>14</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 167.

<sup>15</sup> SCHOUERI, Luis Eduardo. **Livre Concorrência e Tributação**. In. ROCHA, Valdir de Oliveira. *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 252.

<sup>16</sup> DANIEL NETO, Carlos Augusto. **Dialética da tolerância fiscal**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: PUC, 2014, p. 151-152.

Neste processo, a avaliação dos custos públicos associados, decorrentes dos incentivos oferecidos pela Administração Tributária aos contribuintes, é essencial para o controle deste tipo de política pública. Assim, os custos associados aos programas de transação – apurados a partir do regime de gastos tributários indiretos – podem ser confrontados com os objetivos que se pretende atingir.

### 3 GASTO TRIBUTÁRIO COMO CRITÉRIO DE CONTROLE

A expressão “*tax expenditure*” foi difundida pela obra de Stanley SURREY<sup>17</sup>, que assim designou o processo de apuração e registro do custo estimado da perda de receita decorrente da implementação de benefícios fiscais.

No Brasil, esta sistemática “*tax expenditure*”, expressão que pode ser traduzida para o português como “gastos tributários”<sup>18</sup>, foi adotada pela CRFB (art. 165, § 6º), que tornou obrigatória a apuração e registro do impacto das renúncias de receita no processo orçamentário.

Ao regular os gastos tributários, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) estabeleceu que a LDO deverá ser instruída com “demonstrativo da estimativa e compensação da renúncia de receita” (art. 4º, § 2º), bem como previu critérios para o controle da legalidade na concessão dos benefícios (art. 14).

Hugo de Brito MACHADO reconhece que, na perspectiva teleológica, o regime dos gastos tributários na Lei de Responsabilidade Fiscal visa “evitar que sejam concedidas pelo legislador vantagens a certos Contribuintes sem uma razoável justificação, deixando a Fazenda Pública de arrecadar tributos a ela indiscutivelmente devidos”<sup>19</sup>. O referido autor parte dessa premissa para refutar aplicação do sistema de controle dos gastos tributários à transação tributária, por considerar que esta toma por base créditos sobre os quais paira dúvida sobre a legitimidade. Para ele o conflito, pressuposto da transação, significaria que os débitos envolvidos são discutíveis e, portanto, não haveria tratamento privilegiado aos Contribuintes que aderissem ao programa.

Ainda que se concorde com a função teleológica dos gastos tributários, reputa-se que a posição do aludido autor sobre a adequação deste regime à transação tributária merece ser combatida. Isto porque, sua posição desconsidera uma premissa essencial da transação tributária no ordenamento jurídico brasileiro: no Brasil, aquela ocorre sobre obrigações tributárias já constituídas juridicamente.

<sup>17</sup> SURREY, Stanley; McDANIEL, Paul. The Tax Expenditure Concept and the Budget Reform Act of 1974. *Boston College Industrial and Commercial Law Review*, v. 17, n. 5, p. 679-725, June 1976. p. 681.

<sup>18</sup> VILLELA, Luiz Arruda. *Gastos tributários e justiça fiscal: o caso do IRPF no Brasil*. 1981. 97 p. Dissertação (Mestrado em Economia) – Departamento de Economia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1981. p. 1.

<sup>19</sup> MACHADO, Hugo de Brito. Transação e arbitragem no âmbito tributário. In SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARAES, Vasco Branco (org.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mario da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 111-135.

Como bem lembra Eurico Marcos Diniz DE SANTI<sup>20</sup>, a utilização do instituto da Transação Tributária pressupõe a cobrança de créditos legítimos, ou seja, aqueles sobre os quais não paira dúvida sobre a legalidade. A dúvida, na transação, refere-se à conveniência econômica do pagamento em determinado momento. Neste contexto, as concessões recíprocas da transação teriam por fim equilibrar o cálculo econômico sobre a conveniência do pagamento em determinado momento. Em outras palavras, a fazenda abre mão de parte de débito certo, por meio de anistia, remissão ou concessão de prazo ou parcelamento, em nome de receber determinado crédito certo, porém, não adimplido por questões inerentes ao devedor; e este, por sua vez, entende que as “vantagens” oferecidas valem o desembolso imediatamente.

Assumindo a legitimidade do crédito como premissa, deve-se considerar que a transação no direito tributário sempre vai representar um tratamento desigual entre os Contribuintes que pagaram em dia e aqueles que vierem a fazê-lo posteriormente em função dela.

Partindo da premissa que a Transação Tributária se assenta sobre créditos legítimos, porém inadimplidos no prazo de vencimento, quer-se posicionar que, embora justificada em seus objetivos, a Transação Tributária promove um tratamento desigual entre Contribuintes em situação semelhante.

Em crítica severa ao primeiro REFIS federal, André Ramos TAVARES sustenta potencial ofensa ao princípio da isonomia, pois o programa propõe uma discriminação entre sujeitos que cumpriram seus deveres tributários em detrimento dos recalci-trantes, “uma vez que concede um tratamento mais benéfico aos inadimplentes que deixaram de cumprir as obrigações, sem considerar, que nas mesmas condições adversas, os demais esforçaram-se para cumpri-las”<sup>21</sup>.

Tal crítica merece obtemperação. Aceitar a transação como ferramenta de política pública significa entender possível que o Estado utilize do seu poder de indução para equilibrar a capacidade de pagamento do setor privado com a necessidade de um fluxo constante de recursos ao sector público<sup>22</sup>.

Como elemento de indução, a transação tributária tem por objetivo a realização de objetivos alheios à realização da capacidade contributiva, principal aspecto da igualdade do sistema tributário. Como destaca Klaus TIPKE, os ordenamentos tributários são, em regra, pluralísticos, ou seja, formados por normas que remontam tanto ao princípio da capacidade contributiva quanto ao princípio do Estado Social<sup>23</sup>. Normas tributárias podem ser tomadas em seu objetivo social como instrumentos de intervenção que visam o atendimento de objetivos que vão muito além do escopo financeiro.

---

<sup>20</sup> DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. **Transação e arbitragem no direito tributário: paranoia ou mistificação?** In FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (coord.). *Princípios e limites da tributação 2 – Os princípios da ordem econômica e a tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 609.

<sup>21</sup> TAVARES, André Ramos. **REFIS: Aceitação das cláusulas pactuadas e os limites do acordo bilateral em face dos direitos individuais**. In VERGUEIRO, Guilherme von Müller Lessa (coord.). *REFIS: Aspectos Jurídicos Relevantes*. Bauru: EDIPRO, 2001, p. 51.

<sup>22</sup> SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade do Estado Intervencionista**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 51.

<sup>23</sup> TIPKE, Klaus. **Princípio de Igualdade e Ideia de Sistema no Direito Tributário**. In MACHADO, Brandão (coord.). *Direito Tributário. Estudos em homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 523.

Pode-se identificar uma posição mais benéfica do grupo atingido por programa de transação tributária que se utiliza de anistia e remissão em relação àqueles sujeitos ao regime regular de tributação. Este tratamento desigual, que não toma como critério de diferenciação entre os sujeitos a capacidade contributiva, somente se justifica em um fim externo à própria tributação, ou seja, em um objetivo extrafiscal<sup>24</sup>.

A transação tributária, operacionalizada por um conjunto de condições favoráveis para a eliminação de controvérsias em torno do crédito tributário que impedem sua satisfação, pode ser enquadrada como medida extrafiscal conduzida com vistas a reconduzir os devedores a uma situação de conformidade. Deve-se ressaltar, neste ponto, que a justificativa para o tratamento desigual dos devedores atingidos pelos programas de transação em relação aos Contribuintes que mantiveram sua regularidade fiscal é o valor tomado como socialmente relevante que legitimou a própria instituição do programa.

Como exemplo, é possível retomar o Programa Especial de Regularização Tributária – PERT (Lei n. 13.463, de 24 de outubro de 2017), por meio do qual o Governo Federal ofereceu condições favoráveis à quitação de dívidas fiscais como medida para auxiliar, principalmente às empresas, diante da instabilidade econômica.

A partir da análise da Exposição de Motivos da Medida Provisória que instituiu o referido programa (EM nº 00060/2017 MF<sup>25</sup>) é possível concluir que trata-se de uma medida de incentivo, de natureza anticíclica, que visa oferecer condições favoráveis para a retomada da regularidade fiscal dos Contribuintes afetados por conjuntura desfavorável.

Neste ponto, para a correta análise dos prejuízos e benefícios impõe-se a necessidade de um planejamento transparente, que identifique o real custo desta medida – representado pelas eventuais renúncias fiscais envolvidas - e os objetivos específicos que se objetiva alcançar, como o universo de Contribuintes elegível ou o seu impacto estimado na economia.

O déficit de igualdade provocado pelo afastamento do critério da capacidade contributiva – que equilibrava a repartição das cargas conforme a extensão da riqueza manifestada pelos sujeitos – somente se justifica nos objetivos (externos ao sistema tributário - extrafiscais) que se pretende atingir com o programa. Uma vez que os objetivos a serem implementados justificam o tratamento tributário desigual entre os sujeitos, sendo indispensável, para o estabelecimento de uma perspectiva de controle, que estes objetivos estejam explicitados *a priori* pela via do planejamento.

Neste contexto, identifica-se na submissão dos programas de transação ao regime gastos tributários indiretos como um importante instrumento de controle social<sup>26</sup>, na medida em que a quantificação da renúncia representa, em alguma medida, os

<sup>24</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. Ed, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 166-167.

<sup>25</sup> BRASIL. MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Exposição de Motivos 61/2017 MF**. Brasília, 31 mai. 2017. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/Exm/Exm-MP-783-17.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Exm/Exm-MP-783-17.pdf). Acesso em 06 fev. 2018.

<sup>26</sup> PUREZA, Maria Emilia Miranda. **Disciplinamento das renuncias de receitas federais – inconsistências no controle dos gastos tributários**. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados. Estudo nº 5, 2007. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/estudos/2007/Estudo052007.pdf>. Acessado em 14 nov. 2015.

custos do tratamento desigual conferido a alguns Contribuintes no processo de indução de comportamentos.

Considerando que a utilização da Transação Tributária como ferramenta de política pública representa uma escolha estatal a impor tratamento desigual entre Contribuintes, a concessão desta “vantagem” deve ser submetida ao processo de controle orçamentário. Submeter a Transação Tributária ao escrutínio dos gastos tributários significa viabilizar a utilização do custo da medida elemento de comparação para o monitoramento dos resultados atendidos<sup>27</sup>.

Busca-se, com o desdobramento dos critérios do ordenamento jurídico brasileiro que submetem a utilização de programas de transação tributária como ferramentas de política pública à obrigatoriedade de planejamento, demonstrar que o regime dos gastos tributários indiretos é aspecto essencial para a avaliação e controle destes programas, que considera seu impacto em uma perspectiva de visualização global em relação ao processo orçamentário.

#### 4 CONCLUSÕES

É reconhecido o papel da transação tributária como mecanismo alternativo à jurisdição colocado, pelo Código Tributário Nacional, à disposição da Administração Tributária para a gestão de conflitos oriundos do processo de constituição do crédito tributário. Todavia, a discussão apresentada mostra como foco o processo de elaboração e implementação de tais programas.

Propõe-se que os programas de transação tributária, conduzidos nas diversas esferas federativas, sejam analisados sob a ótica das políticas públicas, enquanto ações estatais que visam resultados específicos de caráter extrafiscal.

É neste contexto que se defende a importância da submissão dos programas de transação ao processo orçamentário de apuração dos gastos tributários envolvidos. Esta postura pressupõe, no processo de planejamento das políticas públicas que se utilizam da transação tributária, o cálculo, pela Administração Pública, do impacto orçamentário das renúncias tributárias envolvidas.

Entre outras razões, o presente artigo ressalta que a implementação de um programa de transação tributária, que se justifica em objetivos extrafiscais (figurando como medida econômica anticíclica, por exemplo), impõe uma condição de desigualdade entre contribuintes.

A criação de um programa de transação tributária, com o estabelecimento de renúncias fiscais destinadas a estimular a adesão dos contribuintes, impõe o afastamento do princípio da capacidade contributiva, como critério de distribuição das cargas tributárias, em benefício de outros valores também protegidos pelo ordenamento. Neste contexto, os incentivos conferidos ao grupo de contribuintes em nome da fina-

---

<sup>27</sup> RIBAS, Lídia Maria; SILVA, Hendrick Pinheiro. Reflexões sobre a importância do estabelecimento de limites orçamentários e indicadores de monitoramento na gestão de Políticas Públicas no Brasil. In SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima. **Trajectórias de Sustentabilidade tributação e investimento**. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra, 2013, p. 398.

lidade extrafiscal perseguida devem, necessariamente, ser quantificados e refletidos no orçamento.

A aplicação do sistema de gastos tributários aos programas de transação viabiliza o controle de seus resultados pela confrontação dos custos estimados e resultados obtidos. O impacto da renúncia converte-se, pois, no custo da desigualdade provocada em nome do objetivo extrafiscal perseguido.

## REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. Ed, São Paulo: Malheiros, 2009.
- BOECHAT, Stephan Righi. Direito e políticas públicas: uma visão jurídica para os Programas de Parcelamento Especial (REFIS). **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFFE**, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 101-118, mar./ago. 2015.
- BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.
- BRASIL. **Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 - CTN**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm)> Acesso em 08 mar.2018.
- BRASIL. **Lei 13.463, de 24 de outubro de 2017**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/Lei/L13496.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Lei/L13496.htm)>. Acesso em 06 fev. 2018.
- BRASIL. **Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000 - LRF**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm)>. Acesso em 06 fev. 2018.
- BRASIL. MINISTÉRIO DA FAZENDA. Exposição de Motivos 61/2017 MF. Brasília, 31 mai. 2017. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/Exm/Exm-MP-783-17.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Exm/Exm-MP-783-17.pdf). Acesso em 06 fev. 2018.
- BRIGGS, Charles. *Taxation is not for fiscal purpose only*. *American Bar Association Journal*, v. 52, jan. 1966.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CARRAZZA, Elisabeth Nazar. **IPTU e Progressividade, igualdade e capacidade contributiva**. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. 4. Ed., São Paulo: Malheiros, 2012.
- DANIEL NETO, Carlos Augusto. **Dialética da tolerância fiscal**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: PUC, 2014.
- DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. Transação e arbitragem no direito tributário: paranoia ou mistificação? In FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (coord.). **Princípios e limites da tributação 2 – Os princípios da ordem econômica e a tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- DURAN, Patrice, *L'Analyse des Politiques Publiques en Perspective, de la Crise du Politique à sa Reconstruction*. *Revue Française de Science Politique*, vol. 46, n. 1, Paris, Presses de Sciences Po, fev. 1996, pp. 108-118.

HORVATH, Estevão. **O princípio do não-confisco no direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2002.

KIRCHHOF, Paul. **Tributação no Estado constitucional**. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. Transação e arbitragem no âmbito tributário. In SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (org.). **Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mario da Silva Velloso**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PINHEIRO, Hendrick. Planejamento e controle: uma reflexão sobre ética. **Revista Contas Abertas**, v. 3, n. 3, pp. 24-27, 2017.

PUREZA, Maria Emilia Miranda. **Disciplinamento das renúncias de receitas federais – inconsistências no controle dos gastos tributários**. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados. Estudo no 5, 2007. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/orcamentobrasil/estudos/2007/Estudo052007.pdf>. Acessado em 14 nov. 2015.

RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Mecanismos alternativos na solução de conflitos em material tributária. **Revista tributária e de finanças públicas**, São Paulo, v. 11, n. 49, p. 43-64, mar./abr. 2003.

RIBAS, Lídia Maria; SILVA, Hendrick Pinheiro. Reflexões sobre a importância do estabelecimento de limites orçamentários e indicadores de monitoramento na gestão de Políticas Públicas no Brasil. In SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima. **Trajectórias de Sustentabilidade tributação e investimento**. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra, 2013.

SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade do Estado Intervencionista**. São Paulo: Saraiva, 1990.

SCHOUERI, Luis Eduardo. Livre Concorrência e Tributação. In. ROCHA, Valdir de Oliveira. **Grandes questões atuais do direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2007.

\_\_\_\_\_. **Normas tributárias Indutoras e Intervenção Econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SURREY, Stanley; McDANIEL, Paul. The Tax Expenditure Concept and the Budget Reform Act of 1974. **Boston College Industrial and Commercial Law Review**, v. 17, n. 5, p. 679-725, June 1976.

TAVARES, André Ramos. **REFIS: Aceitação das cláusulas pactuadas e os limites do acordo bilateral em face dos direitos individuais**. In VERGUEIRO, Guilherme von Müller Lessa (coord.). **REFIS : Aspectos Jurídicos Relevantes**. Bauru: EDIPRO, 2001.

TIPKE, Klaus. Princípio de Igualdade e Ideia de Sistema no Direito Tributário. In MACHADO, Brandão (coord.). **Direito Tributário. Estudos em homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira**. São Paulo: Saraiva.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. A extrafiscalidade tributária como instrumento para concretizar políticas públicas. In DE SANTI, Eurico Marcos Diniz (Coord.). **Tributação e desenvolvimento, homenagem ao Professor Aires Barreto**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

VILLELA, Luiz Arruda. **Gastos tributários e justiça fiscal: o caso do IRPF no Brasil**. 1981. 97 p. Dissertação (Mestrado em Economia) – Departamento de Economia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1981.

**Submetido em: 22 set. 2016. Aceito em: 21 jun. 2018.**



# MITIGATING THE PRINCIPLE OF SOVEREIGNTY OVER BIOLOGICAL RESOURCES?

*Liziane Paixão Silva Oliveira*

*Ana Flávia Barros*

*Jorge Gomes do Cravo Barros*

## **Abstract**

With time, States' sovereign rights were limited by international law and the western liberal order under the UN auspices. Concerning environmental issues, the Convention on Biological Diversity (CBD) stressed this trend within national jurisdiction. However, concerning resources beyond national jurisdiction, legal doctrine and international relations theories offered a heated debate on the validity of the principle of sovereignty over biological resources. It is the case for the Antarctic Treaty System and the biodiversity beyond national jurisdiction regime (BBNJ). Therefore, there is a clear and partial fragmentation of the international environmental legal system, due to the limited circulation of principles. For some authors, the common concern of mankind represents a threat to this principle, while for others sovereignty is still totally assured by legal commitments. After an analysis of the UN resolutions, we discuss sovereign rights and the CBD, and then we look at the common concern of mankind. From a legal and political standpoint, the results are that the principle of sovereignty had a double-fold evolution: it is limited by the concept of common interest of mankind and the international obligations more than ever, but it is not challenged by them.

## **Keywords**

Sovereignty; Antarctica, BBNJ; biodiversity; United Nations Convention on Biological Diversity.

- 
- Doutorado na Universidade Aix-Marseille III, na França (2012), Mestrado em Direito pela Universidade de Brasília (2006), Pós-graduação em Direito Ambiental pelo UniCEUB (2004). Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. Professora da Universidade Tiradentes. Professora da Universidade de Vila Velha. Bolsista de pós-graduação pela CAPES-FAPITEC (2017-2018). Pesquisadora do Instituto de Tecnologia e Pesquisa (ITP).
  - Pós-doutorado no CERIC (Centre d'Etudes et de Recherches Internationales et Communautaires) da Universidade Aix Marseille (França) no âmbito do Edital Mar II da CAPES, Projeto "A estratégia brasileira para a gestão sustentável dos recursos vivos e não vivos marinhos", com bolsa da CAPES (Programas Estratégicos - DRI). [orcid.org/0000-0002-8804-0378](https://orcid.org/0000-0002-8804-0378) Doutora em Relações internacionais/Direito internacional - Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne), 2000. Professora da Universidade de Brasília no Instituto de Relações Internacionais. Coordenadora da Pós-graduação desde 2016. Foi Chefe da Assessoria de Assuntos Internacionais da UnB de 2008 a 2014. Áreas de atuação: governança global dos oceanos, Antártica, BRICS, Agenda 2030 e política externa brasileira. Outros projetos internacionais: Projeto CAPES COFECUB sobre recursos marinhos minerais.
  - Doutor em Ciências em Geologia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1976) e Pós- Doutor em Geologia pela University of St. Andrews- Escócia (1985). Geólogo, graduado pela Universidade Federal de Pernambuco (1964), Diplôme d' Etudes Supérieures pela Université de Strasbourg - França (1968). Tem experiência acadêmica e profissional em Geociências, com ênfase em Hidrogeologia e Geologia Ambiental. Atualmente, é professor aposentado da Universidade de Brasília (UnB).

## MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SOBERANIA SOBRE OS RECURSOS BIOLÓGICOS?

### Resumo

Este artigo se dedica a esboçar os limites adquiridos pelo poder soberano do Estado na Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB). No que concerne aos recursos sob jurisdição nacional, o princípio da soberania está posto. No que concerne aos recursos além da jurisdição nacional, ou casos controversos, como o alto mar (regime de biodiversidade além da jurisdição nacional, BBNJ) ou no sistema do Tratado da Antártica (ATS), o debate está em curso. Observa-se uma fragmentação parcial do direito internacional ambiental, em função de uma limitada circulação de princípios. Na doutrina e na teoria das relações internacionais há um debate acalorado acerca da validade do princípio da soberania dos Estados nacionais sobre os seus recursos biológicos. Para alguns autores, o poder soberano sofre ameaça do instituto de “preocupação da humanidade”, mas para outros ele continua preservado justamente por ser o pilar do direito internacional público. Neste contexto, os resultados demonstram uma dupla evolução: o princípio da soberania tornou-se mais limitado pelo interesse geral da humanidade e por obrigações internacionais sem precedentes. Entretanto, o princípio não está ameaçado pelos recentes desenvolvimentos do direito internacional ambiental.

### Palavras-chave

Soberania; Antarctica; BBNJ; Biodiversidade; Convenção sobre Diversidade Biológica

## 1. INTRODUCTION

In international tort law, mitigating means that the party that suffered loss or damage is expected to act in order to minimize the damage. In this article, it means that mankind is at the same time the actor and the victim of biological losses (BIERMANN, 2014; STEFFEN *ET AL.* 2015, IUCN<sup>1</sup>). As a consequence, the principle of sovereignty over biological resources is challenged by different regimes related to the Antarctic Treaty System (ATS) and the biodiversity beyond national jurisdiction (BBNJ), to mention two cases of ongoing multilateral negotiations. Although private stakeholders have undoubtedly growing importance in this debate<sup>2</sup>, we will focus on States' sovereignty, mostly from a legal point of view. In that sense, to what extent is it possible to reconcile States' sovereign rights and the common interest of mankind in what concerns biodiversity in spaces beyond national jurisdiction?

International law and the western liberal order have evolved significantly (PRANTL, 2014) after 1972 UN Conference on Human Environment (BOULET et al, 2016) in the sense of promoting compliance with international environmental obligations and building up diplomatic solutions for the sustainable use of common living resources. Considering the structural concept of “common heritage of mankind” replaced by the “common concern of mankind” (LOUKA, 2006), this article looks at the circulation of environmental principles and concepts in the biodiversity regime in order to assess whether the principle of sovereignty was reinforced or not since 1972.

The departing point is that general principles and customary norms proceed from the same progressive sedimentation of general statements, together with more

<sup>1</sup> <http://www.iucnredlist.org/>.

<sup>2</sup> See for instance Thomson Reuters' Report “Redefining Business Success in the 21<sup>st</sup> Century – An Executive Perspective for Energy Corporate Leaders”. It states that the 250 biggest companies in the world are responsible for one third of the global CO<sub>2</sub> emissions. <<https://www.thomsonreuters.com/en/products-services/energy/redefining-energy-business-success.html>> 31 October 2017.

or less coherent State practice and sometimes assisted by judicial consolidation (DUPUY, 2007). As a result, there is a circulation of consensus and principles in international public law. This idea of circulation was developed by Sandrine Maljean-Dubois (2016), among others, to state that although the environmental regimes show significant fragmentation (KOTZE, 2008), there are factors to be explored since they assure significant cohesion in some cases. One of them is the circulation process, in which individuals and ideas pass from one legal text or multilateral negotiation arena to another. Therefore, international regimes are at the same time fragmented but also connected.

Fragmentation is actually inevitable if one considers all the complexity of a diplomatic process from a political and legal viewpoint.<sup>3</sup> One current case is the CORSIA system, created in the ICAO regime for climate mitigation, in which the CBDR principle was not accepted as it is in the CDB regime<sup>4</sup>.

From a technical point, the same may be argued, since different issues inside the same regime are usually dealt with separately. The biodiversity regime is a key example of fragmentation since it has several dimensions (environmental, social, economic to highlight only the main ones from the concept of sustainable development). As a consequence, different negotiating agendas were created in the multilateral law-making process, being the CBD an umbrella convention to be the basis of further States' commitments, expressed in the Cartagena and Nagoya Protocols. Financing and burden-sharing are other factors that deepen fragmentation. Taking only living resources into account, the biodiversity regime is composed of several issues, such as forests, marine life, wildlife, water, living modified organisms, climate, and so on. In addition to that, sectorial approaches were usually chosen both in domestic and international law-making after 1972. For the oceans, fishing, navigation, piracy and trafficking, pollution, mineral exploration and biodiversity beyond the limits of national jurisdiction (BBNJ) are the central issues. In a nutshell, fragmentation is ineluctable and rather easy to accept as a necessary step to a better approach to specific issues. In other words, it would be impossible to negotiate the sustainable use of biological resources in a holistic manner, although they are all interconnected. Useless to mention that there is no biodiversity protocol so far, since it would be too complex to negotiate in the short term with around 200 sovereign States.

The 1992 United Nations Convention on Biological Diversity (CBD) was the keystone of the biodiversity regime, imposing a more integrated approach, usually named as "the Rio spirit" and taking the 1972 legacy as the basis for the necessary improvement related to reducing fragmentation. Also, the Rio 2012 Declaration "The Future We Want" followed the same pattern. However, the concrete outcomes of this initiative are rather poor. Over the past decade, multilateral and regional efforts to improve the integration and the "ecosystemic approach" proliferated (TARLOCK, 2007). But taking fragmentation as a challenge, it may be reduced if negotiators re-

---

<sup>3</sup> MOGHERINI, F. **Global Strategy to steer EU external action in an increasingly connected, contested and complex world.** Available at: <[http://www.eas.europa.eu/top\\_stories/2015/150627\\_eu\\_global\\_strategy\\_en.htm](http://www.eas.europa.eu/top_stories/2015/150627_eu_global_strategy_en.htm)>. Retrieved on: 15 apr. 2016.

<sup>4</sup> KORBER, V.; ANSELMI, M. **Climate Governance and International Civil Aviation: Negotiations at ICAO and the Role of Brazil.** International Studies Association, San Francisco, 7 April 2018. Available at: <https://www.isanet.org/Conferences/San-Francisco-2018/Program/Browse>.

spect more attentively the pillars of international law. The law-making process has to be more adapted to our changing Planet and scientific reports, but they need not be also more incoherent. So, the emerging “ecosystemic approach” may be useful for the circulation of individuals and ideas in the same framework and improve their orchestration (ABBOTT et al, 2016).

The concept of regime is understood as “[...] sets of implicit or explicit principles, norms, rules, and decision-making procedures around which actor expectations converge [...]” (KRASNER, 1982). But we also believe that with time regimes shall be less “control-oriented” to be more “insurance regimes” as Keohane predicted in the 1980’s (KEOHANE, 1982). Indeed, he considered the decline of industrial countries to discuss the limits of command and control mechanisms and suggested that international regimes should be developed for the sake of all States. These two authors’ ideas correspond well to the evolution of the biodiversity regime.

To give some reflections on the question raised in the title, this article will first of all discuss the principle of sovereignty over natural resources and its circulation in selected UN General Assembly (UNGA) resolutions, the 1972, 1992 and 2012 Declarations and in the UN 1992 Convention (CBD). Thus, it will show how the circulation of the sovereignty principle was directly influenced by the North-South divide and the diplomatic efforts of the G77/China, the biggest negotiating group ever, to reaffirm the principle of sovereignty over living resources within national jurisdiction. Then, it will bring the structuring concepts of “common heritage of mankind” and “common concern of mankind” to assess the validity and the scope of the sovereignty principle over biological resources nowadays. Finally, it will show that the CBD is not likely to be applied to the BBNJ and ATS negotiations because the Convention is limited to spaces under national sovereignty.

“Sovereignty” is a hard concept to define, and it lends itself to different interpretations over time (EGEDE, 2011). It has been defined as that state in which “[...] a group of people within a defined territory are molded into an orderly cohesion by the establishment of a governing authority which is able to exercise absolute political power within that community [...]” (HART, 1997). Implicit in the idea of a sovereign is its absolute monopoly over the internal affairs of its territory. Nevertheless, there seems to be a clear evolution from the idea of an “absolute” sovereignty to a more responsible form of entitlement to rights. In other words, if sovereignty is well embedded in international law treaties, it is also limited by the obligations related to sustainable development, precautionary and ecosystemic approaches.<sup>5</sup> It would be interesting to discuss how powerful States like the US, China and Russia may be exceptions to the “responsible sovereignty paradigm”, but this is out of the scope of this text.

The current sovereignty principle was due to the efforts of individual developing states and the G77/China Group against the interests of developed countries and the threats of appropriation they posed (KISS, 2004). The latter were more favorable to a free access regime to biological resources, as it was shown at the creation of the FAO (Food and Agriculture Organization). Some even proposed that biodiversity should

---

<sup>5</sup> These two latter were consolidated after 1992 and are discussed in different regimes, such as fisheries and biodiversity in areas beyond national jurisdiction (the high seas).

be considered “common heritage of mankind”, but they were unsuccessful, as we will discuss later on.

As a result of this North/South divide, the preamble of the CDB states that biological diversity is a “concern”, not a heritage so that there is no possession assured by the text. In a conciliatory effort, biodiversity is taken as essential to human survival, the states have their rights over biological resources guaranteed and the international community is encouraged to adopt international instruments for their conservation, but not on a planetary scale, since the ATS and BBNJ are *de facto* excluded. Both the preamble and Article 3 reaffirm sovereign rights of States. Article 15.1 brings the third direct reference to sovereign as it regulates the access to genetic resources.

Although private stakeholders like advocacy networks and the public opinion have growing importance in this debate, we will focus on States’ sovereignty, mostly from a legal point of view. In that sense, to what extent is it possible to reconcile States’ sovereign rights and the common interest of mankind in what concerns biodiversity? Will the principle of sovereignty survive to this structural concept of common interest of mankind?

## 2. SOVEREIGNTY OVER NATURAL RESOURCES: AN ANALYSIS OF THE UN RESOLUTIONS

The 1950’s and 1960’s witnessed the decolonization process in Africa and Asia, continents rich in natural resources but deprived of the best available technologies to exploit them. The same may be stated for Latin America in general. This explains, to a large extent, their insistence on the sovereignty principle as the right to use freely their own natural resources (SILVA, 2002).

However, there were companies exploiting oil, wood, silver, gold and other natural resources in the colonies. So the main question was whether independent States had the legal obligation to respect the contracts signed when they were colonies. In accordance to customary law and treaties, the state has independent and autonomous rights on its territory. Is that enough to affirm that states have property rights over natural resources?

Experts such as Sepúlveda (1980), stressed the need to encourage developing countries to explore their resources aiming at economic development. Castañeda (1976) stated that the least developed countries consider that unrestricted control over their natural resources is essential for their national growth. Thus, sovereignty was not a requisite to development, but its basis, since development also requires a territory, the valorization/pricing of resources, and population engagement, in order to promote political, social, cultural and economic cohesion.

In this context of decolonization and bipolar world order, the UN General Assembly voted Resolution 626 (VII) in 1952 (KELLOG, 1955). Put bluntly, it established the right of the peoples to dispose and explore freely their wealth and natural resources according to the UN Charter. Likewise, the UNGA resolution 1803 (XVII) on permanent sovereignty over natural resources brought more details to this principle. In fact, it was the result of a difficult negotiation process, and it recognized the rights

of peoples and nations to permanent sovereignty over their wealth and natural resources in accordance to their national development interests and well-being. Abi-Saab (1991) stated that “permanent” indicates the rule and the eventual limitations of international law are the exceptions. Indeed, the term “permanent” reinforces the principle of sovereignty. Verduzco (1980) agreed that “permanent” is linked to the property rights of the State, since the process of extraction, production, transformation and commercialization are carried out or authorized by the State. Furthermore, other UNGA resolutions used the term “inalienable” to confirm this trend of sovereignty corroboration.

Negotiations related to the 1962 Resolution 1803 (XVII) were marked by conflicting positions concerning the nationalization of natural resources. Chile claimed for a compensation corresponding to nationalization, expropriation or requisition for the exploration of its natural resources. On the contrary, the United States insisted that compensation should be appropriate, sufficient and effective. The Soviet Union defended that asking poor States for any compensation would violate their sovereign right over their natural resources because those countries could not afford to pay to have their rights recognized (MONREAL, 1974). It even created a commission as follows: “Bearing in mind its resolution 1314 (XIII) of 12 December 1958, by which it established the Commission on Permanent Sovereignty over Natural Resources and instructed it to conduct a full survey of the status of permanent sovereignty over natural wealth and resources as a basic constituent of the right to self-determination, with recommendations, where necessary, for its strengthening, and decided further that, in the conduct of the full survey of the status of the permanent sovereignty of peoples and nations over their natural wealth and resources, due regard should be paid to the rights and duties of States under international law and to the importance of encouraging international co-operation in the economic development of developing countries [...]”.

At the end, article 4 of the resolution established that the nationalization, expropriation or requisitioning should be based on public utility, security or national grounds or reasons. They were recognized as overriding the private or particular interest, being national or foreign. In these cases, the owner would receive the corresponding compensation, according to the norms of the state adopting these measures, to its sovereign rights and to international law. In case of controversy, the jurisdiction of the owner state prevails and should be exhausted.

Furthermore, the 1974 Resolution 3281 (XXIX) also assured States rights over natural resources, compensation in the case of nationalization, expropriation or requisitioning and it determined that foreign investments should comply with the laws of the host State, aiming at its national development (STERN, 2003).

In the same vein, in 1966 the UNGA adopted the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights,<sup>6</sup> whose first article states that:

1. All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.

---

<sup>6</sup> Brazil only ratified it in 1992.

2. All peoples may, for their own ends, freely dispose of their natural wealth and resources without prejudice to any obligations arising out of international economic co-operation, based upon the principle of mutual benefit, and international law. In no case may a people be deprived of its own means of subsistence.

Afterwards, international environmental law largely recognized the principle of state sovereignty over natural resources, both biological and mineral, as shown below with the comparison of the 1972 and 1992 Conventions. This contributed to limit the debate about ecological intervention and to reinforce the principle of equality among sovereign states.

### 3. SOVEREIGN RIGHTS, THE UN CONVENTIONS AND DECLARATIONS ON ENVIRONMENT

The 1972 Stockholm Declaration reinforced the sovereign right of states over natural resources on their territory. Principle 21 proclaims:

States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction.

In the 1970's Schachter wrote that the first part of the principle above assures the permanent States sovereignty:

In recent years no normative principle has been more vigorously asserted by the less-developed countries than that of 'permanent sovereignty over natural resources', a concept generally defined by its proponents as the 'inalienable right of each state to the full exercise of authority over its natural wealth and the correlative right to dispose of its resources fully and freely'. For many developing countries this right is regarded as an essential condition of their national independence and of their ability to decide on basic political and economic arrangements. (LYNCH, 1998)

Sands estimated that the Rio Declaration was the result of concessions to developing and developed countries, and also a balance between environmental protection obligations and economic development goals (SANDS, 1995). The 1992 Principle 2 reaffirms the sovereign rights of States over natural resources, but it does not reproduce the Stockholm Declaration Principle 21. The insertion of the terms "development" and "responsibility" in Principle 2 led to a new interpretation, since sovereignty was simultaneously reinforced with the right to development principle and then limited with the concept of responsibility.

Pallemaerts stated that the introduction of both terms was not naive since it altered the delicate balance between States' rights and duties related to natural resources established back in 1972. Although the Rio Declaration may seem to strengthen environmental protection, it actually hides a regression in environmental regimes in his analysis (PALLEMAERTS, 1994).

While the Stockholm Declaration limited States' sovereignty by the use of their respective natural resources with protective policies and the duty not to cause damage to other states' territory, the Rio Declaration limited the rights of States by environmental and development policies, widening the exploration spectrum with development needs. As Pallemmaerts (1994) puts it:

In the Stockholm Declaration, the sovereign right of States to exploit their natural resources was affirmed in the context of their national environmental policies, giving 'a more ecological colour to the principle of sovereignty over natural resources (which was originally established in a primarily economic context). This environmental colour is now neutralized by the parallel stress on national development policies. After Rio, a State's responsibility in the exercise of its sovereign right to exploit its natural resources will no longer be measured first and foremost in terms of its environmental policy obligations, which are now explicitly subordinated to the dictates of its economic development policy.

In fact, mainstream western scholars argued that the Rio Declaration was less protective than the Stockholm one because instead of redefining the relationship between development and environment, it only led to the understanding that the first prevailed over the latter. However, from a Southern point of view, development must prevail over environmental protection because it is a *sine qua non* condition for environmental law effectiveness. In other terms, fighting starvation and poverty is the best pathway for sustainable development. Since 1972, Brazil, China, India and the African Group defend firmly that development is the priority of the global agenda and international law, and that explains why the 2002 Conference in South Africa was entitled Sustainable Development Summit (or Rio+10).

The 2002 Johannesburg Declaration on Sustainable Development does not mention explicitly the sovereignty principle, but it was written in accordance with the Rio one. States agreed on the responsibility to strengthen the interdependent and mutually supported pillars of sustainable development in the local, national, regional and global levels. In addition, they committed themselves to cooperation to promote socio-economic development and environmental protection. Furthermore, the Rio 2012 Declaration "The Future We Want" (A/CONF.216/L.1) reinforced this Southern view, along with the 2015 UN Global Goals, that development is the priority on the global agenda, not only for the environmental challenges, but also for a sustainable world peace and inclusive security. Article 58 refers to green economy and sovereignty, so does article 121 concerning water and 227 on mining rights.

In short, the three declarations legally shield states' sovereignty, but it is no longer unlimited. In each declaration States accepted new obligations and started reducing their own *marge de manoeuvre* in relation to the sustainable use of biological resources, notably in the European Union. Some telling and older examples are the CITES, RAMSAR Conventions and also UNCLOS.

### 3 THE SOVEREIGN RIGHT OF STATES TO EXPLORE ITS BIOLOGICAL RESOURCES: THE CBD UNDER ANALYSIS

The 1992 Convention builds on the former multilateral declarations and corroborates the principle of sovereignty, since it is a hard law treaty. As aforementioned, there are three direct references to the sovereign rights of States over biological and genetic resources in the Convention on Biological Diversity. In fact, during the preparatory negotiations for the 1992 Conference, the sovereignty principle was only evoked in the preamble, but it ended up also in Article 3 of the CBD (GLOWKA *et al*, 1996). This was the first time that a principle was included in a binding environmental law treaty (IUCN, 2012).

#### Article 3:

States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction.

The interpretation of this article leads to the conclusion of a general obligation of environmental protection as a limiting factor of sovereignty, as Alexandre Kiss (2004) promoted and Buck agreed in relation to transboundary pollution challenges (BUCK, 1998). From a totally different perspective, Henry Kissinger mentions that issues now have a global basis, and therefore States have to solve their collective action problems, or put differently, they have to cooperate in their own interest (KISSINGER, 2015).

Furthermore, the obligation of avoiding damages beyond the limits of national jurisdiction also means that principles of prevention and precaution must be employed. Even if a state adopts environmentally sound politics, if damages are caused, it should have to repair them, and even compensate for the damage caused, under the condition that the causal link is established. Nevertheless, the 2011 Fukushima Daiichi nuclear disaster is an interesting case because although the link was not established and Japan was not legally liable, China argued that the South China Sea was contaminated and asked for quick solutions (ALFAIA, 2014).

Another limit is the future generations' rights to sustainable development models and policies. Aiming at the global quality of well-being, it may restrict the free and unsustainable use of natural resources beyond the limits of national jurisdictions (IUCN, 2012). Alexandre Kiss (2000) also affirmed that the common interest of humanity should be considered as a limit to sovereignty rights.

In short, environmental issues are interdependent and they demand collective action for sustainable solutions. As Boutros-Ghali reaffirmed:

The foundation-stone of this work is and must remain the State. Respect for its fundamental sovereignty and integrity are crucial to any common international progress. The time of absolute and exclusive sovereignty, however, has passed; its theory was never matched by reality. It is the task of leaders of States today to understand this and to find a balance between the needs

of good internal governance and the requirements of an ever more interdependent world. Commerce, communications and environmental matters transcend administrative borders; but inside those borders is where individuals carry out the first order of their economic, political and social lives. The United Nations has not closed its door. Yet if every ethnic, religious or linguistic group claimed statehood, there would be no limit to fragmentation, and peace, security and economic well-being for all would become ever more difficult to achieve. (GHALI, 2012).

So far we have concluded that the sovereignty principle circulated from the 1972 to the 1992 and the 2012 Declarations. Its interpretation changed in the sense of two seemingly contradictory directions, that is, the right to development and the limits to sovereign rights under the sustainable development paradigm. Then we explain that a Southern interpretation does not accept this contradiction theory. In fact, development rights are essential for the sustainable development goals as the UN puts it after the Millennium and Sustainable Development Goals (MDGs and SDGs) and also for the respect of the sovereignty principle. This last part will tackle the biodiversity issue from this conclusion above, since biodiversity is not a natural resource, it cannot be appropriated. In fact, it was not even well estimated yet in most countries, as it is in Antarctica and the high seas.

#### 4 BIOLOGICAL DIVERSITY AS A COMMON CONCERN OF MANKIND

The Stockholm Declaration implicitly considers the environment as a common heritage of mankind. And the 1974 Charter of Economic Rights and Duties of States (A/RES/29/3281), establishes in Article 29 that seabed, ocean floor and subsoil as well as the resources of the Area are a common heritage of mankind, based on the principles of the UNGA Resolution 2749 (XXV) of 1970. As a consequence, appropriation or unilateral claims and military use of resources beyond the limits of national jurisdiction are excluded. Also, States should share benefits derived thereof on an equitable basis. This notion implies the recognition of interests that are common and superior to the interests of states (ALTEMIR, 1992).

The common heritage of mankind (CHM) was established in the 1970's after Ambassador Pardo's proposition. Southern countries were profoundly worried that developed countries would take possession of all common resources, *res nullius* and *res communis*, and not share the benefits from their appropriation. It was then included in article 136 of the 1982 UN Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), for example, as it states that marine seabeds CHM under the auspices of the International Authority created by the same treaty. The CHM regime also includes the Antarctic, the high seas, celestial bodies, international airspace, and international waters.

The concept of CHM is totally different from *res communis* because it creates legal obligations to assure the common interest of mankind. It establishes a form of *trust* with three main aims: the pacific use of resources, scientific research and conservation, as well as sharing benefits from their exploitation. In fact, it was a structural concept for international environmental law, and not a principle. Developed and developing countries had a lot to disagree on during the 1992 negotiations. The first

group, also called “the North”, promoted that biological diversity should be considered a common heritage of mankind and refrained from the idea of common concern in order to avoid new financial obligations (BURHENNE-GUILMIN; CASEY-LEFKOWITZ, 1992). The other group, “the South” usually biodiversity rich countries, preferred the term “concern” to reduce chances of interference in the exploration of biological and genetic resources. In fact, the North-South divide was once again clear in this specific agenda related to both concepts.

Brazil, India and China led the G-77/China to the consensus that biological resources belonged to the State where they occur naturally, so they are not the heritage of mankind because they are not *res nullius* nor *res communis*. In the same vein, forests, biodiversity (VARELLA, 2004) and genetic resources are only a common concern of mankind, and never will be a common heritage. So the access to genetic resources must be regulated by the owner countries. The United States, among other technologically advanced countries, disagreed firmly, proposing there should be contracts to regulate access to these resources (DUTFIELD, 2004; LOUKA, 2006).

It is interesting enough to notice that in 1992 the South was against the inclusion of new items in the list of CHM and the North, on the contrary, tried to impose it to assure free access to genetic resources. So it was a complete different use of this structural concept. The reason the South changed radically its position was that it firmly recognizes the sovereign principle over the use of natural resources, while the North had no interest to do so. During the negotiating process, a new concept of common concern of mankind was coined (UNEP, 2003). The Southern view prevailed and the CBD only mentions in its preamble that biodiversity is a common concern of mankind, with no clear definition or legal force. Hence, states have the obligation to cooperate and to offer funding to the sustainable use of biodiversity (BURHENNE-GUILMI; CASEY-LEFKOWITZ, 1992).

The deepest difference between heritage and concern is that only the first one prohibits appropriation (SALOM, 1997). So if biodiversity is a common concern of mankind, states are entitled to a share of benefits from the use of genetic resources, since the CBD guarantees the states’ rights over natural resources e recognizes its right to regulate access to resources in its territory.

Finally, the Common Concern of Mankind in the CBD refers to the conservation and sustainable use of biological resources, not to aspects related to public or private property, free or controlled access, although the results of this concept are the right over natural resources and the regulated access by the state where the resources are. In this sense, the international community as a whole has the obligation to care for these living resources. In sum, it can be argued that Southern states managed to reaffirm the sovereignty principle in environmental legal texts bringing the common concern of mankind as a new structural concept.

## 5 CONCLUSIONS

This article assessed legal instruments related to biological resources and some IR concepts to answer whether the principle of sovereignty was reinforced or not

since 1972. It focused on the UN Summits, Declarations, Conventions and UNGA Resolutions and concluded that the principle evolved in two ways.

First of all, the sovereignty principle circulated considerably, maybe more than other principles in international environmental law. It was limited by international obligations determined more recently than the states' rights, such as preventing causing damages beyond the limits of national jurisdiction, the responsibility to repair damages and even compensate the victims if necessary. Public opinion and advocacy networks are also important factors of limitation of sovereignty rights over time. Other more theoretical limits are the sustainable development paradigm, the duties to cooperate and to use the resources in the interest of present and future generations. The concept of common heritage of mankind was also promoted by developing countries and circulated in different legal debates to prevent developed countries from claiming sovereignty over international waters and surface, airspace, celestial bodies and the Antarctic. Curiously, it was then promoted, in 1992, by developed countries to prevent developing States from reaffirming their sovereign rights over the exploration of biological resources, notably in relation to forests and genetic resources. As a consequence, they had to agree on the structural concept of common concern of mankind instead, which has no clear legal status since it is only a political arrangement between Northern, Southern and emerging states. So the CBD established that the biological diversity is a common concern of mankind. As a consequence, it does not threaten the principle of sovereignty over biological resources, but it allows states to refuse the planetary scope of the CBD in relation to the ATS and BBNJ regimes under negotiation.

Secondly, since 1972 the sovereignty principle was reinforced in legal and political interpretation simultaneously with the principles of the right to development and common but differentiated responsibilities. Thus, global issues and collective action challenges are not a threat to sovereignty either since they do not impose delegation mechanisms nor precise obligations yet.

In sum, the sovereignty principle will survive to the common concern of mankind concept and also to the creation of new duties to states in relation to environmental global challenges in the ATS and BBNJ. But it is no longer the "absolute" sovereignty discussed two centuries ago.

## BIBLIOGRAPHY

ABBOTT, K. W.; GENSCHER, P.; SNIDAL, D.; ZANGL, B. **Orchestration: Global Governance Through Intermediaries**. Available at: <<http://www.lawschool.cornell.edu/cornell-IL-IR/upload/Orchestration-for-Cornell-3-14.pdf>>. Retrieved on: 18 apr. 2016.

ABI-SAAB, G. **La souveraineté permanente sur les ressources naturelles**. In: BEDJAOUI, M. (Org). *Droit International: bilan et perspectives*. Paris: Pedone, 1991.

ALFAIA JÚNIOR, J.R. G. **Reclamar ou intervir? As obrigações positivas do Estado em situações de desastre ambiental**. 2014. 309 f. Tese (Doutorado em Relações Internacionais) - Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

ALTEMIR, A.B. **El Patrimonio Común de la Humanidad: Hacia un régimen jurídico internacional para su gestión**. Barcelona: Bosch, 1992.

- BOULET, R.; BARROS-PLATIAU, A. F.; MAZZEGA, P. 35 years of Multilateral Environmental Agreements: a network analysis. **Artificial Intelligence and Law**, v. 24, n. 2, p. 133-148, jun. 2016. Available at: <<http://link.springer.com/article/10.1007%2Fs10506-016-9180-7>>. Retrieved on: 26 apr. 2016.
- BOUTROS GHALI, B. **An Agenda for Peace** (A/47/277 - S/24111). 1992. Available at: <<http://www.un.org/Docs/SG/agpeace.html>>. Retrieved on: 26 apr. 2016.
- BUCK, S. J. **The Global Commons in Introduction**. Washington: Island, 1998.
- BURHENNE-GUILMIN, F.; CASEY-LEFKOWITZ, S. **The Convention on Biological Diversity: A Hard Won Global Achievement**. Year book of International Environmental Law, v. 3, p. 43-59, 1992.
- CASTAÑEDA, J. **Carta de derechos y Deberes Económicos de los Estados desde el punto de vista del derecho Internacional**. In: CASTAÑEDA, J. Justicia Económica Internacional. México: FCE, 1976.
- DUPUY, P. M. **Formation of Customary International Law and General Principles**. In: Bodansky, D.; BRUNNÉE, J.; HEY, E. The Oxford Handbook of International Environmental Law. Oxford: OUP, 2007.
- EGEDE, E. **Africa and the Deep Seabed Regime: Politics and International Law of the Common Heritage**. Heidelberg: Springer, 2011.
- GLOWKA, L. et al. **Guíadel Convenio sobre la Diversidad Biológica**. Washington: UICN, 1996.
- KEOHANE, R. O. **The demand for international regimes**. International Organization, Springer, v. 36, n. 2, p. 325-356, 1982.
- KISS, A. **Droit international de l'environnement**. Paris: Pedone, 1996.
- KISSINGER, H. **Ordem mundial**. Trad. Cláudio Figueiredo. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.
- KLEMM, C.; SHINE, C. **Droit international de l'environnement: diversité biologique**. Genebra: UNITAR, 1998.
- KOTZE, L. **Fragmentation of International Environmental Law: An Oceans Governance Case Study**. In: COUZENS, E.; HONKONEN, Tuula (Ed.). International Environmental Law-making and Diplomacy Review. Finland: University of Joensuu, 2008. p. 11-30.
- KRASNER, Stephen D. **Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables**. International Organization, Spring, v. 36, n. 2, 1982.
- LOUKA, E. **International Environmental Law: Fairness, Effectiveness and World Order**. Cambridge: CUP, 2006.
- MELLO, C. A. **A Soberania através da história**. In: MELLO, C. A. (Coord.). Anuário Direito e Globalização: A soberania. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 7-22.
- MÉNDEZ-SILVA, R. **La soberanía permanente de los pueblos sobre sus recursos naturales**. In: VERDUZCO, A.G.R. (Org.). La soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1980. p 71- 88.
- MONREAL, E. N. **Nacionalización y recuperación de recursos naturales ante la ley internacional**. México: Fondo de Cultura Económica, 1974.
- PALLEMAERTS, M. **International Environmental Law from Stockholm to Rio: Back to the Future?**. In: SANDS, P. (Org). Greening International Law. New York: The New Press, 1994. p. 1-20.

- PRANTL, J. Taming. **Hegemony: Informal Institutions and the Challenge to Western Liberal Order**. *The Chinese Journal of International Politics*, v. 7, n. 4, 2014, p. 449-482.
- RAMLOGAN, R. **The environment and international law: rethinking the traditional approach**. *Vermont Journal of Environmental Law*, v. 3, 2002. Available at: <<http://www.vjel.org/articles/pdf/ramlogan.pdf>>. Retrieved on: 30 apr. 2016.
- RAZZAQUE, J. **Resource sovereignty in the global environmental order**. In: RAZZAQUE, J.; BLANCO, E., (Ed.). *Natural Resources and the Green Economy: Redefining the Challenges for People, States and Corporations*. Brill, 2012. p. 81-110.
- SALOM, J. R. P. **El derecho internacional y el estatuto de los recursos genéticos**. *Anuario de Derecho Internacional*, Pamplona, v. 13, 1997, p. 398-399.
- SAMPAIO, D. **The Antarctic exception: sovereignty and the Antarctic Treaty governance**. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo. Instituto de Relações Internacionais. Orientador: Rafael Duarte Villa. 2017.
- SANDS, P. **Principles of International Environmental Law: Frameworks, standards and implementation**. Manchester: Manchester University Press, 1995.
- SEPÚLVEDA, C. **Soberanía permanente sobre los recursos naturales, las materias primas y la carta de derechos y deberes económicos de los Estados**. In: GÓMEZ-ROBLEDO, A. (Org.). *La soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1980. p. 145-155.
- SILVA, G. E. do N. **Direito Ambiental Internacional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Thex, 2002.
- TARLOCK, Dan. **Ecosystems**. In: BODANSKY, D.; BRUNNÉE, J.; HEY, E. *The Oxford Handbook of International Environmental Law*. Oxford: OUP, 2007.
- UICN. **Centro de Derecho Ambiental de la Unión Mundial para la Naturaleza**. Manual de Derecho Internacional en Centroamérica. Costa Rica: UICN, 2005.
- UNITED NATIONS. **The Millennium Development Goals Report 2015**. Available at: <[http://www.un.org/millenniumgoals/2015\\_MDG\\_Report/pdf/MDG%202015%20rev%20\(July%20201\).pdf](http://www.un.org/millenniumgoals/2015_MDG_Report/pdf/MDG%202015%20rev%20(July%20201).pdf)>. Retrieved on: 29 apr. 2016.
- VARELLA, M. D. **Tipologia de normas sobre controle do acesso aos recursos genético**. In: BARROS-PLATIAU, A. F.; VARELLA, M. D. *Diversidade Biológica e Conhecimentos Tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 109-132.
- VERDUZCO, A. G. R. **Significación Jurídica del Principio de la Soberanía**. In: VERDUZCO, A. G. R. (Org.). *La soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1980. p. 43-62.
- YOUNG, O. **Governing Complex Systems. Social Capital for the Anthropocene**. MIT Press, 2017.

Submetido em: 16 maio. 2018. Aceito em: 14 dez. 2018.



# REPENSANDO UMA VISÃO (NÃO) INDIVIDUALISTA DA PESSOA NO PANORAMA DA COMPREENSÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A PERSPECTIVA AUTOPOIÉTICA DE EDUCAÇÃO: UMA PROPOSTA A PARTIR DA LEITURA DE HUMBERTO MATURANA

*Wilson Engelmann\**  
*Guilherme Wunsch\**

## **Resumo**

O artigo observa a relação que o fenômeno cognitivo possui com a perspectiva autopoietica, assim o fenômeno jurídico e a educação se tornam corolários para o desenvolvimento de ações não individualistas, num contexto jurídico-social marcado pelo viés renovado do respeito aos Direitos Humanos, a partir do livro de Maturana e Varela: *A árvore do conhecimento*. Por meio da metodologia funcionalista e estruturalista e da revisão bibliográfica concluiu-se: o pensar a relação entre a perspectiva autopoietica da educação e a teoria do direito é compreender a interação entre os sujeitos, na presença de alteridades distintas que se abrem à construção pessoal de uns e de outros.

## **Palavras-chave**

Autopoiese; Direito; Educação; Direitos Humanos.

---

\* Pós-doutor en los Retos Actuales del Derecho Público, organizado pelo Centro de Estudios de Seguridad de la Universidad de Santiago de Compostela, Espanha, sob a supervisão do Prof. Dr. José Julio Fernández Rodríguez; graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1988), mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2000) e doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2005). Atualmente é professor visitante - Universidad Católica del Uruguay, pesquisador visitante - Universidad de Santiago de Compostela - Campus Santiago, colaborador de pesquisa da Universidade Federal do Rio Grande, colaborador de pesquisa da Fundação Oswaldo Cruz, integrante do conselho editorial - Juruá Editora, colaborador - Latin American Nanotechnology & Society Network, pesquisador associado - Portugalense Institute for Legal Research, pesquisador associado do Centro de I&D sobre Direito e Sociedade, comitê de assessoramento da fapergs da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul e professor adjunto da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria Geral do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: nanotecnologias, direitos humanos, novos direitos, diálogo entre as fontes do direito e direitos fundamentais.

\* Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, sendo classificado em primeiro lugar no processo de seleção. Vencedor do Prêmio AJURIS Direitos Humanos - Edição 2007, promovido pela Associação dos Juizes do Estado do Rio Grande do Sul. Professor do Curso de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, em São Leopoldo, RS. Professor e Advogado do PRASJUR - Prática de Assistência Judiciária Gratuita, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Professor Convidado dos Curso Preparatório Piva Concursos. Membro dos grupos de pesquisa Biotecjus - Estudos Avançados em Direito, Tecnologia e Biopolítica, liderado pela Profª Doutora Taysa Schiocchet (UFPR/PR), JUSNANO, liderado pelo Prof. Dr. Wilson Engelmann (UNISINOS/RS) e Direito do Trabalho e Novas Tecnologias, liderado pela Professora Drª. Denise Pires Fincato (PUCRS). Coordenador da Comissão Especial de Direito do Trabalho da OAB/RS - Subseção São Leopoldo. Colunista do site Empório do Direito. Autor de livros e artigos. Advogado, inscrito na OAB/RS sob o número 76.863, em Porto Alegre/RS. Advogado no Escritório LOT Advogados.

## RETHINKING A VISION (NOT) INDIVIDUALIST OF THE PERSON IN THE PANORAMA OF THE UNDERSTANDING OF HUMAN RIGHTS AND THE PERSPECTIVE OF AUTOPOIETIC EDUCATION: A PROPOSAL FROM THE READING OF HUMBERTO MATURANA

### Abstract

The article observes the relationship that cognitive phenomenon has with the autopoietic perspective, so the legal phenomenon and education become corollaries to the development of non-individualist actions in a legal and social context scored by renovated bias of respect for human rights, as Maturana and Varela's book: *The Tree of Knowledge*. By functionalist and structuralist methodology and literature review concluded: thinking the relationship between the autopoietic perspective of education and the theory of law is to understand the interaction between the subjects in the presence of distinct otherness that open to personal building each others.

### Keywords

Autopoiesis; Law; Education; Human Rights.

## 1. INTRODUÇÃO

O artigo tem como tema o estudo acerca da autopoiese, na perspectiva cunhada por Humberto Maturana e Francisco Varela, mormente, com base nos estudos da obra *A árvore do conhecimento*. Especificamente, o tema delimita-se a partir da relação que o fenômeno cognitivo possui com a perspectiva autopoietica, assim como o fenômeno jurídico, e como a educação se torna corolário para o desenvolvimento de ações não individualistas, em um contexto jurídico-social marcado, notadamente, pelo viés repersonalizado e consagrador do respeito aos Direitos Humanos.

Deste olhar, se define o problema de pesquisa em que se estrutura o artigo, pois, ao se considerar que o ser humano é ser em contínua transformação e mudança, de que forma a perspectiva autopoietica influenciará o modo de se compreender a relação que o Direito possui com o fenômeno do conhecer, em um sistema e ordenamento jurídico que consagra a figura da pessoa como seu principal vetor axiológico? Como hipótese a ser comprovada, o artigo sustentará que a emergência de uma cultura da alteridade, calcada na relação entre Direito e Educação, representa que a relação entre indivíduo e sociedade não está paralisada, eis que se encontra em contínua modificação. Somente por conviverem com outras pessoas, é que os indivíduos conseguem se perceber como diferentes dos demais, mas sempre com a necessidade de convivência com o outro, uma das condições fundamentais da existência humana.

O tema do artigo justifica-se à medida que o conhecimento é algo do qual nenhum ser humano escapa, uma vez que o ser humano está destinado ao conhecimento. E é justamente no estudo do fenômeno do conhecer que a teoria autopoietica de Maturana e Varela irá prestar o seu contributo para o entendimento de uma teoria e sistema jurídico autopoieticos. Na contemporaneidade, onde se fala de uma "sociedade ou era do conhecimento", a observação das contribuições de uma teoria como a escolhida, poderá iluminar alguns caminhos que ainda precisarão ser percorridos.

Como objetivo geral, busca-se examinar uma perspectiva não individualista de pessoa a partir do diálogo entre a Teoria do Direito e a perspectiva autopoietica da educação. A partir dele, busca-se atingir os seguintes objetivos específicos, que devem pautar a estruturação básica do artigo, a fim de se demonstrar que a adequação metodológica só se atinge no momento em que os objetivos se coadunam com os capítulos a serem desenvolvidos: a) compreender acerca do problema do conhecimento como

um desafio autopoietico; b) apresentar a perspectiva da alteridade e do reconhecimento do outro como um desvelar da biologia do conhecer.

O artigo é formulado a partir de um viés metodológico funcionalista e estruturalista. O primeiro, porque pretende estudar o fenômeno social apresentado como um sistema organizado de atividades; o segundo, haja vista que se parte da investigação de um fenômeno concreto, elevando-o a um nível abstrato, por intermédio da construção de um modelo que representa o objeto do estudo, retornando-se, após, ao caso concreto, qual seja, o fenômeno do conhecimento e a Teoria do Direito. Trata-se, nos dizeres de Deisy Ventura (2000, p. 76-8), de um modelo que aduz, de modo único, a uma representação concebível da realidade. Partilha-se, ademais, da ideia exposta pela autora de que despertar a consciência, ordenar o pensamento sem aprisioná-lo, exercitar o raciocínio, encontrar e triar a informação, desenvolver o senso crítico identificar metas, assimilar diferentes métodos, potencializar a ação, sustentar a diversidade de enfoques e de opiniões, produzir conhecimento, são os desafios metodológicos em um contexto que considere a metodologia como um além de corpo de regras e diligências estabelecidas para se realizar uma pesquisa. (VENTURA, 2007, p. 257-292).

Neste contexto, o artigo estrutura-se em dois capítulos complementares, refletindo-se acerca do problema do conhecimento como um desafio autopoietico, para, então, se pensar a perspectiva da alteridade e do reconhecimento do outro como um desvelar da biologia do conhecer, proposta por Maturana e Varela.

## 2 O PROBLEMA DO CONHECIMENTO COMO UM DESAFIO AUTOPOIÉTICO: A CONTRIBUIÇÃO DE MATURANA PARA O FENÔMENO COGNITIVO

O conhecimento é algo do qual nenhum ser humano escapa, por estar destinado a este fenômeno. O processo de aprendizagem é, para os seres sociais, tudo. Habitualmente, pensa-se no ser humano como um ser racional, e, frequentemente, os discursos apontam para a racionalidade como o fator que distingue os seres humanos dos outros animais.

Para Maturana, dizer que a razão caracteriza o humano é um antolho, porque deixa os homens cegos frente à emoção, que fica desvalorizada como algo animal ou como algo que nega o racional. O homem, ao se declarar, um ser racional, vive uma cultura que desvaloriza as emoções, sem observar o entrelaçamento cotidiano entre razão e emoção, que constitui o viver humano, e não se dá conta de que todo sistema racional tem um fundamento emocional. Neste sentido:

As emoções não são o que correntemente chamamos de sentimento. Do ponto de vista biológico, o que conotamos quando falamos de emoções são disposições corporais dinâmicas que definem os diferentes domínios de ação em que nos movemos. Quando mudamos de emoção, mudamos de domínio de ação. Na verdade, todos sabemos isso na práxis da vida cotidiana, mas o negamos porque insistimos que o que define nossas condutas como humanas é elas serem racionais. Ao mesmo tempo, todos sabemos que, quando estamos sob determinada emoção, há coisas que podemos fazer e coisas que não podemos fazer, e que aceitamos como válidos certos ar-

gumentos que não aceitaríamos sob outra emoção. (MATURANA, 2009, p. 15).

O humano vai se constituir nesse entrelaçamento entre a razão e as emoções, de sorte que o racional representará as coerências dos sistemas operacionais dos sistemas argumentativos que se constroem na linguagem, para defender ou justificar ações. Normalmente, os argumentos racionais são utilizados sem levarem em consideração as emoções em que se fundam, pois o ser acredita que um fundamento emocional para as suas ações poderia ser uma limitação ao seu ser racional. (MATURANA, 2009, p. 18).

Partindo-se dessas ideias iniciais, poder-se-ia questionar o que define o ser humano. Maturana responderá que a definição de uma espécie é o seu modo de vida, uma configuração de relações variáveis entre organismo e meio, que começa com a concepção do organismo e termina com a sua morte. A mudança evolutiva se produz quando se constitui uma nova linhagem ao mudar o modo de vida. O autor reflete, destarte, que não há ação humana sem uma emoção que a estabeleça como tal. Por isso, torna-se importante considerar que o autor em análise:

[...] compreende a convivência humana na linguagem, a partir do que irá denominar de emoção fundadora: o amor. O amor é a emoção que constitui o domínio de ações em que nossas interações recorrentes com o outro fazem do outro um legítimo outro na convivência. As interações recorrentes na agressão interferem e rompem a convivência. Por isso, a linguagem, como domínio de coordenações consensuais de conduta, não pode ter surgido na agressão, pois esta restringe a convivência, ainda que, uma vez na linguagem, ela possa ser usada na agressão. Não é a razão que nos leva à ação, mas a emoção. Discorre o autor que se conhece as emoções como fundamentos que constituem as ações. [...]. (MATURANA, 2009, p. 21).

A visão de Humberto Maturana se consubstanciará em uma apreciação biologicizada do fenômeno do conhecer, levando-se em conta a visão autopoietica do ser humano. Porém, para bem se saber o que o autor procura explicar, é necessário ter em mente que um dos pressupostos do pensamento de Maturana é a ruptura das certezas. Não à toa, na sua mais conhecida obra, escrita com Francisco Varela – *A árvore do conhecimento* – irá aduzir que as pessoas possuem uma tendência de viver em um mundo de certezas, em que as convicções provam que as coisas apenas são da maneira como se vê e o que parece certo não pode ter outra alternativa. Trata-se de uma situação cotidiana, cultural, o modo corrente de ser humano. (MATURANA; VARELA, 2003, p. 5).

Neste contexto, percebe-se que toda a experiência cognitiva rotula o que se conhece de maneira pessoal enraizada em sua estrutura biológica, de onde toda experiência de certeza é um fenômeno individual ao ato cognitivo do outro. (MATURANA; VARELA, 2003, p. 7). Isso significa compreender que a estrutura determinada da biologia humana, a partir da perspectiva autopoietica, não reduz a autonomia do sujeito. O determinismo biológico da teoria autopoietica não é um determinismo absoluto e reducionista, mas um determinismo que não descarta uma dinâmica inegavelmente indeterminada e imprevisível na qual estão sujeitos todos os sistemas vivos.

O processo de vida é um processo de interação, em, que interagir é conhecer, e, por consequência, viver é conhecer. Entender, pois, que viver é conhecer torna ainda mais necessário os estudos que a teoria de Maturana representam para a própria teoria do Direito e o processo de educação, por ressaltar a importância do conhecimento, como algo constitutivo da própria existência. Nisto consiste uma análise que considera a vida, e toda a complexa rede que a envolve, como a linguagem, a razão e a emoção, enquanto objetos de estudo da epistemologia, a partir da experiência do homem na linguagem e, por conseguinte, nas relações humanas. Ao falar-se na linguagem, não se pode olvidar que ela é constituinte e constituidora do saber, e, portanto, implica as condições de possibilidades que se tem para compreender e agir. Isso porque é pela linguagem e somente por ela que se pode ter mundo e chegar a esse mundo. Sem linguagem, não haverá mundo enquanto mundo. Somente quando se encontra a palavra para a coisa, esta será uma coisa. A palavra proporciona o ser à coisa. Sem palavra, sem linguagem, não há existência. (GADAMER, 2002).

Os seres humanos são conhecedores ou observadores na linguagem. Como ensina Maturana, quando se reflete sobre a linguagem, já se está nela. Nestas circunstâncias, existem duas atitudes possíveis diante do conhecer: ou se aceita a capacidade do conhecer como uma condição dada, ou se pergunta como é que se conhece algo. A linguagem aparece como um sistema simbólico que permite a comunicação sobre os objetos que rodeiam o ser humano. E, neste contexto:

[...] A linguagem se constitui quando se incorpora ao viver, como modo de viver, este fluir em coordenações de conduta que surgem na convivência como resultado dela – quer dizer, quando as coordenações de conduta são consensuais. Toda interação implica num encontro estrutural entre os que interagem, e todo encontro estrutural resulta num desencadilhamento ou num desencadeamento de mudanças estruturais entre os participantes do encontro. O resultado disto é que, cada vez que encontros recorrentes acontecem, ocorrem mudanças estruturais que seguem um curso contingente com o curso desses. Isto acontece conosco no viver cotidiano, de tal modo que, apesar de estarmos como seres vivos, em contínua mudança estrutural espontânea e reativa, o curso de nossa mudança estrutural espontânea e reativa se faz de maneira contingente com a história de nossas interações. (MATURANA, 2009, p. 59-60).

Considera-se que o processo de conhecimento se perfaz através de uma relação cíclica entre ação e experiência e que tudo o que o ser humano vive e constitui, sem dúvida, os elementos que fazem parte deste processo. É de se recordar, ainda, que o fato de o ser humano possuir uma estrutura biológica que se realiza através de um sistema (operacionalmente fechado em si), não retira a possibilidade do ser humano ter autonomia no modo pelo qual apreende a realidade das coisas. Ao abordar-se a correlação do processo de conhecimento à linguagem, não se pode olvidar que irá influenciar até mesmo aquilo que se pretende definir como uma teoria da interpretação jurídica, em uma perspectiva que permita redefinir os critérios da racionalidade jurídica e seus critérios tradicionais de cientificidade, a partir da comunicação. Assim, Leonel Severo Rocha (2005, p. 27) irá afirmar que observar é produzir informação. A informação está ligada à comunicação. A problemática da observação do direito deve ser relacionado com a interpretação jurídica. Para se observar diferentemente é preci-

so ter-se poder. A principal característica do poder, dirá o autor, é ser um meio de comunicação encarregado da produção, controle e processamento das informações.

Maturana e Varela (2003, p. 13) percebem que, assim como o fenômeno da percepção só poderia ser entendido através da ideia de que o modo de operar do sistema nervoso ocorre através de um processo cíclico e operacionalmente fechado de correlações internas, o mesmo poderia ocorrer com a organização do ser vivo, enquanto indivíduo social que interage com seu meio ambiente. Os autores consideram que o encadeamento entre ação e experiência, esta inseparabilidade entre ser de uma maneira particular e como o mundo aparece, conduz à ideia de que todo o ato de conhecer traz um mundo à mão. Por esta razão é que se compreende a importância que os autores dão à correlação entre o fenômeno do processo cognitivo e o fenômeno social que formam a unidade das relações humanas em seu processo de conhecimento cotidiano. A ação do conhecer pertence à vida cotidiana e seu ponto de partida não é só o ato de observar, mas também aquele que observa.

Toda reflexão, incluindo uma sobre os fundamentos do conhecer humano, se dá necessariamente na linguagem, que é a peculiar forma de ser humano e de estar no fazer humano. Por isso, a linguagem é o ponto de partida, o instrumento cognitivo e o problema.

O observador, tendo consciência de sua condição humana, sujeita a erros e falhas, suspende o juízo em relação a sua própria objetividade. Assim sendo, o observador não ocupa neste caso uma posição transcendentalmente privilegiada e, além disso, se responsabiliza por suas próprias ações, pois entende que a realidade possui uma dinâmica na qual todos nós participamos conjunta e ativamente de sua construção. Partindo, então, do ponto de vista de Maturana, pode-se considerar que a forma pela qual o ser humano irá interagir com o mundo depende do modo como ele o interpretará. Trata-se de uma interação caracterizada pela reciprocidade entre estímulo e resposta.

Entretanto, apesar desta relação, acredita-se na transcendência da percepção enquanto observadores sobre o que se observa, ou seja, acredita-se que a leitura que se faz das informações recebidas caracteriza, sem dúvida, a realidade das coisas. Nada mais é do que o costume que o ser humano possui de acreditar na infalibilidade de suas percepções e isto se concretiza quando se propõe a observar algo. A relação com o objeto observado é normalmente fundamentada numa relação hierárquica. Diante da impossibilidade de uma total imparcialidade, sempre quando se observa algo, insere-se o modo próprio de entendimento sobre ele acreditando-se, muitas vezes, que essa observação é inquestionavelmente verdadeira. O ato de cooperar e de viver em um consenso a ponto de constituir uma sociedade, na medida do possível organizada é, desse modo, o que configura a característica da condição biológica do ser, característica de sua evolução cultural civilizada e de sua racionalidade. Como aduz Maturana (2009, p. 62-3), organismo e meio desencadeiam mutuamente mudanças estruturais sob as quais permanecem reciprocamente congruentes, de modo que cada um flui no encontro com o outro seguindo as dimensões em que conservam sua organização e adaptação. Isso ocorre espontaneamente, sem nenhum esforço dos participantes, como resultado do determinismo estrutural na dinâmica sistêmica que se constitui no encontro organismo-meio. Nas palavras do autor, “a consequência disso

tudo é que somos como somos em congruência com nosso meio e que nosso meio é como é em congruência conosco, e quando essa congruência se perde, não somos mais”.

Essa mentalidade construiu o modelo de análise do observador tradicional, para quem o ato de conhecer não, necessariamente, implica em reflexão, mas sim em uma recepção mecânica dos estímulos e informações recebidas, cabendo, desse modo, ao organismo apenas sua adaptação ao ambiente ao qual está inserido. Tanto é assim que Maturana (2001, p. 27), partindo da ideia de que o ser é aquele que se insere na linguagem, irá questionar, quem é o observador. E irá responder:

[...] Qualquer um de nós. Um ser humano na linguagem. Por isso, eu digo, o ser humano é observador na experiência, ou no suceder do viver na linguagem. Porque se alguém não diz nada, não diz nada. A explicação se dá na linguagem. O discurso que explica algo dá-se na linguagem. Uma petição de obediência do outro, quando se faz uma afirmação cognitiva, dá-se na linguagem. Assim, espero poder lhes mostrar que nós, seres humanos, existimos na linguagem. Mas esta é nossa condição inicial: somos observadores no observar, no suceder do viver cotidiano na linguagem, na experiência, na linguagem. Experiências que não estão na linguagem, não são. Não há modo de fazer referência a elas, nem sequer fazer referência ao fato de tê-las tido. ‘Escuta, sabe, me aconteceu algo que não posso descrever.’ Esse “não posso descrever” já pertence à linguagem. Mais tarde vamos ver o que é isso que chamamos de linguagem.

Reconhecendo que a visão que se tem da realidade dependerá das construções do ser, é que o homem reconhece, ao mesmo tempo, a falibilidade de sua percepção, pois ele percebe que seus julgamentos e valores não são “a verdade”, mas sim “a sua verdade”, ou seja, do que ele entende do que seja a verdade e mais, do que ele entenda que seja a verdade naquele momento. Entende-se com isso que as suas opiniões são particulares e instáveis e não universais e absolutas, reconhecendo, ao mesmo tempo, que é inegável a mediação biológica e cultural presente em nosso processo cognitivo. Porém, essa mediação, ressalta-se, não, necessariamente, impede, como já foi dito, a imanência entre o organismo e o meio e, além disso, o fato de haver essa mediação não pressupõe uma ideia mecanizada do conhecimento humano. Isso porque a mediação biológica do organismo e a mediação cultural do meio, que interferem no modo de perceber o mundo, não ocorrem a partir de uma relação em que um se sobrepõe ao outro, mas sim que se relacionam, se influenciam e se determinam mutuamente, numa relação recíproca e imanente.

É neste contexto que se insere a autopoiese, no sentido de que, como seres humanos, os indivíduos atuam no operar biológico enquanto seres vivos, como seres reflexivos, imersos em um âmbito de processos regulares repetitivos, no qual encontrarão tudo o que precisam para viver e continuar vivendo. Cada novo organismo que surge de um ato reprodutivo, emerge de um progenitor que o entrega ao viver como um ente cuja anatomia e fisiologia implica precisamente isso, vem como feito e preparado para encontrar o mundo de que necessita para viver. (YÁÑEZ; MATURANA, 2009, p. 259).

A percepção do ser humano não é, então, infalível como também não é um sistema mecânico que capta informações do meio e se adapta a ele, haja vista que possui

uma reflexão consciente. O que une as duas pontas, ou seja, o que faz com que o homem não seja nem um receptor mecânico de seu meio ambiente nem um observador autônomo infalível é o poder de reflexão consciente. A importância da teoria autopoietica estimulou um diálogo transversal entre ela e outras áreas do conhecimento, como a sociologia, a filosofia, as pesquisas em Educação, a epistemologia, e, é claro, o Direito. É através desta cadeia teórica, que versa sobre biologia e outras ciências, que se compreende a importância de Maturana para a teoria da autopoiese e para a visão autopoietica da teoria do Direito.

Os seres vivos, apesar de estruturalmente diferentes, possuem a mesma organização celular e que a organização celular é o resultado das relações necessárias para a existência de algo, ou seja, a base biológica da teoria da autopoiese. A organização são as relações que devem se dar entre os componentes de um sistema para que este seja reconhecido como membro de uma classe específica e, por estrutura, compreende-se os componentes e as relações que concretamente constituem uma determinada unidade e realizam sua organização.

O observador necessita se reconhecer como um sistema, para que ele se aceite enquanto um ser vivo, de tal sorte que o sistema que se opera sob sua consideração opera como um sistema autopoietico molecular. Os seres vivos são sistemas autopoieticos moleculares que operam como unidades discretas num espaço relacional em que, ao existirem como totalidades, existem como organismos. Os seres vivos existem em dois domínios: no domínio da realização do viver e no domínio da realização, operando como organismos em um espaço relacional. Como referem Maturana e Varela (2003, p. 25 e seguintes), os seres vivos se caracterizam porque, literalmente, se produzem continuamente a si mesmos, o que implica em chamar de organização o que define o processo relacional, já que, quando se fala dos seres vivos, se está supondo que exista algo em comum entre eles: o fato de serem vivos.

No que pertine à relação que se acabou de mencionar entre a autopoiese e as diferentes e variadas ciências, é com Jean Clam que se encontrará a explicação de como tal teoria irradia-se na teoria do Direito. Segundo Clam (2005, p. 114), para o sistema jurídico, toda observação jurídica se efetua numa rede que se tece ao mesmo tempo, e no fato em si que ela opera. A rede não precede os elementos, nem os elementos à rede. A referência sistêmica de uma operação qualquer deve ser sempre ser clara, e, no caso dos sistemas autopoieticos, ela é sempre constante ao próprio sistema. O Direito é um sistema no qual o fechamento é irreduzível e irrelativizável. Não pode ser mais ou menos fechado, mais ou menos autopoietico, porque suas operações não podem ter referência fora dele. Como alude Clam, não há gradualidade na autopoiese: ou o sistema é autoprodutor ou não o é.

É preciso considerar que nem toda organização é autopoietica, eis que o que define um ser vivo enquanto tal é o fato de se produzirem continuamente a si mesmos, o que faz com que essa organização seja autopoietica, na medida em que ressalta a capacidade de autocriação da classe dos seres vivos e a dinâmica de relações em uma contínua rede de interações. Na relação entre organização e meio, o meio ambiente não é, e nem poderia ser, determinante, ele apenas desencadeia mudanças estruturais e este processo é cíclico, isto é, ocorre da unidade para o meio e do meio para a unidade. Desta relação circular entre unidade e meio nasce o chamado acoplamento es-

trutural, ou seja, a interação entre a unidade autopoietica e o meio. Nas palavras de Maturana e Varela (2003, p. 25), ao falarem sobre os seres vivos: “[...] Quando falamos dos seres vivos, já estamos supondo que há algo em comum entre eles. [...]. Nossa proposição é que os seres vivos se caracterizam porque, literalmente, se produzem continuamente a si mesmos, o que indicamos a chamar a organização que os define.”

Assim, pensar a perspectiva autopoietica é lembrar da responsabilidade do homem por suas ações em sua vida como um todo, aquele que, apesar de buscar uma compreensão do conhecimento em si, busca, ao mesmo tempo, tentar compreender a conduta do homem em seu próprio processo de conhecimento. São estes os pressupostos que sinalizam para uma interrelação entre “educação” e “conhecimento”, que serão estudados a seguir.

### 3 EDUCAÇÃO E RECONHECIMENTO DO OUTRO COMO UMA RAMIFICAÇÃO DA BIOLOGIA DO CONHECER: QUANDO A ALTERIDADE SE TORNA FATOR DA COMPREENSÃO HUMANA E FAZ CRESCER A *ÁRVORE DO CONHECIMENTO*

Não é nada clara nos dias atuais a relação da pluralidade de pessoas com a pessoa singular a que se chama indivíduo, porque este conceito se refere ao ser humano como se fosse uma entidade que existisse em completo isolamento. Por outro lado, quando se pensa em sociedade, tem-se uma acumulação, coletânea somatória, e, como refere Norbert Elias (1994, p. 7), desestruturada de muitas pessoas individuais, quer como objeto que existe para além dos indivíduos e não é passível de explicação.

A sociedade só existe porque há um grande número de pessoas e só continua a funcionar porque muitas dessas pessoas, isoladamente, querem e fazem certas coisas, mesmo que sua estrutura e transformações históricas independam das intenções de qualquer pessoa particular. Ocorre que, hodiernamente, se é incessantemente confrontado com a questão de como ser possível criar uma ordem social que permita uma correta harmonização entre as necessidades individuais e a exigência de manutenção da eficiência do todo social. Trazendo-se à baila Norbert Elias (1994, p. 17), só pode haver uma vida comunitária mais livre de perturbações e tensões se todos os indivíduos dentro dela gozarem de satisfação suficiente, e só pode haver uma existência individual mais satisfatória se a estrutura social pertinente for mais livre da tensão, perturbação e conflito. Vive-se então quase que em uma contradição, ou um enfrentamento sobre o que vale mais, se o indivíduo ou a sociedade, a ponto de se defender que, quando se afirma ser o indivíduo a parte de um todo, na verdade não se diz nada de mais, eis que, por ser uma observação evidente, significa que não existe sociedade, mas sim apenas indivíduos.

Esse mundo, em que o indivíduo não enxerga outro horizonte senão ele mesmo, característico de uma era denominada por Lipovetsky (1996, p. 31) de pós-moralista, em que se estimula os desejos, os egos, a felicidade, o bem-estar individualista, muito mais que o ideal de abnegação. Assim a cultura de sacrifícios, que vigorou amplamente até meados do século passado, foi liquidada.<sup>1</sup> É que não se trata de uma tarefa sim-

<sup>1</sup> Lipovetsky alerta que não se está no grau zero de valores. As sociedades reafirmam um núcleo estável de valores geralmente aceites: os direitos humanos, a honestidade, a tolerância, a recusa da vio-

plória limitar o espaço que parece existir entre o indivíduo e a sociedade, justamente pelo fato de que o individualismo moderno se apresenta, cada vez mais, como um fenômeno excepcional na história das civilizações. (DUMONT, 1985, p. 35). Quando se fala em indivíduo, designa-se duas coisas ao mesmo tempo: um objetivo fora de nós e um valor. Em outras palavras, tem-se de um lado um sujeito empírico que fala, pensa e quer, e, de outro, um ser moral, independente, autônomo, e, por conseguinte, essencialmente não-social. (DUMONT, 1985, p. 37).

Ao nascerem, os indivíduos podem ser diferentes, mas será na sociedade que eles se tornarão seres complexos. Na relação com outros seres humanos é que ele se torna uma pessoa psicologicamente desenvolvida, pois, do contrário, isolada dessas relações, o indivíduo evolui para a condição de um animal humano semisselvagem, que até pode crescer fisicamente, entretanto, em sua composição psicológica, permanece semelhante a uma criança pequena. (ELIAS, 1994, p. 27). É neste sentido que surge a obrigação de se pensar que a pessoa se desenvolve a partir da relação com as outras pessoas, momento em que a visão individualista começa a romper, porque o que se molda não é uma moeda sem vida, cunhada como milhares de outras moedas idênticas, e sim o centro ativo do indivíduo, a direção pessoal dos seus instintos, o seu verdadeiro eu. O que é moldado pela sociedade também molda; trata-se da autorregulação do indivíduo em relação aos outros. Assim, o indivíduo é, ao mesmo tempo, moeda e matriz. Uma pessoa pode ter mais funções de matriz do que outra, mas é sempre também uma moeda. (ELIAS, 1994, p. 52).

Eis, incontestavelmente, a inserção do *eu* no mundo do *nós*, que implica na releitura do indivíduo enquanto sujeito, oportunidade em que o reconhecimento do outro eu será a condição de possibilidade para que se desenvolvam concretas ações em Direitos Humanos. Na relação entre o indivíduo e o seu próximo é que aparece a questão da igualdade, já que os indivíduos devem, em tese, ser iguais em direitos, o que não é, segundo Roman, uma proposição teórica ou jurídica, mas uma experiência vivida todos os dias. Para ele, a igualdade não é apenas um valor, mas uma prática quotidiana. (ROMAN, 1996, p. 45).

Quando se lida com a questão do sujeito, da pessoa, do eu e o seu significado na modernidade há que se ter em mente a impossibilidade de se compreender a existência de um sistema jurídico sem um sujeito jurídico, e, portanto, não pode haver Direitos Humanos sem o humano.<sup>2</sup> Por esse motivo, Costa Douzinas (2009, p. 197) questiona se pode haver um conceito de direitos sem uma definição do que é e de quem é o humano. E vai defender que o homem dos direitos do homem é uma abstração que tem tão pouca humanidade quanto possível, uma vez que ele descartou todos os traços e qualidades que constroem a identidade humana. Um mínimo de humanidade é

---

lência e da crueldade. A autonomia pós-moralista não leva á desordem dos costumes, porquanto funciona como um caos organizado. (1996, p. 31).

<sup>2</sup> Lipovetsky (2005, p. 60) sinaliza a passagem da era moderna para a era pós-moderna a partir dos seguintes contornos: “[...] elevar o pós-moderno ao nível de uma hipótese global designando a passagem lenta e complexa para um novo tipo de sociedade, de cultura e de indivíduo que nasce no centro e no prolongamento da era moderna, estabelecer o teor do modernismo, suas linhas genealógicas e suas principais funções históricas, apreender a inversão da lógica que aos poucos foi se operando no decorrer do século XX em benefício de uma preeminência cada vez mais nítida dos sistemas flexíveis e abertos. [...]” Interessante estudo sobre os direitos humanos na sociedade líquida pós-moderna pode ser lida em Colet Gimenez, Del’Olmo, Angelin, 2017.

o que permite ao homem reivindicar autonomia, responsabilidade moral e subjetividade jurídica.

O homem da Declaração Universal dos Direitos Humanos é muito “humano”. Sinaliza para um modelo de homem, como pessoa, como ser humano, como um ser relacional, que se realiza na convivência com os demais seres humanos. Neste sentido também se pode ainda destacar, segundo Marcelo Neves: “[...] proponho que os direitos humanos sejam definidos primariamente como expectativas normativas de inclusão jurídica de toda e qualquer pessoa na sociedade (mundial) e, portanto, de acesso universal ao direito enquanto subsistema social” (2009, p. 252-3). A pessoa, como ser humano, somente o é, dada a sua condição de possibilidade de ser relacional, de ser com os outros.

O individualismo esquece que cada pessoa é um mundo e que vem a existir em comum com outras pessoas. O ser em comum é uma parte integrante do eu, porque ele está exposto ao outro, sendo este parte da intimidade do próprio eu. Logo, o sujeito jurídico, possui direitos é claro, mas, igualmente, porta deveres e responsabilidades. Os Direitos Humanos representam a liberdade, não apenas como vontade de escolha, mas como a capacidade de se desprender das determinações legais e históricas e de abrir para o desconhecido, de se abrir para o ser. Neste contexto, o homem se desenvolve como sujeito jurídico, constituído de relações jurídicas, sem o qual os direitos não podem existir. Reconhece-se um desejo que nunca chega ao fim. (DOUZINAS, 2009, p. 268). A alternativa consiste na renúncia do eu para si mesmo, para o seu egoísmo, em prol do outro homem, ou seja, a responsabilidade ética do homem em relação ao outro. Este é um dos principais desafios para a efetiva inserção dos Direitos Humanos no contexto do Estado Democrático de Direito. Referir a questão do reconhecer o outro, da *alteridade*, é, indubitavelmente, valer-se de Lévinas (2004, p. 27) para quem compreender uma pessoa já é falar-lhe. Por a existência de outrem, deixando-a ser é já ter aceito essa existência, tê-la tomado em consideração. O ter aceito delinea uma relação original, ou seja, trata-se de perceber a função da linguagem não como subordinada à consciência, mas como condição da tomada de consciência.

Diz-se que a relação com outrem, que o vínculo com outrem, não se reduz à representação de outrem, mas à sua invocação, denominada por Lévinas (2004, p. 29) de religião, já que não precedida de compreensão. Logo, o que distingue o pensamento que visa a um objeto de um vínculo com uma pessoa é que neste se articula um vocativo: o que é nomeado é, ao mesmo tempo, aquele que é chamado. Ao se reconhecer o outro, crê-se nele, e não de uma forma submissa, porque isso aniquila a dignidade do ser. O reconhecimento é face-a-face, é o rosto do outro, que agora impede de ser negado. Tratam-se das relações entre as liberdades, que se afirmam de forma recíproca, transcendem uma em relação à outra, tendo-se o respeito como uma condição ética e não apenas como uma relação de indiferença ou contemplativa.

Portanto, o reconhecimento da alteridade do outro significa saber como o eu se insere em uma fração do todo, que comanda a solidariedade humana. Lévinas (2004, p. 263) afirma que a descoberta dos direitos que, sob o título de direitos do homem, se relacionam à própria condição de ser homem, independentemente de qualidades como nível social, força física, intelectual e moral, pelos quais os homens diferem entre si, e a elevação destes direitos ao nível de princípios fundamentais pela legislação

e ordem social, certamente marcam um momento especial da consciência ocidental, eis que o homem, enquanto homem, teria direito a um lugar excepcional no ser, e, por isso mesmo, exterior ao determinismo dos fenômenos. É o direito à independência ou à liberdade de cada um, reconhecida por cada um. Infere-se, portanto, que o reconhecimento da alteridade do outro é entender que o único é o outro de modo eminente: ele não pertence a um gênero ou não permanece em seu gênero.

Assim sendo, pensar a compreensão do outro é entendê-lo como um conjunto de pautas, regras e modos de articulação de ações humanas cujos limites e fronteiras são difíceis de determinar de um modo completo e definitivo. (FLORES, 2009, p. 14). Essa dificuldade reside justamente no fato de que ainda não se pensa em Direitos Humanos como corolários de direitos para o homem, mantendo-se um senso comum de que servem para determinados segmentos sociais, geralmente vulneráveis. Claro que também se destinam a tal desiderato, mas significam muito mais do que isso. Humano não é apenas o alheio, o diferente, mas a potencialização da capacidade humana de criar o que é valioso e o que não é, de fazer e desfazer o mundo em que se vive. Trata-se da exigência da construção de lugares de encontro em que todas e todos possam fazer valer suas propostas e diferenças. Como diz Dussel (1993, p. 24), não é negar a razão, mas a irracionalidade moderna. É afirmar a razão do outro, rumo a uma “mundialidade transmoderna”.

Não é possível falar em educação, em alteridade e buscar uma relação com os postulados da teoria de Maturana sem mencionar Paulo Freire, que trabalha com a concepção de que o homem não se liberta sozinho, pois é um ser em comunhão. E essa ideia é assaz importante porque quando se está a pensar o sentido de uma educação em Direitos Humanos que conduza ações de alteridade se está descobrindo a libertação, a convivência, a própria ação, a partir de um diálogo crítico e reflexivo e não meramente um ativismo sem aplicação na práxis. Por essa razão, Freire (2005, p. 60) conduz seu pensamento a partir da noção de uma ação libertadora dos oprimidos, afirmando que os oprimidos, nos vários momentos de sua libertação, precisam reconhecer-se como homens, na sua vocação ontológica e histórica de ser mais. A dependência emocional dos oprimidos, fruto da situação concreta da dominação em que se encontram é que gera uma visão inautêntica do mundo. De certo modo, ao se oprimir alguém – um estudante, por exemplo – se retira dele a possibilidade de aprender. Nesse sentido, uma sentença esclarecedora de Heidegger (2002): “ensinar é deixar aprender”. Aqui se tem a amálgama do significado de “educação”, especialmente na vertente biologizante de Maturana e Varela: ela deverá se operar no coletivo, de alguém para alguém, na alteridade. Por isso, que o conhecimento e a educação estão encontrando dificuldades neste século XXI, dada o império ainda muito presente e resistente do individualismo. Esse o grande desafio da “educação” focada efetivamente no “conhecimento” e não meramente no armazenamento de “informações”.

Nesse contexto, busca-se reconhecer o significado da alteridade na educação, uma vez que, hodiernamente, a capacidade de se compreender a atualidade se mostra cada vez mais prejudicada quando se pensa em uma educação voltada para a ética. Essa constatação se deve ao fato de que se vive em uma sociedade que se está em crise, uma crise ética, uma crise humana. Karen Franklin (2010, p. 49) afirma que, nessa crise, o ser humano está em evidência e a própria conceituação dele poderia dar

margem a infinitas discussões.<sup>3</sup> Em função dessa dificuldade é que se deve estabelecer uma noção de alteridade a partir de argumentos que defendam uma efetiva educação ética e humana capaz de salvaguardar as diferenças sem exclusão. Defende-se, portanto, que não é apenas a proteção do mero outro, mas sim das relações possíveis com o outro, a qualidade do que é outro. O ser humano cresce em humanidade a partir do momento em que ele se faz outro, na medida em que ele se transforma para dar conta da alteridade. Ele faz a si mesmo fazendo-se outro. (BECKER, 2010, p. 115). Ele se transforma em razão do outro para poder assimilá-lo. Quanto mais o homem se transforma, mais outros homens ele descobre.

A abordagem do tema, invariavelmente, conduz a uma relação não apenas entre educação e a teoria do Direito, mas que forma um tripé: educação, teoria do Direito e Direitos Humanos, no momento em que se consegue entender a educação, ou melhor, o processo educacional, como algo muito mais amplo que a aceção formal dos bancos escolares. Educar é um ato de formação de consciência. Por isso, os Direitos Humanos constituem uma expressão moderna, mas, convém ressaltar, sua cultura encontra raízes distantes, para além da modernidade. É preciso sempre lembrar que os Direitos Humanos constituem uma conquista da civilização. Tal memória indica que o sentido destes direitos requer a compreensão ampla do social-histórico em que se insere a tradição do pensamento humano. Assim, para estes autores, a liberdade que se amplia nas formas democráticas, longe de conferir certeza aos Direitos Humanos, evidencia a amplitude e complexidade de suas formas. (MAUÉS; WEYL, 2007, p. 103). A luta pelos direitos – que aqui significam a busca por uma educação que efetivamente dê condições para que o sujeito se liberte e tenha condições de desenvolver o conhecimento de modo autônomo – constitui a prática do sentido de uma sociedade mais racional quanto possível, capaz de criar as condições de elevação do homem e de aproveitá-las nesse benefício. Marcelo Neves contribui, dizendo: “[...], cabe delimitar o conceito de direitos humanos, para defini-lo como expectativas normativas de inclusão jurídica generalizada nas condições de dissenso estrutural da sociedade mundial. Assim compreendidos, os direitos humanos estão localizados na fronteira do sistema jurídico, vinculando-o a uma moral da inclusão e do dissenso, que circula com relevância no âmbito da sociedade mundial do presente, em concorrência com outros modelos morais.” (2009, p. 255).

A partir dos fundamentos apresentados, a educação é compreendida como um direito em si mesmo e um meio indispensável para o acesso a outros direitos, adquirindo, nesse cenário, mais importância quando direcionada ao pleno desenvolvimento humano e às suas potencialidades, valorizando o respeito aos grupos socialmente excluídos. Assim, a educação é um elemento de importância para a construção de sujeitos que compreendam e internalizem essa cultura, a partir de comportamentos e ações cotidianas. Eis, portanto, que a alteridade significa o reconhecimento da qualidade do outro; logo, o momento presente instiga a articulação entre os direitos de igualdade e diferença.

---

<sup>3</sup> Na perspectiva de Franklin (2010, p. 49), o conceito de ser humano pode ser centralizado em dois sentidos específicos: o primeiro, na consideração de ser humano ligado à especificação de sua espécie, assegurando que um ser dotado de características humanóides deve, exclusivamente, por esse motivo, ser considerado humano; segundo, no sentido de constituir-se humano, possibilitando seu vir-a-ser por processos capazes de lhe dar condições para exercer sua humanidade.

Deve-se permitir a criação de condições para evitar que os sujeitos estejam presos em evidências que os impedem de colocar-se de modo crítico à realidade que desrespeita, entre outros, a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança, ou, no todo, a dignidade humana (MALUSCHKE, 2007). A educação precisa ser capaz de produzir um espaço em que os sujeitos não sejam uma mera repetição, mas sim, a transformação e a ruptura.

Afirma Eni Puccinelli Orlandi (2007, p. 307) que não é por acaso, desvio, ou falha que a sociedade burguesa desrespeita a dignidade do ser humano. É porque é assim que ela se estrutura e funciona. Por isso, a educação tem um lugar privilegiado e também por isso há a criação de mecanismos como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, para lidar com essa ambiguidade, com este equívoco que é constitutivo do sujeito e do sentido produzido na conjuntura burguesa em que jogam a liberdade e submissão, direitos e deveres, autonomia e responsabilidade. O que a educação pode fazer, nesse caso, é criar as condições para que se possam irromper outras discursividades, que atravessem a produção existente de sentidos evidentes, atingindo e rompendo com a interpretação da *ideologia já-lá*. Requer-se uma consciência clara sobre o papel da educação para a construção de uma sociedade baseada no respeito à dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, é uma contínua busca da formação de uma cultura de respeito à dignidade humana através da promoção e da vivência dos valores da liberdade, da justiça, igualdade, solidariedade e tantos outros, que permitam criar, influenciar e compartilhar comportamentos que decorram desses valores essenciais arrolados, os quais devem se transformar em práticas. Tal mudança se dá através de um processo educativo. O aprendizado deve estar ligado à vivência do valor da igualdade de direitos e da dignidade para todos, propiciando o desenvolvimento de sentimentos e atitudes solidárias, bem como da capacidade de se perceber as consequências pessoais e sociais de cada escolha do indivíduo, ou seja, o seu senso de responsabilidade.

Alerta Maria Victoria Benevides (2007, p. 347), ainda, que o processo educativo deve visar à formação do cidadão participante, crítico, responsável e comprometido com a mudança daquelas práticas e condições da sociedade que violam ou negam os Direitos Humanos. Deve visar à formação de personalidades autônomas, intelectual e afetivamente, sujeitos de deveres e de direitos, capazes de julgar, escolher, tomar decisões, serem responsáveis e prontos para exigirem que, não apenas seus direitos, mas também os direitos dos outros sejam respeitados e cumpridos.

Marcelo Andrade (2008, p. 55), partindo da teoria de Maturana, mormente revelada em *A árvore do conhecimento*, sublinha a importância de compreender que os seres humanos não possuem tão somente uma programação biológica que os orientem na sua maneira de comer ou vestir, por exemplo. Mais do que isso, são seres essencialmente sociais, dependentes do mundo sociocultural que os envolve. Dentro dessa perspectiva, é impossível escapar da educação. Tampouco ela pode nos escapar, pois se isso se passa o mais provável é que não nos tornemos humanos e que reflexivamente não a humanizemos cada vez mais. Para Maturana (2009, p. 29), o educar se constitui no processo em que a criança ou o adulto convive com o outro, e, ao conviver com o outro, se transforma espontaneamente, de maneira que seu modo de viver se faz progressivamente mais congruente com o do outro no espaço de convivência.

O educar ocorre em todo tempo e de maneira recíproca, de modo que ocasiona uma transformação estrutural contingente e o resultado disso é que as pessoas aprendem a viver de uma maneira que se configura de acordo com o conviver da comunidade em que vivem.

Um posicionamento como este referido apenas ratifica a força imperiosa da educação no processo de humanização. Mais do que isso, é um imperativo da vida humana, uma realidade que se impõe quando se deseja realmente uma vida verdadeiramente humana. O homem só será humano quando passar por um processo educativo. Como afirma Andrade (2008, p. 56) ninguém nasce pronto e acabado como ser humano. Ao contrário, torna-se humano por um processo chamado de educação e ao qual se tem o direito humano básico de vivenciá-lo. Em tal concepção, a educação é sinônimo específico de socialização que é, na verdade, um processo de humanização, uma resposta à consciência de ser o homem um se inacabado. Por essa razão, sem a educação não se poderia reflexivamente tornar-se ser humano, tampouco ter a consciência de que, sendo humano, é merecedor de toda a dignidade. Logo, a educação tem uma tendência global de produzir verdadeiros cidadãos do mundo, imbuídos das virtudes cívicas de respeito ao pluralismo, à paz, à dignidade e aos direitos. (BAI, 2007, p. 230). A educação e o Direito, como agentes que ressignificam o indivíduo, buscam reforçar o processo de fortalecimento de cada ser humano na vida cotidiana, para que experimente a liberdade e a solidariedade sem as limitações do poder e da dominação pela sociedade e Estado. Dito de outro modo: se trata, antes do mais, de conhecer o outro, o sujeito vítima, ou seja, aquele que, em contexto jurídico, é legalmente titular de direitos humanos fundamentais (pessoa), mas carece dos meios básicos para ver-se, sentir-se, reconhecido e respeitado como tal, aí já em contexto não somente jurídico, mas também ético, se é que tais contextos, particularmente quando em causa tais direitos, podem ser separados. (ALFONSIN, 2002, p. 31).

A fragilidade de uma teoria democrática que não esteja fundamentada na alteridade pode explicar a dissociação entre o papel da democracia e de seus valores baseados nos Direitos Humanos e a falta de efetividade na constituição de uma sociedade formada por homens livres e iguais. Com o advento da Constituição de 1988, a dignidade humana passou a fazer parte da cultura jurídica brasileira como referência obrigatória, sendo que ela designa não apenas o indivíduo, mas a humanidade, que se encontra em todos os seres humanos. Em outras palavras, a justificação para ações de alteridade se encontram no princípio da dignidade humana, cuja apreensão deve se dar não apenas em termos da dogmática jurídica, porquanto o seu efetivo respeito dependa do desenvolvimento de uma concreta educação em Direitos Humanos, que é o próprio foco aqui abordado. Destarte, a concepção de igualdade que se busca refletir é aquela apresentada por Celso Lafer (2009, p. 150), quando propõe que ela não é um dado, mas sim um construído, elaborado convencionalmente pela ação conjunta dos homens através da organização da comunidade política. Daí a indissolubilidade da relação entre o direito individual do cidadão e o direito da comunidade de autodefinir-se, construindo convencionalmente a igualdade.

No mundo que se compartilha com o outro deve prevalecer o princípio da igualdade para que se alcance a democracia, posto que a igualdade resulta da própria organização humana, é um meio de se igualizar as diferenças através das instituições,

até porque as pessoas não nascem iguais e não são iguais em suas vidas. Como propõem Maturana e Varela (2003, p. 164), nossos atos, sem exceção, contribuem para formar o mundo em que existimos. O que se percebe, destarte, é que a relação entre indivíduo e sociedade não está paralisada. Ela pode ter se modificado e estar se modificando, mas não cessou. Somente por conviverem com outras pessoas é que os indivíduos conseguem se perceber como diferentes dos demais, mas sempre com a necessidade de convivência com o outro, uma das condições fundamentais da existência humana, equilibrando-se a balança do *nós-eu*, afirmando-se a ascensão da humanidade e fazendo crescer a “árvore do conhecimento”.

#### 4. CONCLUSÃO

A visão de Humberto Maturana se consubstancia em uma análise biologizada do fenômeno do conhecer, levando-se em conta a visão autopoietica do ser humano. Assim, observa que as pessoas possuem uma tendência de viver em um mundo de certezas, em que as convicções provam que as coisas apenas são da maneira como se vê e o que parece certo não pode ter outra alternativa. Neste contexto, toda a experiência cognitiva rotula o que se conhece de maneira pessoal enraizada em sua estrutura biológica, de onde toda experiência de certeza é um fenômeno individual ao ato cognitivo do outro. Isso significa compreender que a estrutura determinada da biologia humana, a partir da perspectiva autopoietica, não reduz a autonomia do sujeito. O determinismo biológico da teoria autopoietica não é um determinismo absoluto e reducionista, mas um determinismo que não descarta uma dinâmica inegavelmente indeterminada e imprevisível na qual estão sujeitos todos os sistemas vivos.

Trata-se de entender o processo de vida como um processo de interação, em que interagir é conhecer, e, por consequência, viver é conhecer. Nisto consiste uma análise que considera a vida, e toda a complexa rede que a envolve, como a linguagem, a razão e a emoção, enquanto objetos de estudo da epistemologia, a partir da experiência do homem na linguagem e, por conseguinte, nas relações humanas. Portanto, o reconhecimento da alteridade do outro significa saber como o eu se insere em uma fração do todo, que comanda a solidariedade humana. Em outras palavras, consolida-se a descoberta dos direitos que, sob o título de direitos do homem, se relacionam à própria condição de ser homem, independentemente de qualidades como nível social, força física, intelectual e moral, pelos quais os homens diferem entre si, e a elevação destes direitos ao nível de princípios fundamentais pela legislação e ordem social.

Assim sendo, pensar a compreensão do outro é entendê-lo como um conjunto de pautas, regras e modos de articulação de ações humanas cujos limites e fronteiras são difíceis de determinar de um modo completo e definitivo. Pensar, portanto, a relação entre a perspectiva autopoietica da educação e a teoria do direito é compreender, a partir da teoria de Maturana, a interação entre os sujeitos. Os processos educativos se dão na relação, na presença de alteridades distintas que se abrem para a construção pessoal de uns e de outros, ou seja, daqueles envolvidos no processo. A educação e o Direito abrem-se para os sujeitos pluridimensionais que estão em interação, sendo muito mais do que uma carta de intenções, pois significa o compromisso ético,

social e político capaz de se produzir em práticas transformadoras que se consolidem tanto institucionalmente quanto na convivência. Na esteira do que foi problematizado, infere-se que o sujeito é uma construção relacional, uma intersubjetividade que se constrói na presença do outro e tendo a alteridade como presença, tendo na diferença e na pluralidade o seu conteúdo e forma. A relação entre os sujeitos tem a diferença como sua marca constitutiva, que se traduz em pluralidade, e formata o ser sujeito. O sujeito que se fala não é somente o sujeito do Direito, porque os sujeitos e os direitos são mais amplos do que o Direito, exigindo o refazer crítico do próprio Direito. Tais aspectos apontam para a confirmação da hipótese lançada na Introdução e sinalizam movimentos que deverão ser implementados num contexto social de educação e conhecimento que pretendem preparar o ser humano numa temporalidade de futuro, de continuidade. Em uma palavra: de emancipação.

Por conta do cenário assim delineado, pensar a relação entre a perspectiva autopoietica da Educação e a Teoria do Direito é compreender, a partir da teoria de Maturana, a interação entre os sujeitos. Os processos educativos se dão na relação, na presença de alteridades distintas que se abrem para a construção pessoal de uns e de outros, ou seja, daqueles envolvidos no processo. A educação e o Direito abrem-se para os sujeitos pluridimensionais que estão em interação, sendo muito mais do que uma carta de intenções, pois significa o compromisso ético, social e político capaz de se produzir em práticas transformadoras que se consolidem tanto institucionalmente quanto na convivência. A educação não promoverá sozinha todas as transformações, mas enquanto não se entendê-la dessa forma não se compreenderá o seu sentido, e, portanto, não se desenvolverão ações para o reconhecimento da alteridade, que sejam corolárias da relação interdisciplinar entre Educação e Direito.

## REFERÊNCIAS

- ALFONSIN, Jacques Távora. **Desafios à construção de uma ética da práxis solidária, num contexto de direitos humanos fundamentais.** In: Revista Estudos Jurídicos. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. v. 35. n. 95. 2002.
- ANDRADE, Marcelo. É a educação um direito humano? Por quê? In: CANDAU, Vera Maria. SACAVINO, Susana. (orgs.) **Educação em direitos humanos: temas, questões e propostas.** Rio de Janeiro: DP et Alli editora, 2008.
- BAI, Upendra. Educação em direitos humanos: promessa do terceiro milênio? In: ANDEOPOLUS, George J. CLAUDE, Richard Piere. (orgs.) **Educação em direitos humanos para o século XXI.** Tradução: Ana Luiza Pinheiro. São Paulo: EdUSP, 2007.
- BECKER, Fernando. Alteridade e construção do sujeito. In: GUÉRIOS, Ettiène. STOLTZ, Tania (orgs.). **Educação e alteridade.** São Carlos: EdUFSCar, 2010.
- BENEVIDES, Maria Victoria. Direitos humanos: desafios para o século XXI. In: SILVEIRA, Maria Godoy Silveira. **Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos.** João Pessoa: Editora Universitária, 2007.
- CLAM, Jean. A autopoiese no direito. Tradução: Caroline Graeff. Revisão: Germano Schwartz. In: ROCHA, Leonel Severo. SCHWARTZ, Germano. CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

COLET GIMENEZ, Charlise Paula; DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ANGELIN, Rosângela. Dos direitos humanos e dos conflitos na sociedade líquida pós-moderna. In: **NOMOS. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 37.2, jul./dez. 2017, p. 259-279.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DUMONT, Louis. **O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna**. Tradução: Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade**. Tradução: Jaime A. Clasen. Rio de Janeiro: Vozes, 1993.

ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro; Zahar, 1994.

FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos multiculturais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FRANKLIN, KAREN. **Educação e ética: o reconhecimento da alteridade na educação**. In: GUÉRIOS, Ettiène. STOLTZ, Tania (orgs.). **Educação e alteridade**. São Carlos: EdUFSCar, 2010.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 49.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Traduzido por Enio Paulo Giachini. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2002. v. II.

HEIDEGGER, Martin. **Que é uma coisa?** Tradução de carlos morujão. Lisboa: edições 70, 2002.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. 7. ed. São Paulo: Companhia das letras, 2009.

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós: ensaios sobre a alteridade**. Tradução: Pergentino Stefano Pivatto. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

LIPOVETSKY, Gilles A era do após-dever. In: PRIGOGINE, Ilya. MORIN, Edgar. **A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o ceticismo e o dogmatismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

\_\_\_\_\_. **A Era do Vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo**. Tradução da última edição francesa, com posfácio do autor, por Therezinha Monteiro Deutsch. Barueri, SP: Manole, 2005.

MALUSCHKE, Günther. **A dignidade humana como princípio ético-jurídico**. In: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, 2007/2, p. 95-117.

MATURANA, Humberto R. **Emoções e linguagem na educação e na política**. Tradução: José Fernando Campos Fortes. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

\_\_\_\_\_. **Cognição, ciência e vida cotidiana**. Organização e tradução: Cristina Magro e Victor Paredes. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001.

\_\_\_\_\_. VARELA, Francisco. **El árbol del conocimiento: las bases biológicas del entendimiento humano**. Buenos Aires: Lumen, 2003.

MAUÉS, Antônio. WEYL, Paulo. **Fundamentos e marcos jurídicos da educação em direitos humanos**. In: SILVEIRA, Maria Godoy Silveira. **Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos**. João Pessoa: Editora Universitária, 2007.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ORLANDI, Eni Puccinelli. **Educação em direitos humanos: um discurso**. In: SILVEIRA, Maria Godoy Silveira. Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos. João Pessoa: Editora Universitária, 2007.

ROCHA, Leonel Severo. **Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico**. In: ROCHA, Leonel Severo. SCHWARTZ, Germano. CLAM, Jean. Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

ROMAN, Joël. Autonomia e vulnerabilidade do indivíduo moderno. In: PRIGOGINE, Ilya. MORIN, Edgar. **A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

VENTURA, Deisy. Do direito ao método e do método ao direito. In: CERQUEIRA, Daniel Torres de. FILHO, Roberto Fragale (org.). **O ensino jurídico em debate**. Campinas: Millenium, 2007.

VENTURA, Deisy. Monografia jurídica: uma visão prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

YÁÑEZ, Ximena Dávila. MATURANA, Humberto R. Habitar humano em seis ensaios de biologia-cultural. Tradução: Edson Araújo Cabral. São Paulo: Palas Athena, 2009.

**Submetido em: 30 maio. 2018. Aceito em: 17 jul. 2018.**





# ANÁLISE DA POLÍTICA NACIONAL DOS RESÍDUOS SÓLIDOS À LUZ DO PARADIGMA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

*João Luis Nogueira Matias\**  
*Letícia Torquato de Menezes\**

## Resumo

O presente trabalho tem como objetivo analisar a Política Nacional dos Resíduos Sólidos (PNRS) à luz do princípio do desenvolvimento sustentável. A partir do final do século XX, em decorrência do avanço tecnológico e da expansão da indústria, a sociedade passou a consumir mais, tanto em quantidade, quanto em diversidade de produtos. No século XXI, o desenvolvimento da internet e a sua expansão para uma grande parcela da população mundial deu início ao que a doutrina conceitua como sociedade do hiperconsumo. O consumo crescente de produtos e o consequente descarte de resíduos sólidos vêm agravando a poluição ambiental e fazendo com que os países passem a se preocupar com a forma de descarte dos resíduos. No Brasil, essa preocupação deu origem à Política Nacional de Resíduos Sólidos, instituída pela Lei 12.305/2010. O art. 6º da referida lei prevê o desenvolvimento sustentável como um dos princípios que deve nortear a PNRS, o que se pode perceber por meio de diversas outras normas previstas pela PNRS, tal qual a gestão do ciclo dos materiais e a responsabilidade compartilhada dos poluidores. Muito embora a Lei 12.305/2010 tenha sido um passo importante na busca de soluções para o descarte de resíduos sólidos nas últimas décadas, ainda não se mostra suficiente para solucionar a questão, tendo em vista que os municípios não estão sequer colocando em prática as determinações previstas do referido dispositivo legal, sendo indispensável a ação integrada entre o governo federal, os estados e os municípios, bem como da contribuição das empresas privadas e da população em geral. A metodologia utilizada na elaboração do presente artigo foi lógica, dedutiva e bibliográfica.

## Palavras-chave

Consumo. Desenvolvimento sustentável. Política Nacional de Resíduos Sólidos.

## ANALYSIS OF NATIONAL POLICY OF SOLID WASTE IN THE LIGHT OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT PARADIGMA

## Abstract

---

\* Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo - USP (2009). Doutor em Direito público pela Universidade Federal de Pernambuco (2003). Mestre em Direito e desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará (1999). MBA em gestão de empresas FGV/MARPE (2005). Professor Associado, nível III, da Universidade Federal do Ceará e do Centro Universitário 7 de Setembro - UNI7. Ministra as disciplinas "Direito da empresa I" (direito societário), "Ordem jurídica e economia na perspectiva dos direitos fundamentais" e "Meio ambiente, sustentabilidade e direitos fundamentais", respectivamente, na graduação e no Programa de Pós-graduação (Curso de Mestrado e Doutorado). Ex-coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em direito comercial, direito econômico e ambiental, focando seus estudos e trabalhos principalmente nos seguintes temas: direito da empresa, direito da propriedade, efetivação dos direitos fundamentais, relações entre direito e economia, direito ambiental e biodiversidade. Parecerista ad hoc da CAPES.

\* Mestrado em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Pós-graduação em Direito Civil e Processual Civil. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Advogada com experiência em Direito Civil e Administrativo.

The purpose of this study is to analyze the Solid Waste National Policy (PNRS) under the principle of the sustainable development. From the end of the 20<sup>th</sup> Century, because of the technological advances and of the expansion of the industry, the society started to consume more, both in quantity and diversity of products. In the 21<sup>st</sup> Century, the development of the internet and the expansion of its range to a large part of the world population started a standard which was named by the doctrine as the hyper-consumption. The growing consumption of products and the consequent disposal of solid waste is aggravating the environmental pollution, which is causing countries to concern about the disposal of such waste. In Brazil, this concern originated the Solid Waste National Policy, which was established by law n. 12,305/2010. The article 6 of this law provides that the sustainable development must be one of the principles that shall guide the PNRS, which can be perceived in many other provisions of the PNRS, such as the management of life cycle of materials and the shared liability of the polluters. Although Law 12305/2010 was an important step in the search for solutions for the disposal of solid waste in the last decades, it still does not show enough to solve the question, considering that the municipalities are not even putting into practice the determinations Provided for in the aforementioned legal provision, with integrated action between the federal government, states and municipalities, as well as the contribution of private companies and the population in general. The methodology used in the elaboration of this article was logic, deductive and bibliographic.

**Key-words**

Consumption. Sustainable development. Solid Waste National Policy.

## 1. INTRODUÇÃO

O consumo alcançou um lugar de destaque na sociedade atual, razão pela qual está sendo considerada a sociedade do hiperconsumo. O desenvolvimento tecnológico e a expansão da internet a um número surpreendente de usuários desencadeou a mudança das relações interpessoais e a valorização dos bens de consumo. Os produtos não são mais apenas uma forma de satisfazer uma necessidade ou buscar conforto, pois passaram a representar uma espécie de identificação e afirmação do indivíduo.

O aumento do consumo dos mais variados bens gerou o aumento do descarte de resíduos sólidos, o que passou a ser um problema de repercussão global. A disposição desses resíduos de forma inadequada, na maioria das vezes em lixões a céu aberto, além de propiciar doenças aos moradores dos entornos dos lixões, é responsável pela liberação de gases tóxicos derivados da contaminação do solo e pela poluição do lençol freático, podendo atingir comunidades afastadas do foco da poluição.

Tal problemática tem especial enfoque quando se leva em conta que o consumo desenfreado, nos moldes como vem ocorrendo, é responsável pela geração de riqueza sem precedentes. Nesse contexto, o desenvolvimento sustentável passou a ser uma preocupação dos países, resultando, assim, em diversos documentos internacionais, dentre os quais se destaca o Relatório Brundtland, o qual conceituou o desenvolvimento sustentável como a satisfação das necessidades presentes, sem comprometer a possibilidade das futuras gerações satisfazerem suas próprias necessidades.

Como tentativa de enfrentar a problemática do aumento dos resíduos sólidos, foi publicada no Brasil a Lei 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional dos Resíduos Sólidos, e que previu como um de seus objetivos “a busca pelo desenvolvimento sustentável, por meio de diversos instrumentos previstos na própria lei”.

O objetivo do presente trabalho é analisar a Política Nacional dos Resíduos Sólidos à luz do princípio do desenvolvimento sustentável, abordando os instrumentos

previstos no referido diploma legal para alcançar os objetivos da PNRS, especialmente no que concerne à Teoria do Ciclo dos Materiais e à responsabilização compartilhada das pessoas físicas e jurídicas que vierem a causar danos ambientais decorrentes da disposição irregular de resíduos sólidos.

Após a análise do tema, busca-se verificar se a Política Nacional dos Resíduos Sólidos está sendo aplicada e se os objetivos previstos pela Lei 12.305/2010 estão se concretizando, tendo em vista que já se passaram quase cinco anos de sua publicação.

Em relação aos aspectos metodológicos, o tema foi estudado por meio de pesquisa lógica, dedutiva e bibliográfica mediante explicações embasadas em trabalhos publicados sobre a forma de livros, artigos científicos, teses e dissertações. Para fins didáticos, o presente trabalho se divide em três tópicos, distribuídos da forma explicitada abaixo:

No tópico um, procura-se contextualizar a sociedade do hiperconsumo, por meio de breve abordagem histórica, e demonstrar alguns aspectos que levaram ao agravamento do problema da disposição de resíduos sólidos.

Em seguida, no tópico dois, realiza-se uma breve análise dos documentos internacionais que apresentaram o conceito de desenvolvimento sustentável e o colocaram como tema de destaque no cenário internacional ambiental, para posteriormente relacionar a Política Nacional dos Resíduos Sólidos com o paradigma do desenvolvimento sustentável.

No tópico três, será abordada a Política Nacional dos Resíduos Sólidos, seus princípios e objetivos, além de algumas disposições da PNRS que estão em consonância com o princípio do desenvolvimento sustentável e que buscam solucionar o problema da disposição de resíduos sólidos.

Por fim, expõem-se as considerações finais deste estudo, com reflexões acerca da importância da Política Nacional dos Resíduos Sólidos, levando-se em conta a ausência de repercussão direta de suas normas tendo em vista a sua necessidade de aperfeiçoamento e de sistematização conjunta por parte dos entes públicos.

## 2. A SOCIEDADE DO HIPERCONSUMO E O REFLEXO NA DISPOSIÇÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS

O consumo é algo comum ao homem e que o acompanha desde o início das civilizações. O ato de consumir é algo inerente ao ser humano, seja para satisfazer suas necessidades biológicas, seja para obter conforto e prazer.

Se reduzido à forma arquetípica do ciclo metabólico de ingestão, digestão e excreção, o consumo é uma condição, e um aspecto, permanente e irremovível da sobrevivência biológica que nós humanos compartilhamos com todos os outros organismos vivos (ZYGMENT, 2008, p. 37).

A valorização do consumo é um fenômeno que vem acompanhando as gerações a partir da primeira metade do século XX. Com o fim da Segunda Guerra Mundial e o fortalecimento dos grandes oligopólios, a sociedade de consumo começou a delinear seus contornos, que vieram a se firmar com o desenvolvimento tecnológico alcançado na segunda metade do século XX (REICH, 2008).

A massificação da produção e o investimento em novas tecnologias capazes de diminuir o seu custo tornaram o consumo de eletrodomésticos e automóveis muito mais acessível para uma parcela da população que anteriormente participava do ciclo produtivo tão somente como produtores.

O fenômeno que vem atingindo a sociedade moderna desde o final do século XX extrapola o significado atribuído ao consumo, na medida em que este passa a ter um papel de destaque para os indivíduos, deixando de representar uma característica necessária à satisfação de necessidades básicas para se tornar um fator de destaque da sociedade atual.

A cultura material e o consumo são aspectos fundamentais de qualquer sociedade, no entanto, apenas a atual tem sido caracterizada como uma “sociedade de consumo”. Isto significa dizer que o consumo está exercendo uma função acima e além daquela satisfação de necessidades materiais (básicas) e de reprodução social (cultural) comum a todos os demais tipos de sociedade (antigas e atuais), motivo pelo qual se tem afirmado a predominância do que se denomina por consumismo (LEITE, 2015, p. 481).

O desenvolvimento tecnológico e a ampliação do seu acesso a um número surpreendente de indivíduos vêm criando novos padrões de necessidades que extrapolam o conceito de consumo e se tornam consumismo. Os indivíduos passam a projetar nos mais variados produtos expressões de sentimentos que vão desde o conforto e o prazer até demonstrações de poder e sucesso (GILLES, 2007).

Outro fator a que se pode atribuir responsabilidade enquanto catalizador desse impulsivo desejo de compra é o fenômeno da obsolescência programada, que consiste em uma estratégia da indústria de reduzir a durabilidade de algumas mercadorias com o intuito de aumentar a necessidade de consumo de tais produtos, principalmente de eletroeletrônicos que, se descartados de maneira incorreta, são potencialmente danosos ao equilíbrio ambiental.

Se de um lado a tecnologia está em constante evolução, inovando e produzindo melhores produtos, por outro lado estes produtos tornam-se ultrapassados e passam a ser descartados rapidamente.

Tal fato se revela até mesmo na projeção que o indivíduo da sociedade atual realiza de sua própria subjetividade para os produtos que consome. O indivíduo passa a se projetar no carro que dirige, no celular que carrega e nas roupas que veste (ZYG-MUNT, 2008). O consumo passa, assim, a ocupar um espaço muito superior na vida dos indivíduos, os quais passam a consumir uma quantidade maior de produtos e, conseqüentemente, a produzir uma quantidade superior de resíduos sólidos.

O atual panorama apresenta o consumo desenfreado como uma pandemia do mundo pós-moderno. O estímulo permanente ao consumo é a base desse sistema e, aos poucos, o meio ambiente vem mostrando as conseqüências do consumismo no equilíbrio ambiental. O problema da escassez de água, a poluição de rios, a poluição atmosférica e as mudanças climáticas são alguns dos resultados do desequilíbrio ambiental que se intensifica com o aumento da produção e do consumo.

A incapacidade de gestão eficiente e sustentável dos resíduos sólidos foi evidenciada pelo aumento do consumo, pela industrialização ambientalmente irresponsável e pelo aumento da taxa demográfica mundial (LEITE, 2015).

Em decorrência desse modelo de desenvolvimento baseado no consumo, da industrialização ambientalmente irresponsável e do aumento da taxa demográfica mundial, tornou-se perceptível o problema da incapacidade de gerir de forma eficiente e sustentável os resíduos sólidos que estão sendo produzidos em quantidades cada vez maiores (LEITE, 2015).

Segundo o relatório da Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais-ABRELPE, de 2013, o descarte de resíduos sólidos no Brasil, entre 2000 e 2011, aumentou quase 20 milhões de toneladas por ano, e a produção de resíduos sólidos por habitante aumentou de 255,5 quilos para 381,6 quilos, o que confirma o preocupante e crescente problema que o país terá de enfrentar (ABELPRE, 2015).

A diversidade de resíduos sólidos produzidos e o aumento da variedade de resíduos tóxicos e perigosos para a saúde da população e para o meio ambiente local, como lixo nuclear, eletrônico e hospitalar, são alguns dos desafios que deverão ser objeto das agendas ambientais dos países e das organizações internacionais.

O problema se revela tanto no que diz respeito à forma de descarte desses resíduos que vem aumentando desenfreadamente ao longo dos anos, como no que se refere ao impacto ambiental e social proveniente das mais variadas formas de descarte, como a contaminação de lençóis freáticos, a eliminação de gases tóxicos e o aumento do número de famílias que obtém o seu sustento a partir dos resíduos que são descartados de forma indevida, ficando assim expostas a contaminação.

### 3. A EVOLUÇÃO DO PARADIGMA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A partir da segunda metade do século XX, a preocupação com a degradação ambiental e a interligação entre o desenvolvimento econômico e a necessária proteção aos recursos naturais se tornou evidente no cenário internacional.

Em 1972, durante a Conferência da ONU sobre Direitos Humanos e Meio Ambiente, que ocorreu em Estocolmo, na Suécia, é que se apresentou, pela primeira vez, a ideia de desenvolvimento sustentável em oposição ao conceito de crescimento econômico ainda vigente na época, que se baseava no uso cada vez maior dos recursos naturais ainda tidos como inesgotáveis.

Em 1987, o desenvolvimento sustentável foi divulgado como um princípio diretor para o planejamento do desenvolvimento econômico pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Segundo o Relatório Brundtland (1991), também denominado de “Nosso futuro comum”, o desenvolvimento é sustentável quando satisfaz as necessidades presentes sem comprometer a possibilidade das futuras gerações satisfazerem suas próprias necessidades.

O Relatório apontou a incompatibilidade entre os meios de produção vigentes à época e o desenvolvimento sustentável, propondo diversas medidas para se alcançar

o desenvolvimento sustentável, tais como a limitação do crescimento populacional, a garantia de recursos básicos, a diminuição do consumo de energia, o desenvolvimento de fontes energéticas renováveis, o controle da urbanização e integração entre campo e cidade, a proteção dos ecossistemas e a adoção de uma política de desenvolvimento sustentável, propondo, às lideranças, uma nova forma de produzir sem degradar o meio ambiente (DERANI, 2008).

Em 1992, ocorreu no Rio de Janeiro a Conferência da ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, denominada de Rio 92, em que foram elaborados dois importantes documentos, a Carta da Terra, renomeada de Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente, que previu os princípios do desenvolvimento sustentável já inserido no art. 225 da CF, e a Agenda 21 que prevê um conjunto de recomendações com o objetivo de efetivar o princípio do desenvolvimento sustentável.

Em 2002, a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, ou “Rio+10”, que ocorreu em Johannesburgo, colocou em pauta as discussões e as soluções propostas no “Rio 92”. A preocupação centrava-se em questões como: poluição, camada de ozônio, mudanças climáticas, desmatamento, perda da diversidade biológica, responsabilidade, precaução e avaliação do impacto ambiental.

Nessa ocasião, com o intuito de melhor delinear o conceito tradicional de desenvolvimento sustentável apresentado pelo Relatório Brundtland, firmou-se esse conceito em três elementos de sustentação: economia, sociedade e meio ambiente. A sustentabilidade passou a integrar três conceitos que deveriam ser interligados, quais sejam: economicamente viável, ecologicamente correto e socialmente justo (LEITE; FERREIRA; CAETANO, 2012).

Vinte anos após a “Rio 92”, foi realizada a Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável, conhecida como “Rio+20”, novamente no Rio de Janeiro, onde se esperava que fossem definidas ações concretas para estimular a “economia verde”. Os principais temas ali discutidos foram: a economia verde no contexto do desenvolvimento sustentável e da erradicação da pobreza e a estrutura institucional para o desenvolvimento sustentável.

O conceito de desenvolvimento sustentável apresentado pela primeira vez pelo Relatório Brundtland inseriu a agenda ambiental nos processos decisórios de ordem econômica e desenvolvimentista, vindo a ganhar força no cenário internacional e se tornar um elemento de interface entre o desenvolvimento econômico, a proteção ao meio ambiente e o respeito aos direitos humanos (SANTOS, 2009).

Muito embora seja inegável a importância da apresentação do conceito de desenvolvimento sustentável pelo Relatório Brundtland, trata-se de um conceito abstrato que leva a diversas interpretações, o que pode permitir que esse conceito seja reproduzido no discurso desenvolvimentista sem que de fato tenha alguma repercussão na forma como vem sendo tratada a política econômica, qual seja, a busca pelo crescimento econômico desenfreado sem que haja qualquer preocupação com as repercussões ambientais ou com a extinção de recursos naturais (SARLET, 2011).

O conceito de desenvolvimento sustentável proposto pelo Relatório Brundtland ao se referir às necessidades das presentes e das futuras gerações deixa espaço para que se questione acerca da extensão da proteção ambiental, tendo em vista que as

necessidades de uma geração podem não ser iguais às de sua antecessora. A proteção às necessidades das futuras gerações será, assim, garantida no mesmo patamar a que está acostumada a geração atual ou deve-se propiciar a redução dos níveis de consumo e produção e, conseqüentemente, da degradação ambiental? (SANTOS, 2009)

A fim de precisar o conceito, a doutrina tem classificado a sustentabilidade em fraca ou forte. A sustentabilidade fraca seria o modelo segundo o qual o desenvolvimento sustentável seria alcançado por meio da substituição dos recursos naturais por bens de capital, assegurando, assim, a continuidade do crescimento econômico (MATIAS, 2015).

A sustentabilidade forte, por outro lado, seria o modelo segundo o qual o crescimento econômico seria afetado pela ausência de capital natural, ou seja, recursos naturais. A proteção ao meio ambiente seria prioridade na medida em que o crescimento econômico ficaria subordinado à proteção dos recursos naturais (MATIAS, 2015).

Assim sendo, percebe-se que tanto a economia quanto a sociedade integram a grande teia da vida, criando uma estrutura que se faz representar por círculos concêntricos assim organizados: tem-se no centro a economia como um subsistema da sociedade, que abrange aspectos de ordem econômica, como subsistema de uma engrenagem ainda mais ampla: o meio ambiente (LEITE; FERREIRA; CAETANO, 2012, p. 138).

O conceito de desenvolvimento sustentável e sua presença constante na agenda internacional foram grandes avanços para a formação de uma ética voltada para a proteção do meio ambiente. Ainda assim, deve-se repensar a forma como vem sendo tratado, na prática, o conceito de desenvolvimento sustentável, a fim de se perceber se os objetivos econômicos ainda estão se sobrepujando aos demais elementos basilares do desenvolvimento sustentável, quais sejam o equilíbrio ecológico e a justiça social.

A problemática do aumento crescente dos resíduos sólidos e da diversidade de resíduos tóxicos e perigosos para a saúde humana se encaixam nessa abordagem do desenvolvimento sustentável na medida em que o aumento desenfreado do consumo pela atual sociedade de risco e o conseqüente aumento do descarte de resíduos sólidos, os quais decorrem do crescimento econômico atual, vai de encontro ao desenvolvimento sustentável que deveria nortear as políticas econômicas dos países e das empresas em geral.

#### 4. A POLÍTICA NACIONAL DOS RESÍDUOS SÓLIDOS À LUZ DO PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Após 21 anos de tramitação no Congresso Nacional, foi aprovada a Lei 12.305/2010 que dispõe acerca da Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), prevendo os princípios, objetivos, instrumentos e diretrizes do gerenciamento dos resíduos sólidos, bem como as responsabilidades dos geradores de resíduos e do poder público.

A Política Nacional dos Resíduos Sólidos apresenta uma visão sistêmica e preventiva da disposição dos resíduos na medida em que trata de todo o ciclo de vida dos produtos deixando clara a necessidade de se reduzir a produção de resíduos sólidos, e que, conforme o disposto no art. 5º da Lei 12.305/2010, integra a Política Nacional do Meio Ambiente e articula-se com a Política Nacional de Educação Ambiental e com a Política Federal de Saneamento Básico.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos foi formulada de acordo com os princípios previstos no art. 6º da Lei 12.305/2010, quais sejam: prevenção e precaução; poluidor pagador e protetor recebedor; visão sistêmica que considere as variáveis ambiental, social, cultural, econômica, tecnológica e de saúde pública; desenvolvimento sustentável; ecoeficiência; cooperação entre as diferentes esferas do poder público, o setor empresarial e os demais segmentos da sociedade; responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos; o reconhecimento dos resíduos sólidos recicláveis como bens econômicos e de valor social; respeito às diversidades locais e regionais; direito à informação e ao controle social e razoabilidade e proporcionalidade.

O princípio do desenvolvimento sustentável, a que se dará especial enfoque por conta da brevidade deste artigo científico, está presente em todo o texto da Lei 12.305/2010 e dele decorrem outros princípios, como o princípio da ecoeficiência, segundo o qual se busca satisfazer as necessidades humanas e alcançar qualidade de vida, a partir da diminuição do impacto ambiental e do consumo de recursos naturais (LEITE, 2015).

Este princípio prima pela desmaterialização da produção, utilizando-se menos matéria prima natural, otimizando-se o uso de recursos energéticos, diminuindo-se a poluição e descarte de resíduos sólidos, primando-se pela utilização de tecnologias limpas e pela projeção de produtos duradouros, com materiais de baixo impacto ambiental e facilmente reutilizáveis e recicláveis (LEITE, 2015, p. 485).

No art. 7º da Lei 12.305/2010 estão previstos os objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos, dentre as quais destaca-se a não geração, redução, reutilização, reciclagem e tratamento dos resíduos sólidos, bem como disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos. Nesse inciso do art. 7º o legislador previu o que a doutrina denominou de Teoria do Ciclo dos Materiais.

Segundo essa teoria, se faz necessário repensar o problema dos resíduos sólidos durante todo o ciclo de vida dos materiais, e não somente no momento em que mais é perceptível a extensão do problema, ou seja, na fase de consumo e descarte final. A origem do problema do crescente aumento dos resíduos sólidos se dá já na fase de extração das matérias-primas e produção dos bens de consumo, tendo em vista que, em atenção ao princípio do desenvolvimento sustentável, é possível optar, por exemplo, por materiais recicláveis e que apresentem reduzido grau de toxicidade (SANTOS, 2009).

A boa gestão do ciclo dos materiais pode ser salutar para a redução da quantidade de resíduos sólidos descartados anualmente, uma vez que se aumenta o reaproveitamento dos materiais descartados, reduz-se a extração de matéria prima e, por consequência, diminui-se o que é descartado como rejeito final.

O último relatório produzido pela Pesquisa Nacional de Saneamento Básico de 2008, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, IBGE, forneceu dados alarmantes. Segundo o referido relatório, mais de 40% dos resíduos sólidos produzidos no Brasil tem como destino final vazadouros a céu aberto, os popularmente conhecidos lixões, enquanto apenas 27,7% são depositados em aterros sanitários com capacidade para receber tais resíduos e realizar o tratamento dos materiais recicláveis, e 22,5% tem como destino final aterros controlados (IBGE, 2015).

O alarmante percentual de resíduos sólidos que tem como destino final vazadouros a céu aberto, em que ocorre a contaminação do solo e do lençol freático e a que são expostas as populações que vivem no entorno dos lixões, bem como dos catadores que obtém o seu sustento do reaproveitamento de produtos descartados, demonstra a importância da criação da Política Nacional de Resíduos Sólidos e a necessidade de que seus objetivos sejam atingidos por meio de ações afirmativas do poder público.

Além do aumento da produção de resíduos sólidos, depara-se com uma nova realidade, qual seja, a produção de resíduos cada vez mais perigosos. Os resíduos produzidos pela sociedade de risco apresentam novos elementos que ampliam os danos e riscos ao meio ambiente (LEITE, 2015, p. 482).

A Política Nacional dos Resíduos Sólidos previu em seu art. 30 a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, o que demonstra a adoção pela Lei 12.305/2010 da Teoria do Ciclo dos Materiais, a qual atribui responsabilidade a todos que participam do ciclo de produção e consumo de produtos que darão origem a resíduos sólidos.

O parágrafo único do art. 30, da Lei 12.305/2010, prevê os objetivos da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, quais sejam: compatibilizar interesses entre os agentes econômicos e sociais e os processos de gestão empresarial e mercadológica com os de gestão ambiental; promover o aproveitamento de resíduos sólidos; reduzir a geração de resíduos sólidos, o desperdício de materiais, a poluição e os danos ambientais; incentivar a utilização de insumos de menor agressividade ao meio ambiente e de maior sustentabilidade; estimular o desenvolvimento de mercado, a produção e o consumo de produtos derivados de materiais reciclados e recicláveis; propiciar que as atividades produtivas alcancem eficiência e sustentabilidade e incentivar as boas práticas de responsabilidade socioambiental.

A responsabilidade compartilhada adotada pela Lei 12.305/2010 reflete a ideia de que se faz necessária a atuação em conjunto dos diversos atores sociais sob pena de inviabilizar o cumprimento das diretrizes instituídas pela Política Nacional de Resíduos Sólidos.

A Lei 6.938 de 1981 apresentou em seu art. 3º, inciso IV, o conceito de poluidor como a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental. A referida lei, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, deixou claro que a responsabilidade pelo dano ambiental pode ser atribuída a qualquer pessoa física ou jurídica que para ele tenha contribuído, ainda que de forma indireta (BAARS; CUNHA, 2015).

O art. 51 da Lei 12.305/2010 expressamente estabelece que a ação ou omissão das pessoas físicas ou jurídicas que não observarem o disposto na referida lei irá gerar o dever de reparar os danos causados, independentemente da existência de culpa, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

A previsão da responsabilidade compartilhada das pessoas físicas ou jurídicas que derem causa a danos ambientais pela Política Nacional de Resíduos Sólidos demonstra que o caráter sistêmico e integrador da referida lei está presente tanto no que concerne ao ciclo dos materiais quanto à responsabilidade por danos ambientais, independente do momento do ciclo em que ocorra o dano e da existência de culpa.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos demonstrou diversas vezes sua adequação ao Princípio do Desenvolvimento Sustentável, seja na previsão expressa de seus princípios e objetivos, seja nos instrumentos que utilizou para garantir o cumprimento de suas normas.

A PNRS, instituída pela Lei 12.305/2010, deve ser interpretada como um avanço legislativo quanto à normatização e à regulamentação da disposição de resíduos sólidos, tema de tamanha importância para a sociedade de risco do século XXI e que abrange tanto a proteção ao meio ambiente quanto à saúde das populações que vivem no entorno dos locais onde ainda é depositada irregularmente a maior parte do lixo produzido no Brasil.

## 5. CONCLUSÃO

A Política Nacional de Resíduos Sólidos, muito embora tenha sido publicada com certo atraso, tendo em vista que sua tramitação no Congresso Nacional se postergou por 21 anos, inaugurou no Brasil um instrumento legislativo voltado especificamente para a questão dos resíduos sólidos.

Integrada com a Política Nacional do Meio Ambiente e articulada com a Política Nacional de Educação Ambiental e com a Política Federal de Saneamento Básico, a PNRS demonstra uma abordagem sistemática e integrada da problemática, a qual vem se agravando ao longo do tempo.

A PNRS previu dentre os seus princípios norteadores o princípio do desenvolvimento sustentável, tendo adequado suas normas com vistas a alcançar a sustentabilidade e encaixar os elementos necessários à eficácia do desenvolvimento sustentável, quais sejam, viabilidade econômica e ecológica e justiça social.

Muito embora a Lei 12.305/2010 tenha sido um passo importante na busca de soluções para o aumento do descarte de resíduos sólidos nas últimas décadas, ainda não se mostra suficiente para solucionar a questão, tendo em vista a necessidade de uma ação integrada entre o governo federal, os estados e os municípios, bem como da contribuição das empresas privadas e da população em geral.

O art. 54 da PNRS prevê que a disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos deveria ser implementada em até quatro anos após a data de publicação da Lei 12.305/2010, que se deu em agosto de 2010. O referido dispositivo estimulou o prazo de quatro anos para que fossem eliminados os vazadouros a céu aberto,

conhecidos popularmente como lixões, que deveriam ser substituídos por aterros sanitários devidamente preparados para receber os diversos tipos de resíduos sólidos sem prejuízo ao solo, ao lençol freático ou a saúde dos moradores de seus arredores, prazo que findou em agosto de 2014.

Muito embora a última Pesquisa Nacional de Saneamento Básico tenha sido realizada pelo IBGE antes da publicação da referida lei, o que se pode perceber é que a maioria dos municípios não realizou ações afirmativas com o intuito de se adequar à determinação legal, pressupõe-se que por falta de verba pública ou pela dificuldade técnica em realizar as modificações necessárias, razão pela qual a determinação legal não alcançará o objetivo de extinguir ou, pelo menos, reduzir substancialmente, a quantidade de lixões nos municípios brasileiros.

A incapacidade dos municípios brasileiros, principalmente os pequenos municípios, de se adequarem ao disposto na Política Nacional de Resíduos Sólidos demonstra a necessidade de os estados agirem em conjunto com os municípios na busca pela efetivação das normas dispostas na Política Nacional de Resíduos Sólidos, tendo em vista que o prejuízo decorrente da disposição indevida, como vem sendo realizada, dos resíduos sólidos causará danos irreparáveis ao meio ambiente e à população, que perpassam os limites territoriais.

## REFERÊNCIAS

- ABRELPE. **Panorama de Resíduos Sólidos.** Disponível em: <[http://www.abrelpe.org.br/panorama\\_envio.cfm?ano=2011](http://www.abrelpe.org.br/panorama_envio.cfm?ano=2011)>. Acesso em: 13 jun. 2015.
- BAARS, Ariane; CUNHA, Solange Silva Alvares. **Reflexões sobre a responsabilidade ambiental e os resíduos sólidos no século XXI.** In: Congresso Brasileiro de Direito Ambiental, 20, 2015, São Paulo. Anais. São Paulo: Instituto o Direito por um Planeta Verde, 2015.
- BELCHIOR, Germana Parente Neiva; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Resíduos Sólidos e Políticas Públicas: Diálogos entre a Universidade, Poder Público e Empresa.** Florianópolis: Editora Insular, 2014.
- COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso futuro comum.** Rio de Janeiro: FGV, 1991. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/12906958/Relatorio-Brundtland-Nosso-Futuro-Comum-Em-Portugues>>. Acesso em: 13 jun. 2015.
- DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GILLES, Lipovetsky. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo.** Tradução Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- IBGE. Diretoria de Pesquisas. Departamento de População e Indicadores Sociais. **Pesquisa Nacional de Saneamento Básico 2008.** Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/pnsb2008/PNSB\\_2008.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/pnsb2008/PNSB_2008.pdf)>. Acesso em: 14 jun. 2015.
- LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Manual de Direito Ambiental.** São Paulo: Saraiva, 2015.
- LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, HelineSivini; CAETANO, Marcus Almeida. (Org.). **Repensando o Estado de Direito Ambiental.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

MATIAS, João Luis Nogueira. **Economia Ambiental: o equilíbrio por meio do desenvolvimento sustentável.**In: Congresso Brasileiro de Direito Ambiental, 20, 2015, São Paulo. Anais. São Paulo: Instituto o Direito por um Planeta Verde, 2015.

META de extinguir lixões até 2014 esbarra em pequenos municípios. Terra, São Paulo, 23 dez. 2013. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/ciencia/sustentabilidade/meta-de-extinguir-lixoes-ate-2014-esbarra-em-pequenos-municipios.html>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

REICH, Robert B. **Supercapitalismo: como o capitalismo tem transformado os negócios, a democracia e o cotidiano.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SANTOS, Juliana Vieira. **A gestão dos resíduos sólidos urbanos: um desafio.** 2009. 271 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito Constitucional Ambiental: estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZYGMUNT, Bauman. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias.**

Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Ed., 2008.

Submetido em: 08 jun. 2018. Aceito em: 19 dez. 2018.



## FÉ CEGA, FACA AMOLADA: O DIÁLOGO DAS RELIGIÕES BRASILEIRAS DE MATRIZ AFRICANA COM A ÉTICA AMBIENTALISTA

*Heron José de Santana Gordilho\**  
*Rejane Francisca dos Santos Mota\**  
*Marines Ribeiro de Souza\**

### Resumo

Este artigo analisa como o mito de que as religiões afro-brasileiras são degradadoras do meio ambiente e as razões históricas e sociais para a construção desse discurso discriminatório. Em seguida, visando à superação desse discurso, o artigo demonstra como as religiões brasileiras de matriz africana são biocêntricas, pois consideram o homem como mais um elemento da natureza, e ainda quando fazem oferendas às suas divindades, o fazem a partir de um ritual de sacralização do animal que servirá de alimento para a comunidade. Por meio de uma pesquisa bibliográfica, esta pesquisa utiliza elementos da Antropologia Cultural para promover um diálogo intercultural entre os fiéis das religiões de matriz africana e os animalistas. O artigo conclui que em uma sociedade plural e multiétnica, o Estado deve proteger o meio ambiente, mas também assegurar a celebração dos cultos das diversas religiões que existem e devem conviver pacificamente no Brasil.

---

\* Pós-Doutor pela Pace University Law School, Nova York, onde é Coordenador Regional do Instituto Brasileiro Americano de Direito e Meio Ambiente (BAILE). Doutor em Direito na Universidade Federal de Pernambuco. Coordenador do Programa Pós-Graduação da UFBA. Membro da União Internacional para a Conservação da Natureza e dos Recursos Naturais (UICN). Editor-Chefe da Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. Editor-chefe da Revista Brasileira de Direito Animal. Presidente da Asociación Latinoamericana de Derecho Animal (ALDA). Tem experiência nas áreas de Direito Animal, Direito Ambiental e Direito Constitucional, atuando principalmente em pesquisas sobre Direito Animal e pós-humanismo nos tribunais.

\* Pós-doutora em Ciências da Educação pela Universidade de Frankfurt (2004). Doutora em Educação pela Universidade de São Paulo (2000), com estágio sandwich na Universidade de Frankfurt. Mestre em Educação pela Universidade Federal do Ceará (1995). Graduada em Serviço Social pela Universidade Estadual do Ceará (1992), especialista em Ciência Política pela Universidade Federal do Ceará (1994). Atualmente é professora adjunto da Universidade Estadual do Ceará. Leciona no curso de Serviço Social, no Mestrado Profissional em Planejamento e Políticas Públicas e no Programa de Pós-Graduação em Educação da UECE. Tem experiência na área de Educação, com ênfase em Ensino Profissionalizante, atuando principalmente nos seguintes temas: educação profissional; política e planejamento da educação profissional e tecnológica; educação superior: ensino médio; ensino médio integrado à educação profissional; juventude e trabalho; política e formação docente; formação do trabalhador. Foi bolsista de Inovação Tecnológica da FUNCAP entre 2009 e 2011. Parecerista Ad Hoc da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. Pesquisadora CNPq. Tutora do Programa de Educação Tutorial (PET) do Curso de Serviço Social da UECE.

\* Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Graduação em Direito pela Universidade Católica do Salvador e graduação em Secretariado Executivo pela Universidade Católica do Salvador. Servidora do Ministério Público do Estado da Bahia atuando na Promotoria de Justiça Ambiental. Integrante do Grupo de Pesquisa: Núcleo Interdisciplinar de Ensino, Pesquisa e Extensão em Direitos dos Animais, Meio Ambiente e Pós-humanismo da Universidade Federal da Bahia. Diretora Financeira do Instituto Abolicionista Animal.

## Palavras-chave

Racismo ambiental; Liberdade religiosa; Multiculturalismo; Relativismo cultural.

## BLIND FAITH, SHARP RAZORS: THE DIALOGUE BETWEEN BRAZILIAN AFRICAN ORIENT-ED RELIGIONS AND ENVIRONMENTAL ETHICS

### Abstract

This article analyzes how the myth that Afro-Brazilian religions are degrading the environment and the historical and social reasons for the construction of this discriminatory discourse. Then, in order to overcome this discourse, the article demonstrates how the Brazilian religions of African origin are biocentric, since they consider man as another element of nature, and even when they make offerings to their deities, they do so from a ritual of sacralization of the animal that will serve as food for the community. Through a bibliographical research, this research uses elements of Cultural Anthropology to promote an intercultural dialogue between the faithful of the religions of African matrix and the animalists. The article concludes that in a plural and multiethnic society, the state must protect the environment, but also ensure the celebration of the cults of the various religions that exist and must live peacefully in Brazil.

### Key words:

Environmental racism; Religious freedom; Multiculturalism; Cultural relativism.

## 1. INTRODUÇÃO

O surgimento das religiões brasileiras de matriz africana resultaram do encontro forçado de negros advindos da África que, escravizados, acabaram se unindo em torno de terreiros para o culto de suas divindades ancestrais. Desde a origem, pelo fato desse tipo de culto ser rechaçado pela elite branca colonizadora, as religiões afro-brasileiras sofrem o preconceito e intolerância por parte do Estado e dos grupos sociais dominantes.

Ultimamente, o discurso sobre a questão ambiental tem sido utilizado para estigmatizar ainda mais esta prática religiosa, que passou a ser acusada de degradar a natureza, seja porque as suas oferendas que são colocadas ao ar livre, mas principalmente, pelo sacrifício de animais, que para muitos representa uma prática de crueldade contra os animais.

O mito de que as religiões afro-brasileiras degradam o meio ambiente vem sendo utilizado - mesmo por pessoas progressistas - para estigmatizar os seus adeptos, um tipo de discurso que revela um profundo desconhecimento dos significados rituais dessas práticas, bem como das éticas ambientais biocêntricas.

Nesse contexto, a pretensão deste artigo é avaliar como se construiu o mito segundo o qual as religiões afro-brasileiras são degradadoras do meio ambiente, identificando as suas características para demonstrar o equívoco daqueles que consideram as suas práticas rituais incompatíveis com a proteção do meio ambiente.

Inicialmente, este artigo vai analisar se como se construiu o mito de que essas religiões degradam o meio ambiente, apresentando as razões históricas e sociais para a construção desse discurso discriminatório.

Em seguida, analisará o racismo ambiental que está por detrás desse tipo de discurso que associa as religiões brasileiras de matriz africana à degradação ambiental. Por fim, visando à superação desse discurso, o artigo irá demonstrar que as religiões brasileiras de matriz africana, longe de serem antropocêntricas, são biocêntricas, pois consideram o homem como mais um elemento da natureza, e ainda quando fazem oferendas às suas divindades, o fazem a partir de um ritual de sacralização.

## 2. OS CULTOS DAS RELIGIÕES BRASILEIRAS DE ORIGEM AFRICANA DEGRADAM O MEIO AMBIENTE?

A partir dos anos 70, com o advento da lei da Política nacional do Meio Ambiente, o Estado brasileiro adota a receita solidarista (todos em favor do Estado), momento em que começa a se destacar a preocupação com o meio ambiente ecologicamente equilibrado, e o próprio Estado passa a ter o dever de protegê-lo juntamente com a sociedade. Assim, a ecologia, que antes era problema de cada comunidade, passa a ser uma questão política e jurídica a ser enfrentada pelo estado brasileiro.

Essa mudança decorre da crise ambiental pós segunda Guerra Mundial, que impôs aos Estados uma crise multifacetária e global, com capacidade de afetar não apenas as gerações atuais, mas também as gerações futuras.

A partir da década de 70, a constitucionalização do meio ambiente se tornou uma tendência internacional, já que, dentre outras coisas, a crise do petróleo levou as elites políticas e intelectuais a tomar de consciência dos limites do crescimento econômico e da esgotabilidade dos recursos naturais<sup>1</sup>.

Sobre isso, esclarece Vasco Pereira:

O Estado Social desconhecera em absoluto o problema da ecologia, imbuído como estava da “ideologia otimística” do crescimento econômico, qual “milagre” criador de progresso e de qualidade de vida. A ilusão da “imparabilidade” e da “inevitabilidade” do desenvolvimento econômico, gerada pelo êxito da “receita Keyesana” na resolução das crises deflacionistas do início do século, através do “efeito multiplicador” das despesas públicas que decorriam da intervenção do Estado na economia para corrigir as disfunções do mercado, criara uma “confiança cega” – ou, se me é partida a ironia, uma espécie de “insana alegria pateta” – relativamente à perenidade das soluções e dos modelos encontrados, que não resistiria aos embates com as novas realidades do “monstro” da “estagnação”. (PEREIRA, 2002, p.18).

Com a necessidade de retificação deste paradigma antropocêntrico, os Estados passaram a adotar o compromisso ético de não empobrecer o planeta e sua biodiversidade, e depois do relatório do Clube de Roma/MIT (Instituto de Tecnologia de Massachusetts) e da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (Estocolmo-72), a perspectiva da questão ambiental na década de 70 passou a ser considerada “crise de sobrevivência”, de modo que os desequilíbrios ambientais passaram a ser vistos como um problema de escassez<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> GORDILHO, Heron José de Santana. **Abolicionismo animal**. Salvador: Evolução, 2008, p.24.

<sup>2</sup> BOAES, Antonio Giovanni & OLIVEIRA, Rosalira dos Santos. **Religiões Afro-Brasileiras e Ética Ecológica: Ensaio de Aproximações**. In: Revista Brasileira de História das Religiões. ANPUH, Ano III, n. 9, Jan. 2011, p. 102.

Uma questão meramente política assume agora uma natureza filosófico-jurídica, uma vez que o direito ambiental passa a ser concebido como um direito humano de terceira geração. A partir de então, a preocupação com o destino da natureza adquire uma dimensão coletiva, e se torna um “problema político” para as sociedades modernas.

Vasco Pereira (2002, p. 21) afirma que:

A consideração do direito ao ambiente como direito do Homem resulta da necessidade de repensar a posição do indivíduo na comunidade perante os novos desafios colocados pelas modernas sociedades. E se a dignidade da pessoa humana constitui o fundamento dos direitos humanos, a sua realização em cada momento, exige um esforço de adaptação e de aprofundamento, que é determinado pelas concretas circunstâncias históricas.

De fato, como reação ao crescimento econômico surgem novas correntes ambientalistas que se diferenciam a partir da relação do homem com a natureza. No “culto ao silvestre”, “evangelho da ecoeficiência” ou “ecologismo dos pobres”, por exemplo, a natureza é vista como intocável, de modo que os ambientalistas devem colocar em discussão ações de retaguarda para preservar e manter os espaços que remanesceram com a urbanização das cidades.

Segundo Martinez Alier (2009, p.24):

A principal proposta política dessa corrente do ambientalismo consiste em manter reservas naturais, denominadas parques nacionais ou naturais, ou lago semelhantes, livres da interferência humana.

[...] Uma reserva natural poderia admitir alguns visitantes, mas não habitante humanos.

Nesta corrente, denominada de “evangelho da ecoeficiência”, há uma preocupação com a economia em sua totalidade, mesmo porque o crescimento econômico não pode ocorrer a qualquer custo. Assim, esta corrente pugna pelo desenvolvimento sustentável através da modernização ecológica e da utilização racional dos recursos naturais, com a crença de que as novas tecnologias e a ‘internalização das externalidades’ se constituem em instrumentos decisivos para a modernização ecológica”<sup>3</sup>.

A terceira corrente, por sua vez, chama atenção para a série impactos que o crescimento econômico provoca no meio ambiente, enfatizando que estes impactos quando não solucionado pela política econômica ou pelas inovações tecnológicas atingem desproporcionalmente alguns grupos sociais.

O “ecologismo dos pobres” é uma corrente da ética ecologista que luta em favor das minorias, denunciando o racismo ambiental, de modo que as suas preocupações socioambientalistas se voltam para a questão da sustentabilidade entre os povos indígenas e entre as populações rurais pobres (ditas tradicionais).

Para MARTINEZ ALIER (2009, p. 34) :

O eixo principal dessa terceira corrente não é uma reverência sagrada a natureza, mas, antes, um interesse material pelo ambiente como fonte de con-

---

<sup>3</sup> MARTINEZ ALIER, Juan. **O Ecologismo dos Pobres: conflitos ambientais e linguagens de valorização**. São Paulo: Contexto, 2009, p. 38-9.

dição para a subsistência; não em razão de uma preocupação relacionada com o direito das demais espécies e das futuras gerações de humanos mas, sim, pelos humanos pobres de hoje. Essa corrente não compartilha com os mesmos fundamentos éticos (nem estéticos) do culto ao silvestre. Sua ética nasce de uma demanda por justiça social contemporânea entre os humanos.

A crítica direcionada aos preservacionistas/conservacionistas é justamente por eles não ostentarem uma efetiva preocupação social, focando basicamente na conservação da natureza e nos conhecimentos oriundos das ciências naturais, o que denota uma preocupação exclusiva com animais ou plantas, olvidando-se do ser humano e dos grupos sociais.

Segundo esta corrente, a proteção a vida selvagem através da criação de parques e reservas naturais tem sido um dos principais elementos de estratégia para a conservação da natureza, entretanto ao não permitir a moradia das pessoas em seu interior demonstra uma preocupação excessiva com o meio ambiente.

A natureza, vista como um objeto intocado ou intocável afastada do homem que somente deve reverenciá-la ou admirá-la, levanta inúmeros problemas de caráter político, social e econômico, como o olhar que se tem sobre as populações tradicionais, que passam a ser vistas como destruidoras da vida selvagem, desprezando oportunidades reais de incorporá-las no projeto de conservação.

Para Antônio Carlos Diegues (2001, p.12) a natureza não se reduz, como querem os preservacionistas puros, a uma simples questão de conservação do mundo natural, e mesmo da proteção da biodiversidade:

Conservacionistas tradicionais vêem o valor estético, biológico e ecológico, mas não necessariamente vêem as populações humanas. Muitas vezes eles não conseguem ver os efeitos das ações humanas do passado ou do presente, nem diferenciar os diversos tipos de uso, ou reconhecer o valor econômico de um uso sustentado.

De fato, o modelo conservacionista/preservacionista, ao reivindicar uma preservação absoluta da vida selvagem, excluída todas as atividades humanas do local, impacta diretamente a prática dos cultos religiosos de matriz africana, que se vêem proibidas de realizarem as suas práticas rituais (oferendas, as velas e os animais sacrificados e oferecidos aos orixás).

### 3. A CRIMINALIZAÇÃO DAS PRÁTICAS E RITUAIS DAS RELIGIÕES AFRO-BRASILEIRAS

A importância da religião é ainda mais fulcral na modernidade, quando ocorre a mudança nas relações sociais e na percepção dos indivíduos e das coletividades sobre a segurança e a confiança, com o conseqüente rompimento da estabilidade entre as comunidades e a tradição, o que faz com que indivíduo se sinta cada vez mais isolado no mundo.

Como o apoio psicológico e o sentimento de segurança estão mais presentes em ambientes tradicionais, ao analisar as sociedades modernas Marcelo Alonso Morais (2013, p. 23) adverte que:

Somos movidos por uma lógica materialista e produtivista, que tenta neutralizar diversidade por meio de um processo de padronização. Portanto, o

que quero dizer é que, em tempos modernos, o desenvolvimento científico e tecnológico foi fundamentado na obtenção, controle e exploração dos recursos naturais, a fim de sustentar a lógica de consumo. O pensamento dominante, baseado na razão, traduz-se em uma elaboração e uso de técnicas eficientes de produção e em formas eficazes de controle da natureza para atender os consumidores.

É que a Modernidade representa uma homogeneização bastante rígida, que se recusa a relativizar o contexto sociocultural existente, de modo que as sociedades locais, com base em tradições religiosas, passam a ser consideradas sociedades arcaicas passíveis da influência global e homogeneizadora das religiões cristãs.

Segundo Diegues (2001,p.43), ao desvalorizar o saber tradicional:

O conhecimento dá poder [...] O poder dos antigos ou dos sábios, o dos feiticeiros ou dos curandeiros, nas sociedades arcaicas, é um poder dos superconhecedores. O poder sacerdotal das sociedades antigas é um poder de superconhecedores. O poder tende a monopolizar o conhecimento, para conservar o monopólio de seu poder, e assim, o conhecimento se torna secreto, esotérico. Assim, portanto, os Grandes Sacerdotes, Iniciados, Universitários, Cientistas, Experts, Especialistas tendem a se constituir em castas arrogantes, dispondo de privilégios e de poderes.

O projeto de Modernidade impôs um modelo de desenvolvimento que elimina as resistências ao discurso homogeneizador, o que somente pode ocorrer através da dominação e da apropriação desses saberes tradicionais.

Nesse contexto, o desenvolvimento se reduz a crescimento econômico, abstração feita dos valores e saberes das tradições religiosas, aumentando ainda mais as desigualdades e injustiças sociais.

Para Marcelo Moraes (2013, p. 28):

A desordem ambiental deve ser vista, portanto, não como um simples problema de descumprimento de normas e regras, mas sim a partir da incompatibilidade das propostas oficiais de desenvolvimento e modernização, que dessacralizam a natureza e as necessidades da população com suas múltiplas identidades.

Com efeito, ao promover a separação entre o homem e a natureza, esta passa a ser definida por exclusão, vale dizer, a natureza passa a ser definida como tudo aquilo que está fora da esfera da intervenção humana.

Sabemos que a discriminação é a diferenciação que marca ou isola negativamente certas pessoas, causando a diminuição de sua autoestima, ao fazer que sobre ela incida um juízo depreciativo, formulado aprioristicamente, e na compreensão da dinâmica racial brasileira é preciso levar em consideração que há diversas formas de racismo, onde a segregação, consubstanciada em atos discriminatórios, é apenas a sua forma mais ostensiva de manifestação.

Discriminações intencionais implícitas: são aquelas em que o critério discriminatório não está previsto em lei. É na aplicação da lei que se aparece o fator discrimina-

tório, uma vez que após a análise dos resultados obtidos com a sua aplicação verifica-se que um grupo de pessoas é desfavorecido em relação a outro<sup>4</sup>.

No Brasil a prática racista é na maioria das vezes uma prática velada, que utiliza um discurso supostamente baseado em argumentos científicos ou jurídicos para se legitimar, ainda que o seu verdadeiro escopo seja a estigmatização de determinados segmentos raciais e/ou religiosos.

É que as ideias e estereótipos vigentes em relação aos negros, embora tenham surgido como parte da ideologia do grupo branco dominante com o intuito de defender seus interesses frente aos interesses do restante da população, tornaram-se elementos marcantes da cultura nacional, de modo que este referencial discriminatório atua sobre os negros, não apenas de fora, como manifestações alheias, mas também de dentro, como modos de pensar e de agir dos indivíduos que são ao mesmo tempo pacientes e agentes<sup>5</sup>.

Para Samuel Vida discutir sacrifício de animais em rituais religiosos no Brasil significa focalizar em uma prática religiosa de matriz africana para reafirmar diversos preconceitos, mitos e uma profunda ignorância, além de uma real possibilidade de discriminação<sup>6</sup>.

É que a elite intelectual brasileira, até mesmo os abolicionistas e liberais, sempre estiveram presos ao conceito dogmático de igualdade, e se recusam a reconhecer os interesses particulares das comunidades negras. O mito da democracia racial brasileira, que tem por base a teoria do embranquecimento, acredita que a integração dos negros, índios e mulatos varia em razão direta ao grau que estes indivíduos repudiam a própria ancestralidade africana ou indígena<sup>7</sup>.

A discriminação brasileira se notabiliza por estar imersa nos discursos da vida cotidiana, que muitas vezes se apresentam como inofensivos e desprovidos de qualquer nota de racismo, mas promovem uma espécie de naturalização do discurso racista no seio das relações sociais.

Um exemplo dessa situação é o de associar as religiões de matriz africana com o culto ao diabo, um forma pejorativa de desvalorizar os elementos religiosos e culturais dos afrodescendentes, cujo objetivo é mantê-los em situação de inferioridade.

Para Jayme Weingartner (2007, p.309) a repetição destes estereótipos tornam-os quase inquestionáveis:

O efeito silenciador (*silencing effect*) “provocado pelas formas de discurso acima mencionadas, alegadamente marginalizadoras e estigmatizantes dos grupos a que se dirigem”, num alerta para o caráter “irracional e coercivo que o discurso público pode assumir quando o preconceito é onipresente e sistêmico”.

<sup>4</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.23.

<sup>5</sup> NOGUEIRA, Oracy. **Tanto preto, quanto branco: estudos de relações raciais.** São Paulo: T. A. Queiroz, 1985, p.71.

<sup>6</sup> VIDA, Samuel Santana. Sacrifício animal em rituais religiosos: liberdade de culto versus direito animal (parte 1). **Revista Brasileira de Direito Animal v.2 n.2.** 2007. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10305>. Acesso em 10 fevereiro 2018, p.29.

<sup>7</sup> SANTANA, Heron. Ministério Público e democracia racial. **Revista do Ministério Público do Estado da Bahia. n.7.** 1996, p.83-84.

As religiões afro-brasileiras têm sido objeto deste preconceito e discriminação, e se vê muitas vezes obrigada a sincretizar, escondendo-se sob o manto da religião católica dominante, através da associação dos seus orixás com os santos católicos.

Ana Célia da Silva (1989, p. 56). afirma que:

A inculcação do estereótipo inferiorizante visa a produzir a rejeição a si próprio, ao seu padrão estético, bem como aos seus assemelhados. Por sua vez, a cultura e seus valores, uma vez inferiorizados, tendem a ser rejeitados, porque passam a ser vistos pela ótica imposta pelo dominador como primitivos, inferiores ou 'folclóricos'

Segundo Ordep Serra (2006, p.10):

Sacerdotes da Igreja Católica estiveram entre os primeiros a se ocupar do candomblé e de cultos congêneres, em que viam um óbice a seus projetos missionários. Denunciaram o sincretismo afro-católico como fruto de catequese imperfeita, de incompreensão dos negros; e acusaram o "primitivismo" dessas religiões, para eles evidenciado por uma liturgia marcada por dança e transe. 16 Escandalizava-os particularmente a dança entusiástica, que estimavam comprometida com os "inimigos da alma": o Diabo e a Carne, segundo a velha doutrina.

Existe racismo no Brasil, não somente contra os negros, mas principalmente contra eles e a democracia racial não passa de um mito que apenas disfarça as diferenças raciais, legitimando uma injusta distribuição de riqueza para o negros e mulatos do Brasil<sup>8</sup>.

Jonatas Machado chama atenção para o fato de que o Estado Constitucional, longe de ser neutro relativamente às diferentes visões e mundo, apresenta-se indissociável da matriz judaico-cristã, de modo que a "neutralidade do Estado" não passa de um mito<sup>9</sup>.

Essa neutralidade seria a expressão perfeita de um constitucionalismo contraditório, que conduz à negação dos seus próprios valores, uma vez que um Estado não pode ser eticamente neutro na medida em que impõe valores, tais como dignidade, igualdade, liberdade, democracia, separação de poderes, responsabilidade, verdade, racionalidade, justiça e solidariedade, que são valores positivos e revelam uma tomada de posição ética:

O Estado Constitucional não somente pressupõe a existência de Deus e a objetividade dos valores, com é insusceptível de justificação racional e moral se essa pressuposição for falsa. Sem medo das palavras, podemos dizer que Estado Constitucional repousa em pressuposições que só um Deus entendido como Ser racional verdadeiro, justo, bom e onnipresente, nos termos da tradição judaico-cristã., é que tem condições de garantir em última instância. É ele quem pode dar crédito, liquidez e plausibilidade às afirmações de valor do constitucionalismo moderno (MACHADO, 2013, p. 27-29).

<sup>8</sup> MORAES, Ismael Evangelista Benevides. O sistema de cotas analisado através do princípio da igualdade e da proporcionalidade. **NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFC.** v.36, n.1. 2017, ps.137-138.

<sup>9</sup> MACHADO, Jonatas. **Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa: Entre o teísmo e o (neo)atésimo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.137.

No caso brasileiro, o papel do Estado na conformação de estereótipos e na ideologia discriminatória em face dos praticantes das religiões afro-brasileiras é representado pela associação autoritária entre as práticas rituais dessas religiões ao crime.

A acusação de prática de feitiçaria, por exemplo, costumava ser fundamento para a prisão de religiosos de matriz africana, com a invasão dos terreiros e a apreensão dos objetos utilizados no culto.

Esta discriminação era tão legitimada, que o artigo 157 do Código Penal de 1890 proibia “praticar o espiritismo, a magia e seus sortilégios”; o que levava à polícia perseguir seletivamente o chamado falso (ou baixo) espiritismo, como eram classificados os cultos afro-brasileiros<sup>10</sup>.

Esse racismo, que se revela na proibição ao livre exercício do culto das religiões de matriz africana, foi institucionalizado pelo Estado com consequências nefastas sobre os direitos e o sentimento de pertencimento e identidade dos negros brasileiros.

#### 4. UM NOVO OLHAR SOBRE A REINTEGRAÇÃO DAS RELIGIÕES DE MATRIZ AFRICANA COM A ÉTICA AMBIENTALISTA

Para a superação do racismo ambiental em relação às religiões afro-brasileiras é preciso cotejar a prática do culto aos orixás com um novo olhar sobre o movimento de proteção ao meio ambiente, a partir das suas principais características, notadamente no que concerne à sua relação com a natureza.

O candomblé, como hoje se apresenta, não existia na África, pois naquele continente, o culto aos orixás era segmentado por regiões, assim, cada região, cada clã/família cultuava um ou mais orixás.<sup>11</sup>

No Brasil, os orixás tiveram seus cultos reunidos em terreiros, de modo que o culto preservasse as tradições africanas em solo brasileiro, com as variações, idiossincrasias teológicas e litúrgicas das diversas nações<sup>12</sup>.

Segundo Ademir Barbosa Júnior (2016, p. 21):

Impedidos de cultuar os orixás, valiam-se de imagens e referências católicas para manter viva a sua fé. Por sua vez, a combinação dos cultos que deu origem ao candomblé, deveu-se ao fato de serem agregados numa mesma propriedade (e, portanto, na mesma senzala), escravos provenientes e de diversas nações, com línguas e costumes diferentes, certamente uma estratégia dos senhores brancos para evitar revoltas, além da tentativa de fomentar rivalidades entre os próprios africanos. Vale lembrar quem em África o

<sup>10</sup> SERRA, O. J. T. A tenacidade do Racismo. In: **Sobre Psiquiatria, Candomblé e Museus**. Cadernos do CRH (UFBA), v. 19, 2006: p. 15-16.

<sup>11</sup> Orixá significa etimologicamente “a divindade que habita a cabeça”, em iorubá “ori” corresponde à cabeça e “xá”, a rei, divindade. Conforme elucidada por Ademir Barbosa Júnior “cada orixá relaciona-se a pontos específicos da natureza, os quais são também pontos de fora de sua atuação. O mesmo vale para os quatro elementos: fogo, terra, ar e fogo. Portanto, os orixás são agentes divinos, verdadeiros ministros da Divindade Suprema (Deus, Princípio Primeiro, Causa Primeira etc.), presentes nas mais diversas culturas e tradições espirituais/religiosas, com nomes e cultos diversos, como os Devas indianos. BARBOSA JÚNIOR, Ademir. **Candomblé: uma religião ecológica**. São Paulo: Anubis, 2016, p. 37

<sup>12</sup> Nações são compreendidas como grupos com características teológicas, linguísticas e de culto, sendo elas: Ketu, Angola, Jeje, Nagô, Congo, Muxicongo e Efon.

culto aos orixás era segmentado por regiões: cada região cultuava determinado orixá ou apenas alguns.

[...] Uma vez distantes da África, a *Ìyá ilú àyé èmí* (Mãe Pátria Terra da Vida), teriam de adaptar-se ao contexto local, não cultuando necessariamente apenas orixás locais característicos de tribos, cidades e famílias específicos), em espaços amplos, como a floresta, cenário de iniciações, porém num espaço previamente estabelecido: a casa de culto. Nessa reprodução em miniatura da África, os orixás seriam cultuados em conjunto. Nascia o *candomblé*.

Assim, as religiões afro-brasileiras podem ser enquadradas como essencialmente ecológicas, dada a importância que a natureza assume dentro do seu culto, “pela necessidade que os terreiros têm da natureza como parte integrante de seu universo, dos rituais e da própria identidade dos seus deuses, o que gera um sentimento de respeito, dependência, integração e, ao mesmo tempo, de submissão para com ela”<sup>13</sup>.

O provérbio Yorubá “*Omi Kozi, Ewê Kozi, Orixá Kozi*” (Sem água e sem folha, não existe Orixá) sintetiza bem essa relação, de modo que “o culto aos orixás representa o contato direto com os elementos da natureza e a busca de energias ancestrais e a prática da caridade, negando a separação, criada pela tradição judaica-cristã entre o sagrado, o homem e natureza”<sup>14</sup>.

De fato, existe uma evidente desassociação entre o orixá e a natureza, não havendo, em qualquer perspectiva, uma identidade antropocêntrica pura, uma vez que os orixás ora aparecem como sendo a própria natureza, ora relacionando-se a ela em uma relação de posse.

Antônio Boaes e Rosalira Oliveira (2011, p. 99) esclarecem que:

O principal efeito desse sentido ocorre pela igualdade entre os dois lados da relação: orixá é natureza, o que do ponto de vista da construção de vários significados e de ações, tem como máxima “moral” a de que tudo que se fizer para ele e pela natureza se estará fazendo para e pelo orixá.

Assim, a relação entre Natureza e Orixá se confundem em um primeiro momento, uma vez um não existe sem o outro, estando o orixá associado aos quatro elementos da natureza (água, terra, fogo e ar). Assim como na ética biocêntrica, o elemento vegetal possuem alma e valor intrínseco.

Segundo Rosalira Santos e Antônio Gonçalves (2011, p. 05):

É sabido também que as folhas fazem parte, juntamente com os orixás, de um sistema classificatório do mundo. Cada orixá corresponde um domínio deste (primeiramente natura, seguido pelo mundo sócio/cultural), os orixás são agrupados e classes: feminino/masculino; quente/frio; das águas; da terra; do ar; do fogo; caçador; pescador; da metalurgia; da guerra; da justiça etc. *Mutatis mutandi*, cada orixá tornou-se dono de um conjunto de folhas específicas que se ligam a eles por homologias quanto as causas características classificatórias.

<sup>13</sup> BOAES e OLIVEIRA, *Op. Cit.*, 2011, p. 94.

<sup>14</sup> MORAIS, Marcelo Alonso. **Umbanda e meio ambiente: o culto de Oxossi e às florestas**. Rio de Janeiro: Iedia Jurídica, 2013, p. 30.

O segundo sentido, por sua vez, está relacionado a um processo de antropomorfismo dos orixás, já no processo de sedimentação dessas religiões no Brasil, as associações feitas com os santos católicos podem ter acelerado e contribuído para atribuir feições mais humanas aos orixás.

Assim sendo, quando se fazia equivaler os orixás aos santos católicos, se lhes atribuía uma identidade “humana”, e - embora isto não significasse o afastamento das relações dos fiéis com a natureza - elas se fortaleciam através do viés privilegiado da “posse”<sup>15</sup>.

Sob este prisma, Ademir Barbosa Junior (2016, p. 17) adverte que:

Por ser uma religião ecológica, o candomblé visa ao equilíbrio do trinômio corpo mente e espírito, a saúde física, o padrão de pensamento e o desenvolvimento espiritual de cada indivíduo.

[...] Fortemente marcado pela ecologia, o Candomblé convida a todos a vivenciar sua fé no cotidiano, cuidando do próprio corpo, do meio ambiente, vivenciando relações saudáveis etc. Exemplo: cultura o orixá Oxum é, ao mesmo tempo, um convite para se viver amorosamente com o cotidiano, de forma compassiva e utilizar os recursos hídricos de maneira consciente (escovar os dentes com a torneira fechada, não jogar lixo nas águas etc). O xirê literalmente prossegue no cotidiano. (

Assim, as religiões afro-brasileiras, com sua cosmologia, denotam um sentido de sacralidade associado à natureza, onde a noção de relação entre o homem e o mundo natural se expressa por notas de respeito e reciprocidade.

Existe uma série de relações de troca entre os fiéis e o orixá, as quais são necessárias para a continuidade da natureza e do ciclo da vida, em um diapasão onde emerge a ideia de “devolução da energia recebida da natureza como algo propiciado pela destruição de um determinado elemento, condição necessária para a sua utilização de um novo modo”<sup>16</sup>.

Deste modo, as frutas, os minerais, os animais e, especialmente o sangue, corresponde ao retorno à natureza ou às entidades, e as divindades são, simultaneamente, natureza e cultura, e possuem, não apenas uma ética ambiental própria, como também uma efetiva contribuição a oferecer na construção de uma ética que respeite a diversidade biológica e cultural.

Esta contribuição, entretanto, implica também numa mudança de valores entre os adeptos das religiões afro-brasileiras. Para além da valorização romântica da diferença é preciso pensar sobre o modo como se dá a inserção das religiões afro-brasileiras e dos seus praticantes dentro da sociedade brasileira e suas possíveis consequências. As marcas associadas à vivência cotidiana do preconceito e da violência – não apenas simbólica, mas também literal – praticada, não poucas vezes pelos próprios agentes públicos etc., tudo isso marca um lugar determinado para a religião, suas práticas e sua cosmologia: o da subalternidade. (BOAES & OLIVEIRA, 2011, p. 112-113).

<sup>15</sup> BOAES e OLIVEIRA, *Op. Cit.* 2011, p. 99.

<sup>16</sup> BARBOSA JÚNIOR, Ademir. **Candomblé: uma religião ecológica**. São Paulo: Anubis, 2016, p. 08.

Evidencia-se assim, a contradição entre a degradação ambiental e o ritual de culto aos orixás, já que existe uma troca de energia entre o fiel e o orixá que é efetivada por meio das oferendas e rituais, de modo que, pela própria forma como se estabelece o culto e pela característica básica da religião, de comunhão do orixá com a natureza, não se pode conceber qualquer ênfase à degradação ambiental.

Seja como for, o Candomblé é uma religião biocêntrica, vale dizer, uma religião em que a manifestação da divindade e a percepção do homem como um elemento da natureza coloca limites na exploração desenfreada dos recursos naturais no mundo industrializado moderno.

## 5. MULTICULTURALISMO, NEUTRALIDADE ÉTICA E LIBERDADE RELIGIOSA

A Constituição de 1988 abriu um diálogo democrático com as comunidades tradicionais, por meio da configuração do pluralismo jurídico e democrático, com o reconhecimento dos direitos dessas minorias expressarem a sua própria cultura.

Assim, efetivou-se um modelo baseado do Estado Plural e Multiétnico, a partir da estruturação da política nacional de povos e comunidades tradicionais<sup>17</sup>, uma diversidade de grupos étnicos sai de nítida invisibilidade institucional<sup>18</sup>.

O desafio do surgimento desse sistema legal plural e multiétnico é fazer com os operadores lidem com as temáticas dos variados grupos étnicos, povos e comunidades tradicionais, entre eles os que professam religiões de matriz africana.

Para Jayme Weingartner Neto (2007, p. 24):

O Estado democrático de direito, mesmo que estressado pela radicalização religiosa, tem ferramentas para enfrentar o desafio do fundamentalismo. Afirmo que as forças religiosas e sociais, no quadro de interculturalismo e levando em conta uma epistemologia da complexidade, apresentam novas exigências ao Estado – que, ainda assim, tem instrumentos para garantir a maximização da liberdade religiosa, e no limite, proteger os próprios fundamentos.

É que para garantir o pluralismo religioso e o respeito às minorias, o Estado deve combater toda forma de intolerância, e segundo Jonas Machado o princípio da neutralidade surge, acima de tudo, como um instrumento de gestão da diversidade, pois sem ele não há como se proteger constitucionalmente a liberdade religiosa<sup>19</sup>.

Ainda que uma atitude de absoluta neutralidade ética do Estado Constitucional seja impossível, sendo patente que existem confissões majoritárias, isto é, grupos religiosos mais articulados politicamente, deve-se proteger os interesses dos grupos reli-

---

<sup>17</sup> Segundo do Decreto 6.040/2007 que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades conceitua-se povos e comunidades tradicionais como “grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição”.

<sup>18</sup> ROCHA, Júlio César Sá da; SERRA, Ordep. **Direito ambiental, conflitos socioambientais e comunidades tradicionais**. Salvador: EDUFBA, 2015, p. 15.

<sup>19</sup> MACHADO: 2013, p.134.

giosos minoritários<sup>20</sup>, tendo em vista o princípio fundamental de alargar para as minorias o tratamento jurídico dispensado à confissão religiosa dominante:

Acena-se, então, que com a intervenção regulatória estatal (Estado juiz e administrador, também vinculados pelos direitos fundamentais) não ocorrerão das falhas de mercado, concretizando nestas tarefas, é de se atender aos princípios e não ao desigual peso político das diferentes confissões religiosas, daí que o patamar de tutela mais favorável obtido, não se opondo obstáculo intransponível, é de estender-se automaticamente às minorias. (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 292).

Não se pode justificar por meio do princípio da laicidade ou da neutralidade do Estado o não envolvimento em questões religiosas, ideológicas e morais, quando isso implica em reforço a uma ilicitude.

Sobre isso, Jonas Machado (2013, p. 18) assinala que:

O Estado Constitucional não pode ser absolutamente neutro em matéria religiosa, na medida em que ele mesmo depende de axiomas e pressuposições que só alguns visões religiosas do mundo consegue garantir.[...] O Estado Constitucional deve edificar uma comunidade constitucional inclusiva, baseada na afirmação de igual dignidade, liberdade e responsabilidade de todos os indivíduos, independentemente das suas convicções ideológicas e religiosas, tal como decorre dos valores e princípios fundamentais da matriz judaico-cristã.

Se os órgãos públicos são conduzidos por agentes públicos e se estes, de forma ostensiva ou sub-receptícia, buscam favorecer ou prejudicar determinadas pessoas em virtude de opção religiosa, tem-se configurada a hipótese de assédio religioso institucional cujo protagonista é o próprio Estado, ao qual caberia, de ordinário, efetivar a neutralidade preconizada no art. 19, I/CF<sup>21</sup>.

Torna-se assim cristalino que o Estado não pode ser agente legitimador do assédio, não pode por meio de uma legislação que se diz neutra - embora carregada de discursos estigmatizantes - ser avalista do assédio religioso e racial/étnico, uma vez que, por meio de um único ato, podem ser reforçadas ideias preconceituosas de índole racista capazes de produzir consequências contínuas e intermitentes para os adeptos da religião afetada.

Arremata Jayme Weingartner Neto:

Viver num mundo plural e complexo importa renunciar a um ponto fixo de perspectiva cristalizada. Mas não exige da reponsabilidade de lutar para que a vida, instável e difícil, possa ser um território livre. Melhor ainda, que a vida possa fruir-se num oceano de possibilidades, povoado de salvaguardas prenhes de igual dignidade. Especialmente a espiritual. (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 26).

Os grupos tradicionais desenvolveram formas de apropriação comunal dos espaços e recurso naturais, de modo que desenvolveram uma forma específica de ma-

<sup>20</sup> Idem: 2013, p. 16.

<sup>21</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 146.

nejo da fauna e da flora, protegendo, conservando e até potencializando a diversidade ecológica.

Não obstante, tem sido comum ignorar essa realidade, e os adeptos do *candomblé* são apresentados na sua relação ecoética de forma dicotômica, ora como adoradores da natureza ora como poluidores e sacrificadores de animais.

Impõe-se avançar sobre a ideia dessa dicotomia que, ao rejeitar o hibridismo e a dualidade, “não percebe que utilizar a natureza e seus recursos não implica, obrigatoriamente, numa postura antropocêntrica que não reconhece a presença do divino nestes mesmos elementos, mas pode, pelo contrário, sinalizar uma integração profunda com esta e com os seus processos de destruição e renovação”<sup>22</sup>.

Nesse sentido, Diegues (2001, p. 22) afirma:

A natureza não é mais um objeto, mas um mundo de complexidade em que os seres vivos são frequentemente personificados e endeusados mediante mitos locais. Alguns desses mitos são baseados na experiência de gerações e suas representações das relações ecológicas podem estar mais perto da realidade que o conhecimento científico. O termo conservação pode não fazer parte de seu vocabulário, mas é parte do seu modo de vida e de suas preocupações das relações do homem com a natureza.

Os recentes modelos ambientalistas chamam a atenção para a marginalização das denominadas minorias (indígenas, mulheres e negros) a partir da homogeneização das culturas e perda das identidades culturais.

Este novo naturalismo propõe uma sociedade na qual o homem pode se relacionar com a natureza, compreendida como uma realidade aberta, que ele pode ajudar e proteger.

Nessa perspectiva, a sociedade pode descobrir que a natureza não é uma realidade plácida, uniforme, em perfeito equilíbrio. Ao contrário, ela é diversidade, criação constante de diversidades, existência complementar de cada folha e de cada espécie. A regra é a divergência, e evolução se faz sob o signo da divergência.

Esse novo naturalismo ativo incita a dar a palavra a cada cultura, a cada região e a cada coletividade, a cada um que a produziu. (DIEGUES, 2001, p. 31).

O Poder Público não pode adotar um preservacionismo ortodoxo olvidando para a integração entre o homem e o meio ambiente, já que a Constituição Federal traz um arcabouço jurídico que remete a regulação da disciplina, garantindo a liberdade de culto e ao mesmo tempo a proteção ambiental.

Em direção à justiça social, os gestores públicos devem abandonar seus projetos de gabinete, distantes das necessidades da sociedade, e participar na qualidade de consultores, como mediadores entre o Estado e os cidadãos, gerando, coletivamente, os mecanismos e as propostas que superem a desigualdade e ampliem a participação política dos grupos envolvidos para a tão almejada qualidade de vida. (MORAIS, 2013, p. 93).

---

<sup>22</sup> BOAES & OLIVEIRA, 2011, *Op. Cit.* p. 115.

Ademais, considerando que o direito a um meio ambiente saudável e ao acesso a recursos naturais que asseguram a sobrevivência humana é um direito humano, isto implica que o Estado deve ter uma atuação direta do Estado na efetivação desse direito.

Se por um lado o estado é ator de proteção, fundamental para resguardar a justiça ambiental, por outro lado, a própria ação do Estado, isoladamente ou em conjunto com determinados grupos de elite, também promove a degradação ambiental.

Por outro lado, enquanto agente não só na proteção ao meio ambiente como valor constitucionalmente protegido, mas também na proteção da liberdade religiosa dos adeptos da religião brasileira de matriz africana, o Estado deve reconhecer o valor simbólico do culto das religiões brasileiras de matriz africana, patrimônio cultural de suma importância para a identidade nacional.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como vimos, existe um contexto histórico que procura legitimar a depreciação das religiões brasileiras de matriz africana, como forma de demarcar a inferioridade dos negros escravizados e assegurar que eles continuem a ocupar as camadas mais baixas da estratificação social.

O modelo ambiental conservacionista/preservacionista em vigor, ao reivindicar uma preservação absoluta da vida selvagem, excluída todas as atividades humanas do local, impacta diretamente a prática dos cultos religiosos de matriz africana, que se vêm proibidas de realizar suas práticas rituais (oferendas, as velas e os animais sacrificados e oferecidos aos orixás) nesses espaços.

Esse racismo ambiental, consubstanciado na proibição ao livre exercício do culto das religiões de matriz africana, é institucionalizado pelo Estado, com consequências nefastas sobre os direitos e o sentimento de pertencimento e identidade dos negros brasileiros.

Não obstante, as religiões brasileiras de matriz africana são religiões de caráter biocêntrico, vale dizer, são religiões em que durante a manifestação das divindades, o homem é visto como um elemento da natureza, o que impõe limites na busca desenfreada na exploração dos recursos naturais pela sociedade moderna.

Em uma sociedade plural e multiétnica o Estado deve proteger o meio ambiente, mas também assegurar a celebração dos cultos das diversas religiões que existem e devem conviver pacificamente no Brasil.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA JÚNIOR, Ademir. **Candomblé: uma religião ecológica**. São Paulo: Anubis, 2016.

BARBOSA, Wilson do Nascimento. **Cultura negra e dominação**. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2002.

BOAES, Antonio Giovanni & OLIVEIRA, Rosalira dos Santos. **Religiões Afro-Brasileiras e Ética Ecológica: Ensaio de Aproximações**. In: Revista Brasileira de História das Religiões. ANPUH, Ano III, n. 9, Jan. 2011 - ISSN 1983-2850. Disponível em: <<http://www.dhi.uem.br/gtreligiao>. Acesso em: 03 de out. 2017.

- BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasill, 2007.
- BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de out. de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 07 de set 2016.
- BRASIL. Congresso Nacional. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 07 de set de 2017.
- BRASIL. Congresso Nacional. **Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm)>. Acesso em: 07 de set de 2017.
- BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Manole, 2015.
- DIEGUES, Antonio Carlos. **Mito da natureza intocada**. São Pualo: Hucitec, 2001.
- GORDILHO, Heron José de Santana. **Direito Ambiental Pós-moderno**. Curitiba: Juruá. 2011.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GUIMARÃES, Antônio S. A. **Preconceito e discriminação**. Queixas de ofensas e tratamento desigual dos negros no Brasil. Salvador: Novos Toques, 1998.
- MACHADO, Jonatas. **Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa: Entre o teísmo e o (neo)atésimo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- MARTINEZ ALIER, Juan. **O Ecologismo dos Pobres: conflitos ambientais e linguagens de valoração**. São Paulo: Contexto, 2009.
- MORAES, Ismael Evangelista Benevides. O sistema de cotas analisado através do princípio da igualdade e da proporcionalidade. **Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFC**. v.36, n.1. 2017, ps. 135-154. Disponível em: <file:///Users/herongordilho2/Downloads/20420-49601-1-PB.pdf> . Acesso em 2 de fevereiro de 2018.
- MORAIS, Marcelo Alonso. **Umbanda e meio ambiente: o culto de Oxossi e às florestas**. Rio de Janeiro: Iedia Jurídica, 2013.
- NOGUEIRA, Oracy. **Tanto preto, quanto branco: estudos de relações raciais**. São Paulo: T. A. Queiroz, 1985.
- ROCHA, Júlio César Sá da; SERRA, Ordep. **Direito ambiental, conflitos socioambientais e comunidades tradicionais**. Salvador: EDUFBA, 2015.
- SANTANA, Heron. Ministério Público e democracia racial. **Revista do Ministério Público do Estado da Bahia**. n.7. 1996.
- SANTOS, Rosalira e GONÇALVES, Antônio. A natureza e seus significados entre adeptos das religiões afro-brasileiras. Anais do III Encontro Nacional do GT História das Religiões e das Religiosidades – ANPUH - Questões teórico - metodológicas no estudo das religiões e religiosidades. IN: **Revista Brasileira de História das Religiões**. Maringá (PR) v. III, n.9, jan/2011. ISSN 1983 -2859. Disponível em: <http://www.dhi.uem.br/gtreligiao/pub.html>. Acesso em: Acesso em 10 fevereiro 2018.

SERRA, O. J. T. A tenacidade do Racismo. In: **Sobre Psiquiatria, Candomblé e Museus**. Cadernos do CRH (UFBA), v. 19, 2006.

VIDA, Samuel Santana. Sacrifício animal em rituais religiosos: liberdade de culto versus direito animal (parte 1). **Revista Brasileira de Direito Animal v.2 n.2**. 2007. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10305>. Acesso em 10 fevereiro 2018.

SILVA, Ana Célia da. Ideologia do embranquecimento. In: LUZ, Marco Aurélio (org.). **Identidade negra e educação**. Salvador: Inamá, 1989.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SHWARCZ, Lília Moritz. **O Espetáculo das Raças**. Cientistas, instituições e questão racial no Brasil - 1870-1930. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

**Submetido em: 18 jul. 2018. Aceito em: 10 dez. 2018.**





## POBREZA E A (DES)IGUALDADE DE GÊNERO: UMA RELAÇÃO ESTRUTURANTE

*Denise Almeida de Andrade\**

*Mônica Sapucaia Machado\**

### RESUMO

A pobreza ainda é uma realidade mundial. Mais de um bilhão de pessoas sofrem com a falta de recursos mínimos para garantir o sustento digno seu e o de sua família. As mulheres representam a maioria dos pobres do mundo, e são elas as que tem maior dificuldade em sair da pobreza. No Brasil, essa realidade não é diferente. As desigualdades de gênero, nas mais diversas áreas, são fatores de manutenção das mulheres na pobreza. Uma sociedade que pressupõe ser igualitária e justa precisa encarar esse debate.

### Palavras-chave

Pobreza. Igualdade. Mulheres.

### POVERTY AND GENDER (IN) EQUALITY: A STRUCTURING RELATIONSHIP

### ABSTRACT

Poverty still a global reality, more than one billion people suffer from a lack of minimum resources to ensure a decent living. Women represent the majority of the world's poor and those who have the most trouble to get out of poverty. In Brazil, this reality is no different. Gender inequalities are the factor that keep women in poverty. A society that assumes to be fair needs to face this debate.

---

\* Pós doutorado em andamento na Universidade Presbiteriana Mackenzie 2016/2017, bolsista CAPES-PNPD. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2016), bolsista CAPES - PROSUP/PRODAD. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2007). Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2003). Professora da Fundação Getúlio Vargas - GVLaw São Paulo. Desenvolve atividades acadêmicas concentradas na seara do Direito Constitucional, com ênfase em direitos fundamentais, direitos humanos, gênero, planejamento familiar e gestão de conflitos.

\* Doutora e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, (conceito CAPES 5), possui Pós-Graduação em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas (2008) e Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2005). Está vinculada ao Grupo de Estudos Mulher, Sociedade e Direitos Humanos da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Coordenadora do Curso de Pós-graduação Lato Sensu Direito Administrativo e Novas Tendências e Coordenadora Executiva dos programas de Pós-graduação da Faculdade de Direito do Instituto de Direito Público de São Paulo - IDPSP.

**Keywords:**

Poverty. Equality. Women.

## 1 INTRODUÇÃO

A pobreza no mundo ainda é uma realidade. Mais de um bilhão de pessoas sobrevivem com menos de um dólar por dia, e 2,7 bilhões com menos de 2 dólares (ONU Brasil, [s/d], *on line*). Apesar das melhoras estatísticas das últimas décadas, o flagelo da fome e da pobreza ainda não foi superado.

Neste cenário, uma indagação carece de resposta: a pobreza é cada vez mais *feminina*? Vivenciamos, de fato, o fenômeno da *feminização da pobreza*? Para essa análise partiu-se do conceito de Novellino e Belchior (2008, p. 1), segundo o qual “Feminização da pobreza significa que as mulheres vêm se tornando mais pobres do que os homens ao longo do tempo”, bem como de dados veiculados por organismos internacionais como a ONU- Organização das Nações Unidas, a FAO - *Food and Agriculture Organization* e a OIT - Organização Internacional do Trabalho.

O objetivo desse artigo é, partindo de dados nacionais e internacionais, demonstrar que a desigualdade de gênero contribui para que as mulheres estejam mais suscetíveis à pobreza, bem como tenham mais dificuldade de superá-la, quando comparadas à realidade dos homens. Nesse sentido, serão apresentados dados confirmam a recrudescente desigualdade salarial entre homens e mulheres e o acúmulo de horas para atividades domésticas e de cuidado sob a responsabilidade majoritária das mulheres.

Para entender o panorama da feminização da pobreza, precisam-se buscar as razões de as mulheres serem mais pobres. O conceito mais comum para pobreza está relacionado à incapacidade de auferir recursos suficientes para garantir o seu sustento e o de sua família. A pobreza está intrinsecamente ligada à capacidade de trabalho e de acesso a espaços de produção.

As contribuições de Amartya Sen ampliam a discussão tradicional sobre o conceito de pobreza, agregando a reflexão sobre a privação de capacidades. Logo de início, trataremos uma breve discussão acerca da referida teoria, a fim de auxiliar na compreensão da feminização da pobreza no Brasil.

## 2 POBREZA E PRIVAÇÃO DE CAPACIDADES: UM OLHAR SOBRE AS CONTRIBUIÇÕES DE AMARTYA SEN

Pobreza é um conceito complexo, que pode ser avaliado por um viés puramente econômico, ou englobando “aspectos não-econômicos à análise, sendo, contextualizada de forma dependente ou não, da estrutura sócio-política da sociedade” (CRESPPO; GUROVITZ, 2002, *on line*, p. 3). Neste texto, reconhecemos o impacto da dimensão financeiro-econômica da pobreza, mas defendemos que a pobreza que precisa ser superada é a que impede que as pessoas desenvolvam suas capacidades e potencialidades de forma plena.

Em 1995, a Organização das Nações Unidas-ONU promoveu em Copenhague a Declaração e Programa de Ação da Cimeira Mundial sobre Desenvolvimento Social, declaração que reconheceu a pobreza como problema central no mundo e responsabilizou os líderes mundiais pelo fim da pobreza extrema e a diminuição das desigualdades sociais.

No documento em tela, entendeu a ONU que a pobreza se manifesta de várias formas, desde à falta de capacidade de arcar com as necessidades básicas para sobrevivência, como comida, vestimenta, moradia, até a dificuldade de acesso à educação, à saúde, aos espaços de poder e participação. No ponto 19, do capítulo II - Erradicação da pobreza, do Programa de Ação, apontou a ONU:

19. A pobreza manifesta-se de várias maneiras: falta de rendimentos e de recursos produtivos suficientes para garantir meios de vida sustentáveis, fome e subnutrição, doença, falta de acesso limitado à educação e a outros serviços básicos, aumento da morbidade e da mortalidade devido a doenças, carências de habitação e discriminação e exclusão sociais. Também se caracteriza pela falta de participação na tomada de decisões na vida civil, social e cultural. A pobreza manifesta-se em todos os países, como pobreza generalizada, em muitos países em desenvolvimento, como focos de pobreza no meio da abundância em países desenvolvidos, como perda de fontes de rendimento por causa de uma recessão econômica, como consequência repentina de catástrofes ou conflitos, como pobreza dos trabalhadores de baixos rendimentos e como miséria absoluta, dos que estão à margem dos sistemas de apoio das famílias, das instituições sociais e das redes de segurança. As mulheres suportam uma parte desproporcionada do fardo da pobreza e as crianças que crescem nessa situação acabam por ficar em desvantagem para sempre. As pessoas de idade, os deficientes, as populações indígenas, os refugiados e as pessoas deslocadas dentro dos seus países, são também especialmente vulneráveis à pobreza. Além disso, a pobreza, nas suas diversas formas, constitui uma barreira à comunicação, dificulta o acesso aos serviços e comporta importantes riscos para a saúde; por outro lado, as pessoas que vivem em pobreza são especialmente vulneráveis às consequências das catástrofes e dos conflitos. As situações de pobreza absoluta caracterizam-se por uma grave privação de bens de importância vital: comida, água potável, instalações de saneamento, cuidados de saúde, habitação, instrumentos e informação. Essas situações dependem não só dos rendimentos, mas também da possibilidade de aceder aos serviços sociais (DECLARAÇÃO E PROGRAMA [...], 1995, *on line*, p. 32).

Percebe-se que o conceito de pobreza trazido pela ONU ultrapassa o espectro da pobreza econômica, considerando que ser pobre, portanto, é estar impedido de viver paritariamente em sociedade, é não fazer escolhas livres e autônomas, é não ter acesso e não participar das várias conquistas sociais como direito ao lazer, à cultura, à informação de qualidade etc.

As contribuições de Amartya Sen sobre o tema estão alinhadas à abordagem da ONU, uma vez que compreende a pobreza como a privação de capacidades da pessoa, que significa a não-capacidade de fazer as escolhas que entende mais adequadas aos seus propósitos e projetos de vida (SEN, 2001).

Desta feita, insuficiente a aferição da pobreza ou riqueza de um Estado e seus cidadãos por meio de um único critério como o PIB – Produto Interno Bruto, uma vez que é necessário que compreendamos as várias dimensões que a pobreza possui, a fim de que possamos buscar meios mais efetivos de superá-la.

Reconhecemos a necessidade de mensuração do que os Estados produzem, de sua capacidade de investimento, de seu poder de compra, pois é sim um ponto de partida para uma série de medidas estatais que impactam na vida de todos. O PIB é um indicativo dessa natureza.

Por outro lado, especialmente, a partir das últimas décadas do século XX, o reconhecimento de que as análises subsidiadas pelo PIB eram limitadas, havendo a necessidade de se elaborar medidores que tivessem por objeto indicadores sociais. Referidos instrumentos não visam a substituir o PIB, tendo em vista sua divergência de objeto, mas se colocam ao lado dessa ferramenta, haja vista o reconhecimento de que para se mudar a realidade social de um Estado é necessário muito mais do que analisar a renda mensal dos indivíduos.

O Índice de Desenvolvimento Humano – IDH é uma resposta a essa constatação e no contexto de sua gênese que se destaca as contribuições de Amartya Sen, tendo em vista sua direta participação na construção do IDH<sup>1</sup>, alternativa ao antes exclusivo PIB, ferramenta, eminentemente, econômica para medição do progresso nacional e global (PNUD, *on line*).

Os criadores do IDH - o falecido economista paquistanês Mahbub ul-Haq e seu colaborador Amartya Sen, economista laureado com o Nobel, da Índia - planejaram o índice como uma avaliação de progresso facilmente compreensível baseada nas pessoas, que põe a saúde e a educação a par com o crescimento econômico. Desde 1990, os rankings anuais do IDH dos Relatórios de Desenvolvimento Humano do PNUD têm sido amplamente seguidos pelos governos, mídia, sociedade civil e especialistas em desenvolvimento ao redor do mundo.

Destaque-se, contudo, que o IDH não é um parâmetro infalível, devendo ser utilizado de forma complementar a outros índices. Além disso, opções a ele devem ser desenvolvidas<sup>2</sup>, objetivando, sempre, alinhar os instrumentos de aferição da riqueza/renda/progresso econômico com ferramentas de medição da qualidade de educação/saúde/moradia, fatores sociais que determinam diretamente a qualidade de vida dos indivíduos.

Podemos dizer, então, que além de renda para adquirir bens necessários para uma sobrevivência digna, é preciso observar que, para combater a pobreza, faz-se necessário entendê-la como “a privação da vida que as pessoas realmente podem levar e

---

<sup>1</sup> O IDH também foi adotado para fins de planejamento em nível nacional e local em muitos países, incluindo Índia, México, Marrocos e Filipinas (PNUD, *on line*).

<sup>2</sup> Nesse sentido: “Em um fórum de alto nível realizado nesta quarta-feira (20), durante a Rio+20, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) apresentou as bases conceituais para um futuro “Índice de Desenvolvimento Humano Sustentável” capaz de reconhecer os custos do desenvolvimento humano para futuras gerações. [...] ‘Igualdade, dignidade, felicidade, sustentabilidade – são todos fundamentais às nossas vidas, mas ausentes no PIB’ – disse Helen Clark. ‘O progresso precisa ser definido e medido de uma forma que represente uma perspectiva mais ampla do desenvolvimento humano e seu contexto’.

das liberdades que elas realmente têm” (CRESPO; GUROVITZ, 2002, p. 6). Nas palavras de Amartya Sen (2010, p. 120):

A pobreza deve ser vista como privação de capacidades básicas em vez de meramente como baixo nível de renda, que é o critério tradicional de identificação da pobreza. A perspectiva da pobreza como privação de capacidades não envolve nenhuma negação da ideia sensata de que a renda baixa é claramente uma das causas principais da pobreza, pois a falta de renda pode ser uma razão primordial da privação de capacidades de uma pessoa.

Importante frisar que Sen (2010) não questiona que a privação material gera pobreza e é um problema a ser superado, mas vai além e demonstra que impedir que uma pessoa desenvolva da melhor forma possível suas potencialidades limita suas chances de viver com autonomia e liberdade, de fazer escolhas conscientes e que lhe garantam bem estar e qualidade de vida.

O autor (SEN, 2010, p. 124) defende que precisamos apostar que a partir do desenvolvimento das capacidades humanas conseguiremos incrementar ganhos materiais e imateriais, e, conseqüentemente, minimizar números e conseqüências da pobreza: “[...] maiores capacidades para viver sua vida tenderiam, em geral, a aumentar o potencial de uma pessoa para ser mais produtiva e auferir renda mais elevada, também esperaríamos uma relação na qual um aumento de capacidade conduzisse a um maior poder de auferir renda, e não o inverso”.

A partir destas considerações é que se busca, nesse texto, compreender o contexto da feminização da pobreza no Brasil, não por um viés exclusivamente econômico, mas de tolhimento das potencialidades das mulheres, especialmente, em razão da desigualdade de gênero.

### 3 ALGUNS NÚMEROS SOBRE A POBREZA NO MUNDO E NO BRASIL

O Relatório do Desenvolvimento Humano de 2015, em seu prefácio, aponta que, ao longo dos 25 anos em que o relatório é produzido<sup>3</sup>, a condição de vida das pessoas no mundo melhorou. No olhar do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento: “O rendimento per capita no mundo aumentou, e a pobreza diminuiu, o que se traduziu numa melhoria do nível de vida para muitas pessoas” (PNUD, 2015, *on line*).

O Banco Mundial apontou, em outubro de 2015, que o montante de pessoas vivendo em extrema pobreza no mundo chegou ao patamar de 10%, o menor índice já registrado, e reafirmou que há a possibilidade, por meio do compromisso de Estados e instituições, de que a pobreza mundial seja extinta, até 2030 (*THE WORLD BANK*, 2015, *on line*).

O relatório da ONU sobre os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio apontou que, desde 1990, o número de pessoas, em países em desenvolvimento, que viviam com menos de 1,25 dólares por dia caiu de, aproximadamente, 50% para 14%; e,

---

<sup>3</sup> O Relatório de Desenvolvimento Humano é publicado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento-PNUD, desde 1990.

mundialmente, o número de pessoas em extrema pobreza foi reduzido para menos da metade, passando de 1,9 bilhão, em 1990, para 836 milhões, em 2015 (ONU Brasil, 2015, *on line*).

Todavia, mais de 800 milhões de pessoas ainda vivem com menos de 1,25 dólares ao dia; 160 milhões de crianças, com menos de 5 anos, tem seu crescimento comprometido por falta de alimentação suficiente; 57 milhões de crianças em idade escolar não estão na escola, e quase a metade dos trabalhadores do mundo se submetem a condições de trabalho degradantes (ONU Brasil, 2015, *on line*).

No Brasil, a diminuição da pobreza foi bastante significativa entre 2002 e 2013. O número de brasileiros em extrema pobreza diminuiu em 82%, (FAO, [s/d], *on line*) o que fez com que o país deixasse o *Mapa da Fome*. Isto ocorreu porque o indicador utilizado pelas Nações Unidas, chamado *Indicador de Prevalência de Subalimentação*, constatou que o Brasil “atingiu nível abaixo de 5%, o limite estatístico da medida, abaixo do qual se considera que um país superou o problema da fome” (FAO, 2014, *on line*).

A Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal), em 2015, lançou o relatório *Panorama Social da América Latina 2015*, e apontou que, em 2014, 2 milhões e 750 mil brasileiros saíram da pobreza ou da extrema pobreza no país (CEPAL, [s/d], *on line*).

Entretanto, como em outras partes do mundo, apesar dos avanços, a pobreza ainda é presente no Brasil. Em 2014, 7% da população brasileira ainda vivia na pobreza; 2,5 % vivia na miséria (CEPAL, [s/d], *on line*, p. 20). Em 2009, 5% da população brasileira convivia com a insegurança alimentar, ou seja, com a incerteza do acesso diário aos alimentos (FAO, 2014, *on line*)<sup>4</sup>.

O ano de 2016 marcou a política brasileira com a destituição da presidente eleita Dilma Rousseff, em 31 de agosto de 2016 pelo Senado Federal. O Vice-Presidente da República Michel Temer, assumiu o mandato e modificou de forma patente o modo com que o Estado brasileiro se posiciona em respeito às políticas de assistência social.

Em agosto de 2016, o governo federal extinguiu, por meio da Medida Provisória nº726/2016, as Secretarias com status de Ministério que eram responsáveis por debater e implantar políticas transversais de gênero, raça e direitos humanos. Em dezembro de 2016, foi promulgada a emenda Constitucional nº 95, que modifica o regime fiscal do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União e com isso determina o não aumento real dos investimentos durante 20 anos. O resultado da modificação constitucional é a impossibilidade do Estado brasileiro em aumentar ou mesmo manter os investimentos em políticas públicas de distribuição de renda, de seguridade social, saúde, educação entre outros.

A diminuição dos recursos para os programas sociais afeta, em maior grau, a parcela mais pobre a população, que depende exclusivamente da oferta do Estado para ter acesso a direitos fundamentais, como saúde e educação, o que potencializa os efeitos nefastos da pobreza.

---

<sup>4</sup> Essa realidade é ainda mais grave em alguns seguimentos populacionais, como populações indígenas e quilombolas, como aponta o citado relatório da FAO: “Diversos indicadores apontam para a vulnerabilidade crônica de algumas populações, entre elas as indígenas e os quilombolas” (FAO, 2014, p. 6).

Logo, apesar dos avanços estatísticos, tanto no Brasil como no mundo, a pobreza ainda é uma realidade e ainda impacta na qualidade de vida das pessoas, mantendo a lógica de que temos seres humanos de primeira classe e seres humanos de segunda classe.

Ademais, quando observamos as populações que ainda sofrem com a pobreza, percebemos que determinados grupos sociais são mais suscetíveis do que outros, como as mulheres, realidade que precisa ser compreendida e enfrentada.

#### 4 A POBREZA FEMININA: UMA REFLEXÃO A PARTIR DA DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO E DA DESIGUALDADE DE ACESSO À EDUCAÇÃO

As mulheres têm maior probabilidade de serem pobres, do que os homens. Um dado interessante para demonstrar essa realidade é que, em 1997, na América Latina, para cada 100 homens que viviam em uma casa pobre, 108 mulheres viviam na mesma situação. Em 2012, 15 anos depois, essa proporção aumentou: para cada 100 homens havia 117 mulheres vivendo na pobreza. Observa-se então que a desigualdade entre os sexos aumentou, apesar da pobreza ter diminuído, de forma considerável, no mesmo período.

No que se refere à relação entre produção e acesso ao que é produzido, merece destaque o fato de que as mulheres, em países em desenvolvimento, respondem pela produção de mais de 60% dos alimentos, porém correspondem, apenas, a 1% dos donos de terras (ANISTIA INTERNACIONAL, 2009, p. 9)<sup>5</sup>.

No Brasil, apesar dos avanços do século XXI, 30,4% das mulheres e 19,4% dos homens, com mais de 16 anos, não têm nenhum rendimento<sup>6</sup> (IBGE, 2010, *on line*).

Então, como aponta Chant (2003, p. 47), a pobreza é feminina, no sentido de que há mais mulheres sem emprego e em subempregos, bem como experienciam maior dificuldade de ingressar no mercado de trabalho, o que se traduz tanto em baixo poder econômico quanto em privação das capacidades. A divisão sexual do trabalho, os cuidados com os afazeres domésticos de responsabilidade (quase exclusiva) da mulher, e o acesso não igualitário à educação são algumas razões que mantêm as mulheres entre os mais pobres.

---

<sup>5</sup> As mulheres ainda estão em condição de vulnerabilidade em diversas situações, não somente no que se refere à pobreza, mas também no que tange ao acesso à educação e a maior exposição à violência. São elas 75% das pessoas adultas analfabetas no mundo e as mais suscetíveis à violência. A ONU-Mulheres<sup>5</sup> estima que 35% das mulheres no mundo tenham sofrido violência sexual; aponta que existem 700 milhões de meninas casadas antes de completar 18 anos, e 250 milhões antes dos 15 anos (UN WOMEN, [s/d], *on line*).

<sup>6</sup> É importante destacar que reconhecemos que as mulheres não vivenciam as desigualdades de maneira homogênea. A exemplo disso, sabemos que as brasileiras negras vivem essa situação de forma mais severa; enquanto que 19,7% dos homens brancos ganham até um salário mínimo, 40,3% das mulheres negras recebem o mesmo valor (IBGE, [s/d], *on line*). Nesse sentido, imprescindível o debate inaugurado pelas feministas negras americanas sobre *interseccionalidade*, pois constroem um marco teórico que demonstra que há pessoas que vivenciam intersecções de vulnerabilidades, o que potencializa os efeitos negativos da discriminação, como é o caso da mulher, negra e pobre. (CREENSHAW, 2002; COLLINS, 2015).

#### 4.1 As desigualdades entre homens e mulheres no ambiente de trabalho e o seu reflexo na condição socioeconômica da mulher

A sociedade ocidental, democrático-liberal e capitalista, tem no trabalho, em especial no trabalho remunerado, um dos seus alicerces. Apesar do discurso neoliberal do final do século XX, sobre o fim da sociedade do trabalho, o que faria emergir nos países industriais avançados um novo tipo de sociedade, na qual “os empregos tradicionais, estáveis, e em tempo integral” vão pura e simplesmente desaparecer (GONZ, 1995, *on line*), a realidade tem demonstrado a centralidade que o trabalho ainda tem na vida das pessoas.

Para se compreender a estrutura social, jurídica e política hodierna, é necessário que se volte os olhos para as relações de trabalho, para o modo e os meios com que se realiza a produção material, pois os meios de trabalho não são só medidores do grau de desenvolvimento da força de trabalho humano, mas também indicadores das condições sociais nas quais se trabalha (MARX, 1988,151)

Vale reforçar que quando tratamos de trabalho estamos tratando de *trabalho remunerado*, isto é, a venda da força de trabalho por salário, o trabalho como instrumento de subsistência, de acesso a recursos financeiros.

Nesse escopo, a Organização Internacional do Trabalho-OIT, em 1999, definiu o conceito de trabalho decente para homens e mulheres como um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas, sendo considerado condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável (OIT, [s/d], *on line*).

Entendeu a OIT, que o trabalho decente é a convergência de quatro objetivos estratégicos: o respeito aos direitos trabalhistas; as liberdades sindicais e de negociação coletiva; a não-existência de trabalho forçado e/ou infantil, e a eliminação das discriminações relativas ao emprego ou ocupação.<sup>7</sup>

A possibilidade de ter um trabalho decente está intrinsecamente ligada à possibilidade de ter uma vida digna, opções de escolhas, caminhos para desenvolver aptidões e potencialidades.

Desta forma, a relação entre pobreza e gênero talvez se apresente de forma mais clara nas relações trabalhistas. A OIT aponta que conquistar e manter um emprego decente ainda é uma tarefa árdua para as mulheres. Diferente da diminuição da pobreza, a desigualdade no ambiente de trabalho entre mulheres e homens pouco se alterou nesses 20 anos seguintes à Conferência de Pequim, em 1995<sup>8</sup>.

É necessário pontuar, ainda, que as mulheres sempre trabalharam. A afirmativa de que o trabalho feminino é uma situação nova, é um erro. As mulheres pobres sempre trabalharam por remuneração, foram, e ainda o são: empregadas domésticas, governantas, babás. As mulheres sempre costuraram, lavaram, passaram e cozinham, em troca de dinheiro. Nas zonas rurais não é diferente.

<sup>7</sup> OIT, disponível em <http://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/lang--pt/index.htm> em 15.01.2017.

<sup>8</sup> Em 1995 aconteceu em Pequim, na China, a Quarta Conferência Mundial sobre Mulheres, que produziu a Declaração e Plataforma de Ação de Pequim, que busca alcançar igualdade de gênero e eliminar discriminação contra mulheres e meninas.

Entender que mulheres economicamente ativas são uma realidade do século XX é um equívoco histórico: “Em 1872, elas representavam 45,5% da força de trabalho. Nesta época(...) as mulheres estavam empregadas predominantemente na agropecuária, nos serviços domésticos em lar alheio ou no serviço de costura por conta própria” (IPEA, 2014, p. 592).

A segunda metade do século XX marca, na verdade, o aumento significativo desse trabalho remunerado, que já existia. Em 2015, 54% das mulheres estavam inseridas no mercado de trabalho (UN WOMEN, 2015, *on line*).

No Brasil, sabemos que as mulheres estão inseridas, em sua maioria, no mercado de trabalho, pois em 2011, 57% das brasileiras, em idade ativa, trabalhavam. Todavia, o percentual para homens ultrapassou 80%, no mesmo ano (UN WOMEN, 2015, p. 81). Percebe-se que as mulheres ainda têm mais dificuldade do que os homens de entrar no mercado de trabalho; a diferença de acesso é de mais de 20%, ou seja, 4 em cada 10 mulheres brasileiras sequer conseguem, “se colocar disponíveis para uma ocupação no mercado de trabalho” (IPEA, 2016, p. 5).

Entretanto, essa presença tem lugar e tem nível. As mulheres estão empregadas em posições subalternas; elas representam 63% das auxiliares de escritório e apenas 33% das gerentes e coordenadoras (UN WOMEN, 2015, *on line*). A segregação ocupacional reflete-se nas remunerações percebidas, as mulheres estão no mercado de trabalho, mas sua presença se concentra nas posições com menores ganhos.

Além disso, nos países em desenvolvimento, 75% das mulheres trabalhadoras estão empregadas informalmente e desprotegidas da segurança social (UN WOMEN, 2015, *on line*, p. 81).

O desemprego, também, é uma realidade mais feminina do que masculina. Em 2015, 5,4% dos homens latino-americanos estavam desempregados; porém, esse percentual subia para 8,2% quando avaliavam as mulheres (ILO, 2015, *on line*).

Superada a dificuldade de ingresso no mercado, as mulheres continuam ganhando 24% menos do que os homens. Uma pesquisa com 142 países, demonstrou que as mulheres ocupam, nos países em desenvolvimento, 60% das ocupações elementares, isto é, que exigem menor qualificação e oferecem remuneração mais baixa (OIT, 2016, *on line*).

Percebe-se, pois, que apesar dos avanços, a divisão sexual do trabalho ainda é uma realidade e impacta na condição econômica das mulheres. O Brasil convive com uma das maiores disparidades salariais do mundo, pois as mulheres ganham, em média, 30% a menos do que os homens. À guisa de comparação, a média da América Latina é de 17,2% (ÑOPO, 2009, p. 23).

As mulheres, ainda, respondem pelo cuidado com a casa, com as crianças, os doentes e os idosos. A dupla jornada de emprego e casa- oprime as mulheres no mundo inteiro e, em especial, nos países em desenvolvimento.

As mulheres, quando se vêem sem o apoio familiar e institucional, acabam sendo obrigadas a exercer funções que exijam menos horas, menos dias, ou de forma informal, a fim de poder conciliar os encargos com os filhos e o trabalho. Carregar a responsabilidade pela manutenção do cotidiano, de forma exclusiva, faz com que as

mulheres não consigam, muitas vezes, buscar funções mais gratificantes, econômica e socialmente.

Vale ressaltar que os afazeres domésticos são essenciais para a vida em sociedade e para a produção em si. O desenvolvimento da sociedade depende da feitura cotidiana da comida, da roupa lavada, do cuidado com os filhos menores. Dados da ONU demonstram que, em países em desenvolvimento, ser casado e ter filhos garante aos homens salários mais altos e às mulheres salários mais baixos (*UN WOMEN*, 2015, *on line*, p. 86).

No Brasil, 90% das mulheres realizam afazeres domésticos; enquanto que, apenas 51% dos homens participam dessas tarefas. Além disso, elas gastam, em média, 25,3 horas por semana nesses afazeres, e os homens apenas 20,9 horas (*IBGE/PNAD*, 2014, *on line*).

Em momento de crise, são as mulheres as primeiras a ficarem desempregadas, como demonstra a PNAD 2014: “As mulheres aparecem no topo das taxas de desocupação, quando comparadas aos segmentos masculinos, merecendo especial destaque as mulheres negras (10,2%), mais suscetíveis ao desemprego”. (*IBGE/PNAD*, 2014, *on line*).

Desta forma, podemos perceber que os avanços<sup>9</sup> vividos nos anos 2000 apenas diminuíram a distância abissal que persiste na sociedade. As mulheres brasileiras ainda são mais pobres e mais vulneráveis do que os homens.

Considerando o trabalho como o instrumento mais efetivo na garantia da autonomia econômica, pois é através dele que as pessoas conseguem recursos para o acesso a bens e serviços, as mulheres, com o intuito de conseguir ofertar a si e aos seus uma vida digna, são as que encontram maior dificuldade no acesso ao emprego, na conquista de postos elevados, e, conseqüentemente, não podem se dedicar ao exercício das funções remuneradas; sendo posicionadas em uma situação de menos recursos e logo, de maior pobreza.

Em 85% dos países que acompanham os dados sobre emprego, as mulheres, com alto nível educacional, estão mais desempregadas do que os homens com educação similar (*ONU*, [s/d], *on line*).

## 4.2 Ensino superior, profissionalização e igualdade de gênero

A educação é um direito humano e influencia de forma inquestionável as condições de vida das pessoas; é motor da igualdade material e da cidadania: “educação é reconhecidamente a principal mediadora de oportunidades existentes nas sociedades

---

<sup>9</sup> Entre 2004 e 2014 as mulheres tiveram um aumento significativo na sua renda: “Ao longo dos últimos dez anos, o Brasil experimentou um movimento de contínuo crescimento da renda do trabalho. Entre 2004 e 2014, o rendimento médio da população ocupada apresentou um aumento real de quase 50%, passando de pouco mais de R\$ 1000, em 2004 para R\$ 1.595, Em 2014. Este crescimento foi maior para as mulheres (61%) do que para homens (44%), sendo que o maior aumento foi para as mulheres negras (77%) e o menor para os homens brancos (43%). Houve, portanto, uma redução nas desigualdades salariais entre homens e mulheres e entre negros/as e brancos/as nos últimos dez anos” (*IPÊA*, 2014, p. 13).

democráticas, participando de forma inequívoca na determinação dos rendimentos do trabalho e mobilidade social (IBGE, 2014, *on line*, p. 100)."

A educação sempre foi tida como ferramenta essencial para o emprego mais qualificado; o acesso à educação é sinônimo de acesso aos postos de comando e direção. Vale lembrar que, durante bastante tempo, as mulheres eram impedidas de estudar em universidades, a fim de reservar aos homens o saber e garantindo-lhes a possibilidade de exercer funções de destaque social e econômico<sup>10</sup>.

Todavia a educação das mulheres tem crescido de forma exponencial. As estatísticas das Nações Unidas apontam que de 1990 a 2007, a diferença entre homens e mulheres analfabetos diminuiu de 9% para 5%. A participação das meninas na educação primária aumentou, de 79% para 86%, no mesmo período; enquanto que os meninos tiveram um aumento de apenas 3%, de 85% para 88%. No âmbito da educação universitária, a predominância masculina não é mais uma realidade. Em 2007, dos 166 países pesquisados, as mulheres representavam 50% ou mais, dos universitários, em 102 deles (UN, [s/d], *on line*).

No Brasil, em 2013, 55% dos universitários eram mulheres e 60% dos que concluíam o curso também eram mulheres. As brasileiras entram em maior número nas universidades e desistem menos.<sup>11</sup> Outro dado importante é que, em 2013, entre as pessoas de 25 a 34 anos, 17,6% das brasileiras tinham curso superior; enquanto que, apenas 12,7% dos brasileiros (IBGE, 2014, *on line*).

Contudo, o fato das mulheres estarem inseridas na educação superior não se traduz na superação dos estereótipos de gênero, haja vista que há uma segmentação de alguns cursos mais frequentados por mulheres (pedagogia, fisioterapia, terapia ocupacional etc.) e outros de predominância dos homens (cursos das ciências exatas, como as engenharias) (IBGE, 2014, *on line*).

A educação básica, por exemplo, é um nicho *feminino* do mercado de trabalho. No Brasil, 81,5% dos professores do ensino básico são mulheres (IBGE, 2014, *on line*). As mulheres também são maioria entre as enfermeiras e psicólogas (dentre outras muitas profissões do cuidado, conforme já indicado) profissões as quais têm menos prestígio social e oferecem menores salários (IBGE, 2014, *on line*).

Entretanto, mesmo nas profissões historicamente bem remuneradas, como medicina e direito, que já tem um maior número de mulheres ingressantes, as profissionais recebem menos do que seus colegas, principalmente nos níveis mais altos, porque esbarram no teto de vidro, barreira invisível, que impede as mulheres de galgarem postos de maiores salários e influência.<sup>12</sup>

Tal barreira se constrói pelos preconceitos sociais, em relação à capacidade feminina em determinadas áreas, em especial nas áreas científicas, e pelas dificuldades impostas pela dupla jornada de trabalho, que, como já debatido acima, obriga as mu-

<sup>10</sup> No Brasil, as mulheres foram autorizadas a ingressar no ensino superior em 1879, a partir do decreto nº 7.247, que reformou a educação no Império; a primeira brasileira a se formar, no País, foi Rita Lobato Velho Lopes (1867-1960), em 1887, em medicina, na Bahia.

<sup>11</sup> Dados do Instituto Nacional de Estudos em pesquisas Educacionais Anísio Teixeira-INEP. Disponível em: [www.inepdata.inep.gov.br](http://www.inepdata.inep.gov.br). Acesso em: 18 jul. 2016.

<sup>12</sup> Teto de Vidro é a tradução do termo *Glass Ceiling* forjado por Morrison, A. M., White, R. P., Van Velsor, E., em 1987, nos EUA, para explicar a barreira invisível que impede as mulheres de alcançar os postos mais altos e mais bem remunerados das empresas.

lheres a dividirem seu tempo entre o trabalho e as tarefas de cuidado (com a casa, filhos e família), o que pouco ocorre com os homens.

Portanto, como aponta a ONU, a educação não tem sido, sozinha, a equalizadora da desigualdade entre homens e mulheres e do acesso das mulheres ao mercado de trabalho. Nos países em desenvolvimento, o Brasil inclusive, a educação não tem conseguido possibilitar uma relação inquestionável entre o aumento da escolaridade e a participação equânime no mercado de trabalho.

As desigualdades, em especial no acesso a rendimentos mais robustos, se mantêm, apesar da maior educação especializada recebida pelas mulheres. Na busca por retirar as mulheres do universo do subemprego, do emprego informal, do não emprego e logo da pobreza, a educação é uma ferramenta, mas não tem sido solução.

## CONCLUSÃO

A pobreza é feminina porque a desigualdade de gênero impõe às mulheres menos autonomia, menos acesso ao trabalho remunerado e, principalmente, ao trabalho remunerado decente e bem pago.

O fato das mulheres estarem na base da pirâmide da pobreza é um retrato dos resultados causados pela desigualdade entre os sexos. A luta contra a pobreza precisará incluir a luta contra a desigualdade de gênero, pois só será possível vencê-la, se as mulheres conseguirem ter acesso a rendimentos e benefícios de forma equânime aos homens.

As mulheres precisam participar da economia e do trabalho, em igualdade de condições e, para isso, será necessário desconstruir estereótipos e enfrentar o debate da divisão dos afazeres domésticos. A acumulação das tarefas domésticas faz com que as mulheres tenham uma desvantagem intransponível em relação aos homens, no mercado de trabalho. Enquanto a administração da casa e a educação dos filhos for tarefa predominantemente feminina será difícil vencer as desigualdades, porque estarão as mulheres sempre sobrecarregadas.

Toda e qualquer política pública que busca igualdade no mercado de trabalho, que não enfrentar o dilema da distribuição dos afazeres domésticos esbarraará na impossibilidade social de se viver sem eles. A divisão dessas tarefas para ambos os sexos é primordial para qualquer mudança significativa na vida profissional e social das mulheres.

A educação, por sua vez, tem sido um instrumento impulsionador do enfrentamento às desigualdades de gênero, uma vez que: 1) facilita o ingresso das mulheres no mercado de trabalho; 2) cria oportunidade de acesso à informação de qualidade, imprescindível ao empoderamento das pessoas (neste debate, as mulheres); 3) auxilia na recolocação profissional, em caso de desemprego; 4) fortalece o pleito por melhores salários, o que garante uma maior autonomia financeira etc.

Contudo, a divisão das carreiras por sexo ainda é uma realidade; as mulheres continuam mais concentradas em profissões de rendimentos mais baixos, o que traz como consequência a manutenção delas na base da pirâmide social.

O Brasil, desde o início do século XXI, avançou consideravelmente no combate à pobreza. As conquistas dos programas de distribuição de renda e de inclusão nos ambientes de consumo tiveram resultados para todos e todas.

Contudo, a partir da crise econômica de 2015, quando os índices de emprego e renda começaram a diminuir, as mulheres, ao lado dos jovens, tornam-se ainda mais vulneráveis às dificuldades impostas por uma estagnação econômica. Logo, na busca pela volta do crescimento econômico, precisa o país impedir que as mulheres retornem à pobreza, aumentando a desigualdade.

Por fim, a pobreza só se vence com distribuição de renda e, conseqüentemente, com distribuição de poder. Para as mulheres existirem socialmente, nas mesmas condições que os homens, é preciso haver a desconstrução dos conceitos preexistentes nos lugares sociais, e garantir às mulheres e aos homens as mesmas oportunidades de lutarem, por seus sonhos e pela busca da sua autonomia.

## REFERÊNCIAS

AMNISTIA, I. **La Trampa del Género: mujeres, violència y pobreza**. Madrid: Amnistia Internacional, 2009.

ARAUJO, Ronaldo Marcos de Lima. A respeito da centralidade do trabalho. **UFPA**. [s/d]. Disponível em: <http://www.ufpa.br/ce/gepte/imagens/artigos/centralidade%20do%20trabalho%20-%20doutorado.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2016.

CASTRO, Jorge Abrahão de Organizador; MODESTO, Lúcia Organizador. **Bolsa Família 2003-2010: avanços e desafios**. 2010.

CENTRE FOR SOCIAL DEVELOPMENT et al. **The World's Women...: Trends and Statistics**. United Nations, 2010.

CHANT, Sylvia. **Female household headship and the feminization of poverty: facts, fictions and forward strategies**. 2003.p. 47 disponível em: <http://eprints.lse.ac.uk/574/1/femaleHouseholdHeadship.pdf> acesso em 02.07.2016.

COLLINS, Patricia Hill. *Intersectionality's Definitional Dilemmas*. **Annu. Rev. Sociol.** v. 41,1-20, 2015.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o Encontro de Especialistas em Aspectos da Discriminação Racial relativos ao gênero. **Estudos Feministas**. Ano 10, 2002.

CRESPO, Antônio Pedro Albernaz; GUROVITZ, Elaine. A pobreza como um fenômeno multidimensional. **RAE-eletrônica**, v. 1, n. 2, p. 1-11, 2002.

DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE ACÇÃO DA CIMEIRA MUNDIAL SOBRE DESENVOLVIMENTO SOCIAL. 1995. Disponível em: [http://www.gobcan.es/cmayerot/servlet/ViewDocu?id\\_documento=2165&id\\_pagina=23](http://www.gobcan.es/cmayerot/servlet/ViewDocu?id_documento=2165&id_pagina=23). Acesso em: 13 dez. 2016.

FAO – Food and Agriculture organization of the United Nations. **The state of food insecurity in the world**. 2012. Disponível em: <http://www.fao.org/publications/sofi/2013/en/>. Acesso em: 14 dez. 2016.

GONZ, Andre. Saindo da sociedade do trabalho assalariado. São Paulo em perspectiva. v. 9, n. 3. 1995. Disponível em: [http://produtos.seade.gov.br/produtos/spp/v09n03/v09n03\\_17.pdf](http://produtos.seade.gov.br/produtos/spp/v09n03/v09n03_17.pdf). Acesso em: 20 jan. 2016.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD. 2014. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2014/>. Acesso em: 14 dez. 2016.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Indicadores Sociais. Uma análise das condições de vida da população brasileira. 2015. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv95011.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2016.

IN, EARNINGS GAPS; AMERICA, LATIN. New Century, Old Disparities. 2009

INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION - ILO. 2015 *Labour Overview*. 2015. Disponível em: [http://www.ilo.org/caribbean/newsroom/WCMS\\_435185/lang--en/index.htm](http://www.ilo.org/caribbean/newsroom/WCMS_435185/lang--en/index.htm). Acesso em: 14 dez. 2016.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Políticas sociais: acompanhamento e análise, n. 22, 2014. IPEA. 2014. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=23602](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=23602). Acesso em 14 dez. 2016.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Mulheres e Trabalho: Breve análise do período 2004-2014. **Nota Técnica– Ipea**, 2016.

MARX, Karl. O Capital. Livro I, Tomo I. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

NOVELLINO, Maria Salet Ferreira; BELCHIOR, João Raposo Belchior. Feminização e transmissão intergeracional da pobreza no Brasil. **ENCONTRO NACIONAL DE ESTUDOS POPULACIONAIS**, v. 16, 2008.

**ONU Brasil. Conheça os novos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU.** 2015.

Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca-os-novos-17-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu/>. Acesso em: 13 dez. 2016.

ONU Brasil. 17 objetivos para transformar nosso mundo. [s/d]. **Nações Unidas – ONU Brasil.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/principais-fatos/>. Acesso em: 13 dez. 2016.

PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/Noticia.aspx?id=3619>. Acesso em: 22 jun. 2013.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

**THE WORLD BANK. O Banco Mundial prevê que a pobreza global caia abaixo de 10% pela primeira vez; obstáculos importantes permanecem na meta de erradicação da pobreza até 2030.** 2015. Disponível em: <http://www.worldbank.org/pt/news/press-release/2015/10/04/world-bank-forecasts-global-poverty-to-fall-below-10-for-first-time-major-hurdles-remain-in-goal-to-end-poverty-by-2030>. Acesso em: 13 dez. 2016.

UN WOMEN. Progress of the World's Women 2015–2016: Transforming Economies, Realizing Rights. New York, NY: UN Women, 2015. Disponível em: [http://progress.unwomen.org/en/2015/pdf/UNW\\_progressreport.pdf](http://progress.unwomen.org/en/2015/pdf/UNW_progressreport.pdf). Acesso em: 13 dez. 2016.

UN - UNITED NATIONS. *The World's Women 2010: Trends and Statistics*. [s/d]. Disponível em: <http://unstats.un.org/unsd/demographic/products/worldswomen/ww2010pub.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016.

**Submetido em: 08 out. 2018. Aceito em: 19 dez. 2018.**





## A RESPONSABILIDADE SOCIAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS PARA A SUSTENTABILIDADE DO REGIME DEMOCRÁTICO

*Alice Rocha\**  
*Hugo Neto França Miranzi\**

### Resumo

No presente artigo será abordada a realidade dos partidos políticos brasileiros, que participam de uma lógica de mercado para a obtenção de recursos para custeio de despesas ordinárias e financiamento de campanhas. Apesar desse modelo competitivo, os partidos políticos continuam realizando políticas defasadas, autoritárias e desligadas da sociedade, razão pela qual são sempre as mesmas figuras que se encontram no Poder. Sendo assim, é imprescindível que as agremiações adotem novas políticas, baseadas na sustentabilidade da democracia, considerando todos os *stakeholders* na tomada de decisões, para que sobrevivam nessa disputa. Além disso, serão tratadas as formas de fiscalização dos partidos políticos e seus filiados, a fim de que não sejam anunciadas políticas com tais características e, na prática, não sejam aplicadas.

### Palavras-chave

Partido político. Responsabilidade Social. Democracia.

### THE SOCIAL RESPONSIBILITY OF POLITICAL PARTIES TOWARDS THE SUSTAINABILITY OF THE DEMOCRATIC REGIME

### Abstract

In this article it will be approached the reality of Brazilian political parties, which participate in the market logic, to obtain resources to the costs of ordinary expenses and campaign financing. Despite the competitive model, the political parties keep realizing outdated policies, authoritarian and detached from society, the reason why they always have the same figures in the Power. Therefore, it is imperative that the associations adopt new policies, based on the sustainability of democracy, considering all the stakeholders in decision-making, to survive in this dispute. Furthermore, the forms of supervision of political parties and their affiliates will be treated, in order to ensure that no such policies and characteristics are announced and, in practice, are not applied.

### Key words

Political parties. Social responsibility. Democracy.

---

\* Doutora em Direito Internacional Econômico pela Université d'Aix-Marseille III. Possui graduação em DIREITO pelo Centro Universitário de Brasília (2005), graduação em Ciência Política pela Universidade de Brasília (2004), graduação em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (2004) e mestrado em Direito Das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília (2006). Atualmente é professora no Centro Universitário de Brasília - UniCEUB e na Faculdade Processus. Tem experiência na área de Direito, Relações Internacionais e Ciência Política, com ênfase em Direito Internacional Econômico e Direitos Humanos.

\* Possui graduação em Direito pela Universidade de Uberaba (2016). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Eleitoral.

## 1 INTRODUÇÃO

Os partidos políticos são peças fundamentais para o regime democrático brasileiro, pois detêm o monopólio das candidaturas no Brasil. Sendo assim, as agremiações partidárias são aquelas responsáveis por escolher aqueles indivíduos que mais qualificados e idôneos, tornando-os aptos a participar do pleito como candidatos aos cargos eletivos em disputa.

O objetivo destas organizações é o alcance ou manutenção, de maneira legítima, do poder político, bem como “assegurar, no interesse do regime democrático de direito, a autenticidade do sistema representativo, o regular funcionamento do governo e das instituições políticas, bem como a implementação dos direitos humanos fundamentais”<sup>1</sup>.

Nesta missão de chegar ou se manter no poder político, as agremiações precisam de recursos para custear suas atividades. Sendo assim, o primeiro capítulo será destinado a descrever o sistema de financiamento dos partidos políticos no Brasil, que é misto, composto por recursos públicos e privados. A arrecadação destes recursos é baseada em uma lógica de mercado, tendo em vista que a quantidade de recursos públicos recebidos por cada agremiação é baseada na quantidade de votos recebidos por seus filiados e na representação do partido político no Congresso Nacional.

Apesar dessa concorrência, percebe-se que são sempre os mesmos partidos a receberem a maior porção dos Fundos Eleitoral e Partidário, o que significa que estão sempre se mantendo no Poder. Dessa forma, o segundo capítulo será dedicado a demonstrar que, para que haja uma renovação na política, será necessária uma mudança de postura dos partidos políticos, a fim de diferenciar-se dos concorrentes.

Essa mudança de postura é denominada Responsabilidade Social, pela qual as decisões dos partidos políticos devem considerar os interesses dos filiados de base, dos apoiadores, dos doadores, dos eleitores e de toda a população na tomada de decisões, e não somente os interesses da liderança. Essa postura requer uma maior interação com a sociedade, bem como a transparência na gestão da organização, o que gera um aumento da confiança da população, aumentando a gama de apoiadores e, conseqüentemente, a quantidade de recursos arrecadadas. Trata-se de uma postura que traz benesses ao partido político e à agremiação como um todo, pois força os concorrentes a adotarem uma gestão responsável para sobreviverem à disputa.

No terceiro capítulo, serão expostas algumas políticas de Responsabilidade Social que atendem às demandas mais atuais no que tange a reformas eleitorais e sustentabilidade do regime democrático. A extinção ou diminuição da instalação dos partidos políticos por meio de comissões provisórias aumenta a democracia no âmbito partidário. A limitação da reeleição dos filiados é uma medida que força o partido político a se renovar constantemente. Por fim, o terceiro exemplo de política responsável é a assinatura de um termo de compromisso de não divulgação de notícias falsas, o que confere legitimidade ao pleito.

No entanto, essa postura deve existir não somente no Estatuto do partido político e em suas propagandas, mas também na prática, devendo haver esforços para o

---

<sup>1</sup> GOMES, José J. **Direito Eleitoral**. São Paulo: Atlas. 12<sup>a</sup> ed. 2016, p. 110.

seu cumprimento. Sendo assim, o último capítulo será destinado à exposição dos meios de fiscalização da efetividade das políticas partidárias, que deverá ocorrer por toda a sociedade, inclusive pelos seus próprios filiados e pelas agremiações partidárias concorrentes.

## 2 A LÓGICA DE MERCADO PARA A OBTENÇÃO DE RECURSOS PELOS PARTIDOS POLÍTICOS

Os partidos políticos são as peças fundamentais para o exercício democracia representativa no Brasil, “tendo em vista que eles detêm o monopólio das candidaturas, não existindo candidaturas avulsas e, portanto, não há representação popular e exercício do poder estatal sem a intermediação partidária”<sup>2</sup>.

Conforme o art. 1º da LOPP, os partidos políticos são pessoa jurídicas de direito privado, porém, é evidente a sua função de natureza pública e essencial para a democracia, inclusive sendo reconhecida pela lei nº 12.016/2009 (lei do mandado de segurança). Em razão disso, adota-se no Brasil um sistema misto para seu financiamento, composto tanto por recursos públicos, por meio do Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (mais conhecido como Fundo Partidário), do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (vulgarmente denominado Fundo Eleitoral) e do horário eleitoral gratuito de rádio e televisão para seus candidatos, e também são financiados por recursos privados, conforme dispõem os arts. 31, II e 39 da lei nº 9.096/95 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos – LOPP).

Ressalte-se que o Fundo Eleitoral foi criado pela lei nº 13.488/2017, a fim de trazer mais recursos para financiamento de campanhas, tendo em vista que as doações privadas de pessoas jurídicas foram declaradas inconstitucionais pelo STF no julgamento da ADI nº 4.650/DF<sup>3</sup>. Outra motivação para a criação do Fundo Eleitoral foi o advento da lei nº 13.487/2017, que revogou os arts. 45, 46, 47, 48 e 49 e o parágrafo único do art. 52 da LOPP, que disciplinavam a propaganda partidária<sup>4</sup> gratuita no rádio e televisão. Com isso, a veiculação da propaganda partidária por estes meios está proibida no Brasil, pois o art. 1º da deste mesmo diploma legal alterou o art 36, §2º da lei das eleições, proibindo a realização de qualquer tipo de propaganda política paga no rádio e na televisão.

Oportuno mencionar que, somando-se o Fundo Partidário com o Fundo Eleitoral, o valor total a ser distribuído entre os partidos políticos para as eleições gerais de 2018 completará o montante de 2,5 bilhões<sup>5</sup>.

O financiamento de natureza pública se justifica na prevenção de que os interesses particulares daqueles que financiam o partido político se sobreponham aos interesses do próprio partido e, ainda, outro benefício seria a chamada paridade de armas, ou seja, na igualdade de oportunidades entre os candidatos em uma disputa eleitoral, desfazendo “a relação entre eleição e maiores ou menores recursos financeiros”.

<sup>2</sup> GOMES, José J. *Idem*, p. 107.

<sup>3</sup> STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI nº 4.650/DF. Rel. Min. Luiz Fux. DJE 034, 24/02/2016.

<sup>4</sup> A propaganda partidária não se confunde com a propaganda eleitoral. A primeira consiste na divulgação dos ideais do partido, a fim de angariar novas filiações e apoiadores, enquanto a última consiste na propaganda de um indivíduo que está se candidatando a algum cargo político-eletivo, a fim de angariar votos para si.

<sup>5</sup> SOUZA. A. Candidatos terão dois fundos públicos para financiar campanha em 2018. *O Globo*. Brasília/DF. 14 fev 2018.

ros”<sup>6</sup>. Em contrapartida, os opositores do financiamento público dos partidos políticos argumentam que esta forma prejudica as funções democráticas desempenhadas por essas instituições, pois os desestimula a buscar uma maior aproximação com os eleitores já que sua sobrevivência financeira estaria garantida<sup>7</sup>.

No entanto, apesar da desvantagem supracitada, o financiamento público no Brasil possui regras de distribuição que não permitem que os partidos políticos se tornem inertes e desligados da política e dos anseios da sociedade.

As regras de distribuição do Fundo Partidário, determinadas pelo art. 41-A da LOPP, são mistas, sendo que apenas 5% é distribuído igualmente a todos os partidos, enquanto os outros 95% serão distribuídos de acordo a proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados. O Fundo Eleitoral também é distribuído, conforme o art. 16-A da lei nº 9.504/97, de acordo com um sistema competitivo, sendo que 2% (dois por cento) são divididos igualmente entre todos os partidos com estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral, 35% (trinta e cinco por cento) são divididos entre os partidos que tenham pelo menos um representante na Câmara dos Deputados, na proporção do percentual de votos por eles obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, 48% (quarenta e oito por cento) são divididos entre os partidos, na proporção do número de representantes na Câmara dos Deputados, consideradas as legendas dos titulares e, por fim, 15% (quinze por cento) são divididos entre os partidos, na proporção do número de representantes no Senado Federal, consideradas as legendas dos titulares.

O mesmo ocorre com a distribuição do tempo de propaganda eleitoral gratuita em rádio e televisão aos candidatos, que será de 10% entre todos os partidos políticos, enquanto os outros 90% seguirá a mesma regra de proporcionalidade do fundo partidário, de acordo com o art. 47, §2º, I e II da lei 9.504/97 (lei das eleições).

No entanto, a população não se acostumou com a República, que tem como premissa a rotatividade no Poder e, com isso, tende a reeleger os mesmos políticos<sup>8</sup>. Essa tendência se justifica, em parte, nos “vieses e erros grosseiros”<sup>9</sup> do ser humano, dentre os quais estão a inércia (viés do *status quo*), o otimismo irrealista e o fato de não buscar informações, mas apenas utilizar as que lhe são disponibilizadas.

Com isso, os maiores partidos políticos continuam sendo aqueles (re)criados no rompimento do bipartidarismo em 1979, desmembrando-se do ARENA e do MDB. Ou seja, a distribuição do Fundo Partidário e do tempo de televisão e rádio nem sempre correspondem a um maior ou menor engajamento dos partidos políticos, mas sim com uma cultura de manutenção do Poder.

---

<sup>6</sup> PARDO, Roselha G. dos Santos. Financiamento dos partidos e campanhas eleitorais. **Revista Eletrônica da EJE**, Brasília, ano 3, n. 4, p. 18-20, jun./jul. 2013.

<sup>7</sup> RODRIGUES, Ricardo J. P. Financiamento de partidos políticos e fundos partidários: subvenções públicas em países selecionados. **Revista de informação legislativa**, v. 49, n. 193, p. 31-47, jan./mar. 2012.

<sup>8</sup> Para maiores informações sobre a reeleição de Parlamentares, que aumenta a cada pleito: COSTA, Ivanete de Araújo. CONEXÃO ELEITORAL: A reeleição na Câmara dos Deputados e o perfil político dos parlamentares com oito ou mais mandatos consecutivos.

<sup>9</sup> THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: o empurrão para a escolha certa**. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 19-42.

Dessa forma, muitos são os defensores<sup>10</sup> da limitação de reeleições para os cargos do Poder Legislativo, de forma a prevenir que se mantenham no poder os chamados “políticos profissionais”.

Neste cenário, os partidos políticos devem mudar a sua postura, relacionando-se intimamente com a população para que possam atrair mais recursos, de origem pública e privada, e exercer suas funções com maior autonomia e qualidade, de maneira a reverter o quadro atual e conferir maior representatividade às diversas ideologias.

Essa interação entre sociedade e partido político passou a ser ainda mais importante com a revogação da propaganda partidária gratuita no rádio e televisão, bem como a sua proibição de forma remunerada.

Essa mudança de postura é capaz de trazer mais filiados (e, conseqüentemente, maior número de contribuições destes), mais apoiadores, o que significa maior arrecadação de recursos por meio de doações de pessoas físicas, o que ficou facilitado com a possibilidade de utilização de *crowdfunding*<sup>11</sup>.

A democracia, para que exista de fato, precisa girar em torno do cidadão, tendo este como protagonista. Sendo assim, para que “a democracia seja sustentável são necessários partidos políticos transparentes, responsáveis e inclusivos que possam canalizar as demandas do povo e verdadeiramente representá-lo”<sup>12</sup>.

### 3 A ADOÇÃO DE POLÍTICAS DE RESPONSABILIDADE SOCIAL COMO ESTRATÉGIA DE DIFERENCIAÇÃO DOS PARTIDOS POLÍTICOS E OS SEUS BENEFÍCIOS PARA O POVO

As grandes empresas são frequentemente questionadas pelos seus atos, estão sempre na mira da mídia e das ONGs e, em resposta, passaram a adotar uma postura mais sustentável com relação a todos os afetados e interessados (*stakeholders*) pelas suas atividades. Essa nova postura é denominada Responsabilidade Social Corporativa.

O termo *stakeholders* é utilizado para explicitar os graus de comprometimento e de dependência recíproca da empresa com os interessados e afetados pelas suas atividades, quais sejam, seus acionistas, empregados, fornecedores, clientes, concorrentes, governo, grupos, movimentos e comunidade<sup>13</sup>. No caso dos partidos políticos, os atores sociais são um pouco distintos, porém, tão abrangentes quanto, tendo em vista que existem as lideranças, os filiados, os doadores, dentre outros.

A responsabilidade social é uma nova visão da organização e do seu papel na sociedade, caracterizando-se como uma cidadã, uma entidade social que se relaciona

<sup>10</sup> O jurista Luiz Flávio Gomes é criador do movimento “Fim do Político Profissional”. Para mais informações: <<http://luizflaviogomes.com/fim-do-politico-profissional/>>

<sup>11</sup> Tribunal Superior Eleitoral. Doação a pré-candidato por meio de “crowdfunding” já pode ser realizada. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 15 mai 2018.

<sup>12</sup> FALGUERA, Elin et al. **Financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais: um manual sobre financiamento político**. FGV: Rio de Janeiro. 2014. p. 14

<sup>13</sup> ALVES. E. Dimensões da responsabilidade social da empresa: uma abordagem desenvolvida a partir da visão de Bowen. **Revista de Administração**, São Paulo, v. 38, n. 1, p. 39, 2003.

com todos os outros atores sociais e, portanto, tem seus direitos e deveres que vão além das obrigações legais estabelecidas no campo jurídico formal<sup>14</sup>.

No entanto, para não limitar esse fenômeno às empresas, adiante será utilizado o termo Responsabilidade Social, para lhe conferir maior abrangência, tendo em vista que esta também se aplica às ONGs, ao setor público<sup>15</sup> e aos partidos políticos, como será demonstrado.

Nas últimas duas décadas, as críticas e a fiscalização da população sobre os partidos políticos e seus membros aumentaram bastante, principalmente com relação aos que, de acordo com o que é noticiado, possuem maior envolvimento com o Mensalão e com a Operação Lava-Jato. Com isso, o nível de desconfiança da população com relação aos políticos e partidos políticos aumenta constantemente, sendo possível afirmar que existe no Brasil uma crise de representação, na qual, inclusive, uma parcela da população clama por “intervenção militar”<sup>16</sup>.

Os partidos políticos, além de realizarem o papel de intermediar as eleições (pelo fato de não existir candidatura avulsa, conforme o art. 14, §3º, V da Constituição), também orientam os seus membros eleitos ao Poder Legislativo que, conforme os arts. 24 e 25 da LOPP, devem atuar de acordo com os princípios doutrinários e programáticos e às diretrizes estabelecidas no Estatuto do partido político ao qual pertence, sob pena de lhe serem impostas medidas disciplinares e outras penalidades previstas neste documento. Dessa forma, em razão da adoção do sistema proporcional para a eleição de Vereadores e Deputados, mesmo que o eleitor vote diretamente em um dos candidatos, estará conferindo o seu voto à legenda (partido político ou coligação), e não ao candidato<sup>17</sup>. Portanto, para tais cargos, os partidos políticos são os verdadeiros titulares, atuando por meio de seus candidatos eleitos.

Neste espeque, os partidos políticos devem repensar a sua atuação, devido à sua relevante função na democracia brasileira e também ao fato de receberem recursos públicos, possuindo, nesse sentido, o dever moral de retribuir a sociedade.

É importante ressaltar que, seja no ramo empresarial ou na política, “os objetivos e as metas que determinam e viabilizam a performance, bem como os processos e os recursos humanos que originam os produtos ou serviços prestados, são restringidos e modelados pelo contexto sociocultural”<sup>18</sup> no qual a organização desenvolve suas atividades. Sendo assim “a performance social não pode ser um componente distinto da efetividade”<sup>19</sup>.

Dessa forma, os partidos políticos não podem pautar sua atuação visando os interesses pessoais de alguns poucos líderes, mas sim nos interesses de todos os atores (*stakeholders*) da política. No entanto, não é isso que vem ocorrendo ultimamente com

---

<sup>14</sup> ALVES, E. Idem, p. 39.

<sup>15</sup> CRANE, Andrew et al. **Corporate social responsibility: in global context**. 2013, p. 1-2.

<sup>16</sup> Esse movimento pró-intervenção militar ganhou força com a paralisação dos caminhoneiros que ocorreu em pelo menos 15 (quinze) Estados brasileiros entre os dias 24 a 30 de maio de 2018. Apesar de extremamente controverso e minoritário, esse movimento possui uma proporção significativa. Para mais informações: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44244583>.

<sup>17</sup> STF. MANDADO DE SEGURANÇA. MS nº 26.604 Distrito Federal/DF. Relator Min. Carmen Lúcia. DJE nº 187. 03/10/2008.

<sup>18</sup> STRAND, R. A Systems paradigm of organizational adaptations to the social environment. **Academy of Management Review**. v. 8, n. 1, p. 90, 1983.

<sup>19</sup> STRAND, R. A. Idem. p. 90.

a maioria dos partidos, com relação a diversos temas relevantes, como por exemplo, o grande apoio à adoção do sistema proporcional de listas fechadas<sup>20</sup>, tema frequente no Congresso Nacional. A atuação dos partidos políticos deve considerar também as demandas sociais, tendo em vista que os membros eleitos terão a função de representar a população no Poder.

A percepção dos partidos políticos, entretanto, parece estar defasada, tendo em vista que, diante do cenário político atual, de inúmeros casos de corrupção, crise econômico-financeira, corte de gastos públicos, aumento de alíquotas de impostos, dentre outras medidas suportadas pela população para recuperar a economia do país, pouca mudança se vê no comportamento das agremiações. Essa percepção deve ocorrer por meio de um estudo social, o que não ocorre devidamente pelos partidos políticos.

Com relação ao estudo sobre o ambiente de atuação da organização, dispõe Strand<sup>21</sup> que deve ser pautado em três etapas, sendo que a primeira, definida como responsabilidade social, consiste em captar as demandas e expectativas sociais apresentadas à organização e, após, analisar quais são de sua responsabilidade. A segunda etapa, denominada responsividade social, consiste no processamento das demandas, ou seja, a elaboração dos processos adequados para tomar decisões relativas às demandas sociais. Por fim, a terceira e última etapa, chamada resposta social da organização, diz respeito às respostas específicas das organizações às demandas, bem como ao controle dos resultados dessas respostas, de forma a conhecer a efetividade da medida.

Sendo assim, os partidos políticos devem realizar maiores investimentos em pesquisas sociais, conforme exposto acima, com a finalidade de elaborarem as respostas sociais necessárias. Lembrando que este estudo não é estático, mas sim um processo contínuo, tendo em vista que as relações sociais são dinâmicas. Portanto, uma ação específica pode ser mais ou menos socialmente responsável de acordo com o paradigma temporal e ambiental das partes envolvidas, ou seja, a mesma atividade pode ser considerada socialmente responsável em certas circunstâncias de tempo e lugar, mas socialmente irresponsável em outras<sup>22</sup>.

A Responsabilidade Social possui como principal característica a voluntariedade, ou seja, é um *plus* normativo. Significa que aquilo que está previsto na legislação é o mínimo a ser cumprido, devendo a gestão do partido político ir além por vontade própria<sup>23</sup>.

Os partidos políticos, conforme os arts. 17, §1º da Constituição e 3º da LOPP, possuem autonomia para a definição de sua estrutura interna, organização e funcionamento<sup>24</sup>. Dessa forma, podem dispor livremente sobre a sua gestão em seus Estatutos, desde que respeitados, conforme o art. 2º da LOPP, a soberania nacional, o regi-

<sup>20</sup> O sistema proporcional de listas fechadas, apesar de tema antigo e polêmico, sempre retorna às pautas do Poder Legislativo quando há discussão sobre reformas eleitorais, como por exemplo os recentes PL 4636/09 e o Relatório 03/17.

<sup>21</sup> STRAND. R. A. *op cit.* p. 90.

<sup>22</sup> SETHI. P. S. Dimensions of corporate social performance: an analytical framework. *California Management Review*, v. 13, n. 3, p. 59, 1975.

<sup>23</sup> CRANE, Andrew et al. *Op cit.* p. 5.

<sup>24</sup> CASTRO, Edson de Rezende. *Curso de direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 8 ed. 2016, p. 24.

me democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana. Com isso, terão liberdade para incluir em seus programas e Estatutos as respostas sociais específicas, de forma a torná-las públicas e permitir uma fiscalidade por parte dos atores sociais com relação ao seu efetivo cumprimento. Além disso, devem prever em seus documentos constitutivos as sanções para o caso de descumprimento destas.

Com o exposto, pode-se questionar os motivos pelos quais os partidos políticos modificariam sua atuação, apostando em novas políticas, alocando recursos com projetos sociais e diminuindo seus gastos com campanha, sendo que tais mudanças não refletiriam votos em curto prazo. A resposta está na diferenciação, que irá trazer mais eleitores e filiados, o que irá atrair mais recursos ao partido político a longo prazo.

Uma política social bem conduzida é capaz de garantir uma posição de destaque na sociedade onde a organização atua. Essa posição de destaque, por sua vez, contribui para a sobrevivência desta naquele contexto, tendo em vista que se tornará mais conhecida e irá atrair um maior público, ganhando maior visibilidade, aceitação e potencialidade. Com isso, as pessoas ficarão orgulhosas de comprar produtos ou serviços de uma organização com elevada responsabilidade social, os fornecedores terão motivação em trabalhar como parceiros de uma organização desta natureza e, por fim, os concorrentes perceberão o ganho de valor desta organização e serão forçados a adotar uma postura socialmente responsável para sobreviverem à disputa, o que gera um benefício aos *stakeholders*<sup>25</sup>.

No caso dos partidos políticos, a política social bem-sucedida é uma via de aproximação entre partidos políticos e a população que beneficia a todos os *stakeholders*, tendo em vista que a sociedade será melhor representada no governo e os partidos políticos terão, ainda que a longo prazo, uma gama mais ampla de apoiadores, eleitores e filiados, que também serão mais fidelizados com seus programas e ideologias, o que significará mais recursos à sua disposição, por meio de doações, contribuições de filiados e, ainda, do fundo partidário, possibilitando que a agremiação partidária alcance suas metas. Portanto, “ir para além do simples cumprimento da lei pode aumentar a competitividade de uma empresa”<sup>26</sup>.

Nesse caso, apesar de os partidos políticos não se confundirem com as empresas, existe uma competição entre as agremiações para chegar ou se manter no poder. Frise-se que, conforme exposto anteriormente, o modelo de financiamento dos partidos políticos no Brasil baseia-se em um modelo competitivo.

A implementação desta estratégia de diferenciação não pode ser infundada, deve ser precedida do estudo social supramencionado, o que significa que deverão ser utilizados recursos para investimentos em pesquisa e desenvolvimento, e também deve haver investimento em marketing, que deverá atuar em conjunto com um setor de pesquisa e desenvolvimento, a fim de evitar que as políticas sociais adotadas estejam fora de sintonia com o que a sociedade quer e percebe, gerando assim uma lacuna entre o custo da estratégia de diferenciação e o valor agregado por ela<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> BERTONCELLO, S. L. T.; CHANG JUNIOR, J. A importância da Responsabilidade Social Corporativa como fator de diferenciação. *FACOM*, n<sup>o</sup> 17, p. 74, 2007.

<sup>26</sup> COMISSÃO DAS NAÇÕES EUROPEIAS. *Livro verde: Promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas*. Bruxelas, 2001, p. 7.

<sup>27</sup> BERTONCELLO, S. L. T.; CHANG JUNIOR, J. *Ob cit*, p. 74.

Ademais, uma gestão socialmente responsável, além de cumprir a legislação e promover os seus interesses, também é um meio de publicidade, pois divulga o nome da organização em conjunto com boas ações, e uma forma de gerenciamento de riscos, tendo em vista que, considerando-se a população cada vez mais informada e conscientizada, é um meio de evitar protestos e boicotes, que podem trazer uma grande depreciação à imagem. Outro benefício de uma gestão socialmente responsável é que, por se tratar de, voluntariamente, ir além da legislação vigente, significa que, além de evitar regulações mais rígidas, a organização encontra-se em uma posição de antecipação a futuras alterações legislativas, o que lhe confere uma vantagem com relação aos seus concorrentes<sup>28</sup>.

Sendo assim, um partido político que busca uma gestão socialmente responsável, deve ir mudando a sua postura paulatinamente, começando a tratar as políticas como uma missão ou princípio, aplicando-os na sua organização e nas tomadas de decisões, até que se torne algo intrínseco às estratégias da agremiação<sup>29</sup>. Nesse momento, o partido político deve valer-se de sua autonomia, prevista no art. 17, §1º da Constituição, incluindo-as em seus Estatutos.

Ao incluir as políticas sociais em seus Estatutos, transformando-as em práticas inerentes à própria existência do partido político, ocorre a vinculação destas a todos os atos praticados, em qualquer nível da agremiação, ou seja, da esfera nacional até a municipal. Dessa forma, os órgãos do mesmo partido podem realizar uma fiscalização mútua e, caso haja alguma violação, poderão judicializar a questão.

Frise-se que os partidos políticos devem, além de anunciar que adotam políticas sociais, publicar frequentemente os seus esforços e resultados, conferindo-lhe transparência, de forma que os atores sociais possam verificar a efetividade das medidas e exercer a fiscalização.

#### 4 POLÍTICAS DE RESPONSABILIDADE SOCIAL PARTIDÁRIA SOBRE TEMAS ATUAIS E CONSTANTEMENTE DEMANDADOS

Este capítulo será destinado a demonstrar algumas políticas partidárias que se coadunam com uma gestão socialmente responsável na atualidade, por se relacionarem com grandes demandas recentes. Tais políticas, apesar de não serem especificamente sociais, são capazes de beneficiar a sociedade como um todo.

##### 4.1 A menor utilização das comissões provisórias como forma de respeitar o regime democrático

Pelo fato de a responsabilidade social ser um *plus* à legislação, presume-se que o partido político esteja cumprindo o mínimo estabelecido na lei, pois de nada adianta

<sup>28</sup> MITKIDIS. Katerina P. **Sustainability clauses in international business contracts**. Eleven International Publishing, 2015, p. 4-5.

<sup>29</sup> COMISSÃO DAS NAÇÕES EUROPEIAS. **Ob cit**, p. 17.

descumprir a legislação e adotar práticas responsáveis desconexas com a atividade principal do partido político<sup>30</sup>.

Neste sentido, a maioria dos partidos políticos não estão cumprindo o mínimo legal previsto no art. 17, 'caput', da Constituição atualmente. Trata-se de uma violação ao regime democrático e aos direitos fundamentais no ambiente interno dos partidos políticos, tendo em vista a grande quantidade de comissões provisórias municipais, a maioria com prazo de duração indeterminado.

As comissões provisórias são instauradas para a disputa das eleições naquelas circunscrições em que o partido político não possua um diretório municipal instalado, com a finalidade de organizar a agremiação naquela circunscrição até que um diretório permanente seja eleito, tendo em vista que a própria nomenclatura sugere que a existência destas seja provisória. Porém, na prática, referidas comissões possuem duração indeterminada e passaram a ser utilizadas como forma de controle interno do partido por alguns líderes, tendo em vista que são compostas por membros nomeados e podem ser substituídos ou destituídos a qualquer momento pelos órgãos partidários superiores.

Um levantamento feito na base de dados do TSE demonstra que 80% das agremiações partidárias municipais são constituídas por meio de comissões provisórias. Das 75,8 mil estruturas partidárias municipais do Brasil, 59,6 mil são comissões provisórias<sup>31</sup>. Ainda, "dos 35 partidos brasileiros, apenas seis tem mais da metade de seus diretórios com caráter permanente (PCdoB, PSDB, PMDB, PT, PSTU e NOVO). No outro extremo, o PMB e o PROS têm mais de 99% de seus núcleos com caráter provisório"<sup>32</sup>. Tais dados demonstram claramente o abuso da maioria dos partidos políticos com relação às comissões provisórias.

Devido à forma de criação e extinção das comissões provisórias, é possível afirmar que, "quanto maior a proporção de comissões provisórias em relação a diretórios, tomando como base o número de municípios onde o partido possui representação, mais concentrado será o controle do partido nas mãos de uma pequena liderança influente"<sup>33</sup>.

A Corte Superior Eleitoral, a fim de reprimir referida prática, editou a Resolução TSE nº 23.465/2015 que, em seu art. 39 limita a duração das comissões provisórias em 120 (cento e vinte) dias. Além disso, estabeleceu o TSE que a destituição das comissões provisórias, pela aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, "somente se afigura legítima se atender às diretrizes e aos imperativos magnos, notadamente a observância das garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa"<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> ZUBIZARRETA. J. H. et al. **El negocio de la responsabilidad: crítica de la responsabilidad social corporativa de las empresas transnacionales**. Barcelona: Icaria, 2009, p. 60.

<sup>31</sup> GADELHA, Igor. Quase 80% dos partidos são comandados por comissões provisórias nos municípios. *Estadão*. Brasília/DF. 14/02/2017.

<sup>32</sup> MELLO, Igor. Caciques controlam partidos com comissões provisórias. *O globo*. Rio de Janeiro/RJ. 21/01/2018.

<sup>33</sup> MAUERBERG JUNIOR, Arnaldo. A organização partidária no Brasil: o caso das comissões provisórias. *Revista Política Hoje*, v. 22, n.º 1, p. 147-148, 2013.

<sup>34</sup> TSE. MANDADO DE SEGURANÇA. MS nº 060145316 Picuí/PB. Relator Min. Luiz Fux. DJE 27/10/2017.

A vigência do dispositivo que limitou a duração das comissões provisórias a 120 (cento e vinte) dias foi adiada inúmeras vezes, a pedido dos partidos políticos, sob o argumento de que o tempo seria insuficiente para mudanças tão significativas. Nesse caso, os partidos políticos que não possuíam essa prática estão em uma posição de vantagem com relação aos demais.

No entanto, os partidos políticos reagiram de forma oposta à Responsabilidade Social, aprovando a EC nº 97/2017, que alterou o art. 17, §1º da Constituição, conferindo liberdade absoluta aos partidos políticos para estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios.

A atual Procuradora-Geral da República Raquel Dodge ajuizou a ADI nº 5.875 sob o argumento de que essa liberdade absoluta possibilita a concentração de poder, vez que consiste em um obstáculo à renovação política municipal ou estadual, perpetuando os líderes nacionais, tendo em vista que a escolha de candidatos a pleitos passa a ser controlada de modo incontornável pela direção nacional. Isso impossibilita que o partido apresente ao eleitor candidatos surgidos nas próprias bases partidárias, mais próximos daquela comunidade, restringindo ainda mais as opções já limitadas dos eleitores, com prejuízo ao direito fundamental de participação política<sup>35</sup>. Referida ação ainda não foi julgada, razão pela qual não será aplicado o art. 39 da Resolução TSE nº 23.465/2015 nas Eleições 2018.

Vale lembrar que o Ministro Henrique Neves, ao proferir seu voto no PA nº 750-72/DF, que tratava sobre este assunto, afirmou que “não há como se conceber que, em uma democracia, os principais atores da representação popular não sejam, igualmente, democráticos”<sup>36</sup>.

A complexidade da administração de uma organização não permite que uma só pessoa ou um pequeno grupo possa comandá-la com qualidade, prosperidade e segurança. A administração exige formação técnica, sensibilidade pessoal, diversidade de ideias e opiniões e liberdade de expressão para gerir uma organização em uma sociedade com atores sociais heterogêneos<sup>37</sup>.

Portanto, uma política de Responsabilidade Social que deveria ser adotada pelos partidos políticos seria a eliminação das comissões provisórias e a instalação de diretórios permanentes eleitos pelos filiados do partido político. Trata-se de uma medida que irá trazer maior transparência e legitimidade e, ainda, evitar novas confusões legislativas, como a causada por essa situação.

#### 4.2 A Limitação à reeleição dos filiados como forma de renovação política

Um dos grandes problemas do cenário político brasileiro é o baixo índice de renovação na política, razão pela qual o governo do país é comandado pelas mesmas figuras e seus parentes, eleição após eleição. Criou-se a figura do político profissional,

<sup>35</sup> STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI nº 5.875/DF Distrito Federal/DF. Relator Min. Luiz Fux. DJE 041, 05/03/2018.

<sup>36</sup> TSE. PROCESSO ADMINISTRATIVO. PA nº 75072 Brasília/DF. Relator Min. Henrique Neves da Silva. DJE 13/04/2016.

<sup>37</sup> ALVES, E. ob cit, p. 42.

que é aquele que entra para a política e nunca mais retorna para a sua atividade profissional de origem, abandonando-a de vez.

Com relação aos cargos do Poder Executivo, o art. 14, §5º da Constituição de 1988 limita a uma única reeleição subsequente para o mesmo cargo, no entanto, essa limitação não existe para os cargos do Poder Legislativo, que é exatamente onde atuam os políticos profissionais.

A taxa de renovação do Congresso Nacional, especialmente com relação à Câmara dos Deputados, é inferior a 50%. Nas eleições de 2014, o índice de renovação na Câmara dos Deputados foi de apenas 43,7%, no entanto, se considerados apenas aqueles que assumiram o mandato pela primeira vez, a porcentagem cai para 38,6%<sup>38</sup>. Ressalte-se que se fossem considerados os filhos e netos de ex-Deputados, a porcentagem cairia ainda mais.

A reeleição ilimitada para os cargos do Poder Legislativo impede o nascimento de novas lideranças assim como a renovação das ideias e das ideologias, tendo em vista que o candidato à reeleição possui vantagens, conferidas pelo cargo que ocupa, com relação aos outros candidatos. Os candidatos à reeleição utilizam recursos públicos “para promover acordos, otimizar a propaganda oficial, gerar inaugurações das obras públicas (inacabadas) ou o uso intensificado dos meios de comunicação, colocando a máquina pública a serviço de um partido político”<sup>39</sup>.

Quanto mais tempo afastado da sua atividade profissional de origem, menor as chances de o indivíduo ser reintegrado nesta, motivando-o a viver eternamente em sua carreira política. Com a limitação à reeleição, após exercer o cargo eletivo, o indivíduo seria forçado a se reintegrar à sua profissão de origem, podendo continuar a participar da política no âmbito interno de seu partido político<sup>40</sup>. Isso possibilita que novas figuras tragam uma heterogeneidade à política.

Com essa temática em voga, está em trâmite no Congresso Nacional a PEC nº 50/2015<sup>41</sup>, assinada pela Senadora Vanessa Grazziotin, que visa limitar a reeleição dos Senadores e quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos para um único período subsequente, e dos Deputados Federais, Deputados Estaduais, Deputados Distritais e Vereadores, bem como quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos para apenas dois períodos subsequentes.

Sendo assim, uma política a ser adotada pelos partidos políticos mais engajados seria a limitação à reeleição de seus candidatos, de forma a antecipar uma possível alteração legislativa e estar em uma posição de vantagem com relação aos demais. Além disso, essa medida possibilitaria uma maior renovação na política, beneficiando todos os *stakeholders*. No entanto, as agremiações partidárias parecem não possuir referida sensibilidade, tendo em vista que tendem a apostar em seus filiados que já ocupam cargos e pretendem a reeleição<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> SOUZA, M. et al. Índice de renovação de parlamentares na Câmara chega a 43,7%. *Câmara Notícias*. Brasília/DF. 30/01/2015.

<sup>39</sup> GOMES, Luiz Flávio. Fim da reeleição e fim do político profissional: PEC 50/2015. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4230, 30 jan 2015.

<sup>40</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Idem*.

<sup>41</sup> A PEC nº 50/2015 encontra-se atualmente na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

<sup>42</sup> PERON, Isadora; TRUFFI, Renan. Partidos vão dar prioridade à reeleição na divisão de fundo. *O Estado de São Paulo*. Brasília/DF. 16 dez 2017.

Um partido político que adotou esta medida foi o NOVO, que incluiu no art. 99 de seu Estatuto a previsão de que seus filiados detentores de cargos do Poder Legislativo não poderão se candidatar a mais de uma reeleição consecutiva<sup>43</sup>.

#### 4.3 Compromisso de abstenção e fiscalização da divulgação de *fake news* para que haja uma disputa eleitoral limpa

É comum na época de propaganda eleitoral que candidatos e partidos políticos, ao invés de divulgarem seus planos de governo, suas ideias e suas qualidades, fiquem trocando acusações de envolvimento em esquemas de corrupção, criticando a capacidade do adversário e as suas ideias. Essa prática, na atualidade, tornou-se muito prejudicial devido à tecnologia e o uso das redes sociais, que possibilitam a disseminação de informações em uma velocidade incrível.

Essa velocidade na propagação das informações, a despeito de ser uma qualidade para o maior acesso da população, se torna um problema quase irreversível quando o conteúdo das notícias veiculadas for falso, as chamadas *fake news*. Tais notícias são capazes de gerar enormes prejuízos de legitimidade à disputa eleitoral, tendo em vista que muitas pessoas não sabem filtrar o conteúdo que recebem e, ainda que seja feita retirada do conteúdo, dificilmente a remoção será feita de forma permanente, pois os conteúdos podem ter sido salvos por quaisquer pessoas, existindo o risco de novas postagens, devendo a vítima atentar para o monitoramento de seu nome e fatos na internet<sup>44</sup>.

“Por vezes, esse comportamento poderá não constituir crime, ficando adstrito apenas à responsabilização civil ou administrativa. Outrossim, poderá constituir infração criminal prevista no Código Penal ou na legislação extravagante”<sup>45</sup>. No entanto, ainda que a vítima seja reparada e o autor seja responsabilizado, essa prática causa um prejuízo irreparável ao processo eleitoral.

Como exemplo prático da interferência das *fake news* no processo eleitoral, temos a eleição presidencial da França em 2017, na qual a campanha do chefe de Estado francês foi alvo de um ciberataque no qual foram propagados arquivos supostamente falsos para enganar grupos que buscavam expor segredos que o comprometessem. Também, foram publicadas notícias falsas por russos, interferindo o resultado das eleições presidenciais norte-americanas de 2016, na qual Donald Trump saiu vitorioso<sup>46</sup>.

Antenados para tais questões, alguns partidos políticos aceitaram assinar um termo proposto pelo atual Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, Ministro Luz Fux, pelo qual se comprometem a não disseminar notícias falsas no processo eleitoral das eleições gerais de 2018 e, ainda, a colaborar com a Justiça Eleitoral na fiscalização destas. Os partidos que assinaram o termo foram: DEM, PCdoB, PSDB, PDT, PRB, PSC,

<sup>43</sup> O Estatuto do partido NOVO pode ser acessado por meio da página: <https://novo.org.br/partido/estatuto/>.

<sup>44</sup> BARRETTO, A. G.; PEREIRA, M. T. M. A. *Fake news* e os procedimentos para remoção de conteúdo. **Revista Consultor Jurídico**. Brasília/DF. 11 mar 2018.

<sup>45</sup> BARRETTO, A. G.; PEREIRA, M. T. M. A. *Idem*.

<sup>46</sup> ANSA. Macron anuncia projeto de lei contra 'fake news' em eleições. **Revista Istoé**. Paris. 03 jan 2018.

PSD, PSL, PSOL e Rede. Dos 35 (trinta e cinco) partidos políticos registrados no Brasil, apenas estes 10 (dez) assinaram o termo, sendo que os outros não o fizeram por empecilhos de ordem prática ou porque a Corte Superior Eleitoral não anunciou previamente a assinatura deste termo<sup>47</sup>.

Trata-se de uma medida na qual os partidos políticos com uma gestão socialmente responsável certamente deverão adotar, com a finalidade de se alcançar uma democracia sustentável, com processos eleitorais legítimos e disputados com candidatos em paridade de armas.

## 5 FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DAS POLÍTICAS DE RESPONSABILIDADE SOCIAL PARA A PREVENÇÃO DE DISCURSOS VAZIOS

A Responsabilidade Social, se adotada nos moldes acima, pode ser benéfica a todos os *stakeholders*. Porém, se utilizada como pura estratégia de marketing, na qual as políticas anunciadas não são de fato cumpridas, servindo apenas para mascarar as práticas obscuras dos partidos políticos, conferindo-lhes boa imagem e legitimidade<sup>48</sup>, pode ser imensamente prejudicial à saúde da democracia brasileira.

Sendo assim, são necessários meios de fiscalização das políticas anunciadas pelos partidos políticos, razão pela qual a transparência é essencial. A fiscalização será realizada por todos os *stakeholders*, ou seja, pelos líderes dos partidos, pelos diretórios de outras circunscrições eleitorais, pela concorrência, pelos filiados, pelos parceiros, pelos doadores, pelos eleitores e por toda a sociedade, cada um exercendo sua função na implementação da Responsabilidade Social<sup>49</sup>.

Se constatado que a política não está sendo adotada e que não está havendo sequer esforços, deverão haver consequências aos responsáveis. Neste diapasão, o descumprimento das políticas configurará uma violação às normas nas quais foram dispostas, seja no Estatuto do partido político ou em seu código de conduta interno, razão pela qual haverá lesão a um ou alguns *stakeholders*, dependendo da política que foi negligenciada. Havendo lesão, a questão poderá ser levada ao Poder Judiciário, conforme o art. 5º, XXXV da Constituição de 1988.

A competência para julgar referida violação será da Justiça Eleitoral se a violação afetar o pleito em disputa ou, caso seja uma questão meramente partidária, será de competência da Justiça Comum<sup>50</sup>.

Aqui, há que se analisar o autor da violação, pois isso definirá qual será a consequência e a medida cabível. Os possíveis autores das disposições estatutárias são os filiados, os candidatos eleitos e o próprio partido político como um todo.

A filiação partidária estabelece um vínculo entre o partido político e o cidadão, que é regido pelos arts. 16 a 22-A da LOPP, bem como pelo Estatuto da agremiação

<sup>47</sup> GARCIA, Gustavo. Luiz Fux e representantes de 10 partidos assinam compromisso contra disseminação de 'fake news' nas eleições. **G1**. Brasília/DF. 05 jun 2018.

<sup>48</sup> ZUBIZARRETA, J. H. et al. **Ob cit.** p. 103-117.

<sup>49</sup> LAMBOOY, Tineke. Legal Aspects of Corporate Social Responsibility. **Utrecht Journal of International and European Law**, 2014, p. 1.

<sup>50</sup> CASTRO, Edson de Rezende. **Ob cit.** p. 23.

partidária, que disciplinará os direitos e deveres de todos os filiados, observando-se a necessária igualdade entre eles<sup>51</sup>.

No caso do descumprimento por parte de filiados da base, a questão poderá ser resolvida no âmbito interno do partido político, de acordo com as sanções previstas no seu próprio Estatuto, nos termos do art. 23 da LOPP, devendo ser respeitados os princípios do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV da Constituição de 1988), tendo em vista que a autonomia dos partidos políticos não é absoluta para suprimi-los em seus documentos constitutivos, conforme o art. 17, 'caput' da Lei Maior. Além disso, "é inegável a possibilidade de se levar ao conhecimento do Poder Judiciário a discussão em comento, na medida em que houve inequívoca lesão aos filiados que cumpriram a regra doméstica"<sup>52</sup>.

Quanto aos candidatos eleitos, além das sanções internas da agremiação partidária, aplicável a todos os filiados, sujeitam-se a outras consequências. Nesse ponto, distingue-se os detentores de cargo do Poder Executivo e os parlamentares, tendo em vista que a legislação reserva algumas exigências distintas para cada um.

No caso dos detentores de cargo do Poder Executivo, exige-se para o seu registro de candidatura a protocolização de um plano de governo, conforme o art. 11, §1º, IX da lei nº 9.504/97, trata-se uma condição de registrabilidade<sup>53</sup>. Sendo assim, com a exigência de apresentação das propostas de governo em um documento oficial, o candidato, se eleito, estará vinculado. Portanto, se o candidato inserir as políticas do seu partido, ideias e propostas populistas ou impossíveis em seu plano de governo, com o intuito de obter mais votos, abandonando-as logo que for investido no cargo, sem nem mesmo empregar esforços e sem nenhum óbice de ordem prática para a sua implementação, estará caracterizado o "estelionato eleitoral", ou seja, o abandono do conteúdo do plano de governo somente será assim caracterizado se for injustificado.

Embora essa prática não constitua nenhuma infração ou crime eleitoral, existem projetos de lei que visam tipificá-la, como por exemplo o PL nº 3.546/2015, que pretende alterar o Código Penal para tanto, tendo como sujeitos ativos os Chefes dos Poderes Executivo Federal, Estadual e Municipal que descumprirem os compromissos de campanha assumidos publicamente e entregues à Justiça Eleitoral como requisito para obtenção dos respectivos registros de candidatura<sup>54</sup>.

Sendo assim, apesar de não constituir crime, os partidos políticos devem prever consequências em seus Estatutos para os filiados que praticarem o estelionato eleitoral, a fim de aumentar a confiança dos eleitores com relação às agremiações. Caso contrário, a imagem do partido político estará atrelada a uma política desleal.

No caso dos parlamentares, a legislação eleitoral não exige a protocolização de um plano de governo para o seu registro de candidatura, no entanto, conforme ex-

<sup>51</sup> GOMES, José Jairo. *Ob cit.* p. 118.

<sup>52</sup> CYRINEU, Rodrigo. Prazo de filiação partidária é questão de economia doméstica. *Consultor Jurídico*. Brasília/DF. 07 mar 2016.

<sup>53</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. Condições de registrabilidade e condições implícitas de elegibilidade: esses obscuros objetos do desejo. In: SANTANO, Ana Cláudia; SÁLGADO, Eneida Desiree. *Direito Eleitoral: debates ibero-americanos*. 1 ed. Curitiba: Ithala. 2014. p. 275-286.

<sup>54</sup> BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.546/2015. Altera o Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), para tipificar o crime de "estelionato eleitoral". Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2053095>>. Acesso em: 15 jun 2018

posto anteriormente, a titularidade dos cargos do Poder Legislativo é dos partidos políticos. Portanto, a atuação do parlamentar é vinculada ao programa da agremiação partidária, com suas políticas e diretrizes e, em razão disso, caso o parlamentar as descumpra, poderá sofrer medidas disciplinares e outras penalidades previstas no Estatuto do partido político, conforme os arts. 23 a 26 da LOPP.

A questão fica mais complexa quando o partido político como um todo, por meio de decisão de seus filiados, negligencia políticas previstas em seu próprio Estatuto. Essa complexidade também se torna presente nos casos em que os partidos políticos se omitem no papel de fiscalizar seus filiados, ocupantes de cargos eletivos ou não, deixando de aplicar as medidas e penalidades cabíveis.

Ressalte-se que, pelo fato de que é o partido político e seus filiados que escolhem aqueles que irão se candidatar sob sua legenda, deverá este responder pelos atos contrários à lei praticados pelos candidatos que lançou. É a denominada culpa *in eligendo*<sup>55</sup>, caracterizada pelo fato de que é o partido político é o responsável pela seleção prévia do candidato que irá disputar o pleito, aplicando recursos para a campanha e cedendo tempo de propaganda eleitoral em rádio e TV. Sem essa seleção interna do partido, o indivíduo não poderá disputar o pleito, tendo em vista que os partidos políticos possuem o monopólio das candidaturas.

Além disso, existe a culpa *in vigilando*. Com as decisões dos Tribunais Superiores reconhecendo a titularidade dos mandatos eletivos às agremiações partidárias para os cargos do Poder Legislativo, caso o partido político apure que algum de seus filiados esteja descumprindo a lei, o Estatuto partidário e código de conduta interno do partido político ou os regimentos que disciplinam o exercício do cargo eletivo, terá o dever de adotar as providências cabíveis, é a chamada responsividade partidária<sup>56</sup>, prevista no art. 23 da LOPP.

No caso dos cargos do Poder Executivo, apesar de não serem de titularidade dos partidos políticos, cabe a este a fiscalização da atuação dos seus filiados que os ocupem, tendo em vista que o art. 23 da LOPP não realiza qualquer distinção nesse sentido. Frise-se que os Chefes do Poder Executivo, além de possuírem o dever de respeito à lei, ao Estatuto partidário e ao código de conduta interno do partido político, devem exercer seu cargo de acordo com o plano de governo protocolizado na formalização do pedido de registro de candidatura.

Devido às poucas medidas que a população possui à sua disposição para fiscalizar os atos de seus governantes, o partido político deve fiscalizá-las e coibir as condutas inadequadas do governante, que deve obediência à sua respectiva agremiação partidária, em razão das disposições legais e estatutárias. Se o partido negligencia seu dever de fiscalização dos candidatos que elegeu, deve responder pelos atos destes<sup>57</sup>.

A responsabilidade dos partidos políticos pelos atos de seus filiados é prevista em alguns dispositivos legais, tais como o art. 17 da lei nº 9.504/97, que dispõe que as despesas da campanha eleitoral serão realizadas sob a responsabilidade dos partidos,

<sup>55</sup> MORI, C. C. O mandato pertence aos partidos e a responsabilidade também. **Consultor Jurídico**. Brasília/DF. 18 mar 2010.

<sup>56</sup> BRANDÃO, Guilherme. Responsividade e responsabilidade partidária. Sanção aos partidos por ilícitos de seus filiados. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4167, 28 nov. 2014.

<sup>57</sup> MORI, C. C. **Ob cit.** 18 mar 2010.

ou de seus candidatos. O art. 241 do Código Eleitoral também prevê responsabilidade solidária dos partidos políticos pelos excessos praticados por seus candidatos e adeptos no que tange à propaganda eleitoral. Portanto, é perceptível, de acordo com a interpretação sistemática da legislação eleitoral, que o partido político possui responsabilidade pelos atos de seus candidatos ou filiados detentores de cargo eletivo.

É evidente que o partido político possui interesse na eleição de seus filiados, tendo em vista que uma de suas finalidades é alcançar ou se manter no Poder de maneira legítima<sup>58</sup>. Ainda, quanto mais votos obtiver nas eleições, mais recursos receberão dos Fundos Eleitoral e Partidário para as próximas eleições, bem como receberão mais apoiadores e doadores privados. Esse raciocínio é baseado no sistema de financiamento dos partidos políticos e das campanhas eleitorais adotado em nosso ordenamento jurídico, que coloca as agremiações partidárias em uma competição por recursos e, sendo assim, se a agremiação partidária pode receber os bônus, deve também arcar com os ônus. No entanto, os partidos políticos somente respondem pelos atos de seus filiados nestes poucos casos em que lei dispõe nesse sentido.

Essa responsabilização é uma forma de reprimir as omissões dos partidos políticos com relação ao seu dever de vigilância. No entanto, a forma mais eficaz é a interação da base partidária com a população, tendo em vista que, devido à igualdade de direitos e deveres entre os filiados, até mesmo um simples membro do partido político pode questionar suas decisões e, com essa interação, é possível que a população solicite aos filiados uma resposta a determinada violação legal ou estatutária por algum candidato ou detentor de cargo político. Portanto, é muito importante a previsão de medidas disciplinares e penalidades no Estatuto partidário para que as transgressões não sejam impunes.

E, por fim, quando as políticas previstas no seu documento constitutivo são negligenciadas por meio de alguma decisão tomada pelo partido político em assembleia, qualquer filiado, ainda que tenha sido voto vencido, poderá propor uma ação anulatória contra a medida. É o que deverá ser feito para reprimir, por exemplo, a divulgação de propagandas partidárias que não refletem a realidade.

## 6 CONCLUSÕES

As grandes empresas do mercado mundial adotam políticas de Responsabilidade Social como uma condição imprescindível de sobrevivência. Sob os olhares constantes dos governos, das ONGs e da sociedade como um todo, elas precisam adotar práticas sustentáveis para evitar que sua marca seja associada a violações de direitos. Tais práticas, além de evitar uma perda de valor da marca, possibilitam uma expansão de mercado. É o chamado “capitalismo inclusivo”<sup>59</sup>, que consegue incluir no mercado as comunidades mais pobres (base da pirâmide).

A realidade dos partidos políticos não é tão diferente, tendo em vista que o modelo de arrecadação de recursos para o financiamento das atividades ordinárias e das campanhas eleitorais é baseado em uma competição, na qual aquele que obtiver mais votos e doações terá melhores condições para exercer as suas funções.

<sup>58</sup> GOMES, José Jairo. *Ob cit.* p. 110.

<sup>59</sup> ZUBIZARRETA, J. H. et al. *Ob cit.* p. 70-71.

Uma estratégia para se destacar nesta disputa é a diferenciação, atuar além dos limites mínimos fixados na legislação, adotar práticas diferentes de seus concorrentes, atender às demandas da sociedade e realizar investimentos de longo prazo. A adoção dessa estratégia será possível somente com base em um estudo social prévio e contínuo, realizado com intensa interação com os *stakeholders*.

A adoção desta postura por uma ou algumas agremiações é capaz de beneficiar o cenário político brasileiro, tendo em vista que os outros partidos políticos terão que adotar gestões responsáveis para que possam sobreviver na disputa.

No entanto, não basta divulgar a adoção destas políticas se não houver o efetivo cumprimento. Sendo assim, cabe a todos os interessados a fiscalização da atuação partidária, o que se possibilita somente com a inclusão destas no Estatuto partidário, acompanhando das medidas disciplinares e penalidades para os filiados que as descumprirem. Ademais, a vigilância dependerá da divulgação periódica dos esforços aplicados pela agremiação partidária para o cumprimento das metas expostas em seu documento constitutivo.

Diante de violações, cabe a todos os *stakeholders*, assim compreendidos os diretores, os detentores de cargo eletivo, a base partidária, as agremiações coligadas, os partidos políticos concorrentes, os apoiadores, os doadores e os eleitores do partido político, levar o fato ao conhecimento do órgão partidário competente. Lembrando que os filiados poderão, caso a agremiação partidária se abstenha de sancionar as violações, levar a questão à Justiça Comum, via de regra, ou à Justiça Eleitoral, se houver reflexos no pleito.

Devido à lógica de mercado, as agremiações partidárias devem zelar pela sua imagem, visto que o a divulgação do nome de seus filiados a casos de má gestão ou envolvimento em esquemas de corrupção pode trazer uma redução na confiança do povo. Esse marketing negativo certamente terá reflexos nas urnas e nas doações privadas do partido político, comprometendo o exercício de suas funções.

Apesar de não existir muitas normas que punam os partidos políticos pelos atos de seus filiados, as agremiações partidárias que se omitirem no dever de fiscalização e sanção pelos atos ilícitos (contrários à lei, Estatuto ou código de conduta interno) ou imorais de seus filiados perderão a confiança da população, prejudicando sua arrecadação de recursos e na chegada ou manutenção no Poder. Portanto, é importante que os *stakeholders* estejam em constante fiscalização para que a Responsabilidade Social seja efetivamente praticada.

## REFERÊNCIAS

ALVES, E. Dimensões da responsabilidade social da empresa: uma abordagem desenvolvida a partir da visão de Bowen. **Revista de Administração**, São Paulo, v. 38, n. 1, p. 37-45, 2003.

ANSA. Macron anuncia projeto de lei contra 'fake news' em eleições. *Revista Istoé*. Paris. 03 jan 2018. Disponível em: <<https://istoe.com.br/macron-anuncia-projeto-de-lei-contrafake-news-em-eleicoes/>>. Acesso em: 15 jun 2018.

- BARRETTO, A. G.; PEREIRA, M. T. M. A. *Fake news* e os procedimentos para remoção de conteúdo. **Consultor Jurídico**. Brasília/DF. 11 mar 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-11/opiniao-fake-news-procedimentos-remocao-conteudo#author>>. Acesso em: 15 jun 2018.
- BERTONCELLO, S. L. T; CHANG JUNIOR, J. A importância da Responsabilidade Social Corporativa como fator de diferenciação. **FACOM**, nº 17, p. 70-76, 2007.
- BRANDÃO, Guilherme. Responsividade e responsabilidade partidária. Sanção aos partidos por ilícitos de seus filiados. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4167, 28 nov. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30831>>. Acesso em: 15 jun. 2018.
- CASTRO, Edson de Rezende. **Curso de direito eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 8 ed. 2016.
- COMISSÃO DAS NAÇÕES EUROPEIAS. **Livro verde: Promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas**. Bruxelas, 2001. Disponível em: <[http://www.rso-matrix.com/projectos/0017\\_RSO%20Matrix/guidelines/Livro%20Verde%20-%20Promover%20um%20Quadro%20Europeu%20para%20a%20Responsabilidade%20Social%20das%20Empresas%20-%20pt.pdf](http://www.rso-matrix.com/projectos/0017_RSO%20Matrix/guidelines/Livro%20Verde%20-%20Promover%20um%20Quadro%20Europeu%20para%20a%20Responsabilidade%20Social%20das%20Empresas%20-%20pt.pdf)>. Acesso em: 14 jun 2018.
- CRANE, Andrew et al. **Corporate social responsibility: readings and cases in global context**. Routledge, p. 3-26, 2013.
- CYRINEU, Rodrigo. Prazo de filiação partidária é questão de economia doméstica. **Consultor Jurídico**. Brasília/DF. 07 mar 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-07/prazo-filiacao-partidaria-questao-economia-domestica>>. Acesso em: 18 jun 2018.
- FALGUERA, Elin et al. **Financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais: um manual sobre financiamento político**. FGV: Rio de Janeiro. 2014.
- GADELHA, Igor. Quase 80% dos partidos são comandados por comissões provisórias nos municípios. Estadão. Brasília/DF. 14/02/2017. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,quase-80-dos-partidos-sao-comandados-por-comissoes-provisorias-nos-municipios,70001665699>>. Acesso em: 12 jun 2018.
- GARCIA, Gustavo. Luiz Fux e representantes de 10 partidos assinam compromisso contra disseminação de 'fake news' nas eleições. **G1**. Brasília/DF. 05 jun 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/luiz-fux-e-representante-de-10-partidos-assinam-compromisso-contradiseminacao-de-fake-news-nas-eleicoes.ghtml>>. Acesso em: 15 jun 2018.
- GOMES, José J. **Direito Eleitoral**. São Paulo: Atlas. 12ª ed. 2016
- GOMES, Luiz Flávio. Fim da reeleição e fim do político profissional: PEC 50/2015. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4230, 30 jan. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35967>>. Acesso em: 15 jun. 2018.
- LAMBOOY, Tineke. **Legal Aspects of Corporate Social Responsibility**. Utrecht Journal of International and European Law, 2014.
- MAUERBERG JUNIOR, Arnaldo. A organização partidária no Brasil: o caso das comissões provisórias. **Revista Política Hoje**, v. 22, n.º 1, p. 137-166, 2013.
- MELLO, Igor. Caciques controlam partidos com comissões provisórias. O globo. Rio de Janeiro/RJ. 21/01/2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/caciques-controlam-partidos-com-comissoes-provisorias-22311659>>. Acesso em: 15 jun 2018.
- MITKIDIS. Katerina P. **Sustainability clauses in international business contracts**. Eleven International Publishing, 2015.

MORI, C. C. O mandato pertence aos partidos e a responsabilidade também. **Consultor Jurídico**. Brasília/DF. 18 mar 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-mar-18/mandato-pertence-aos-partidos-responsabilidade-tambem>>. Acesso em: 16 jun 2018.

PARDO, Roselha G. dos Santos. Financiamento dos partidos e campanhas eleitorais. **Revista Eletrônica da EJE**, Brasília, ano 3, n. 4, p. 18-20, jun./jul. 2013.

PEREIRA, Rodolfo Viana. Condições de registrabilidade e condições implícitas de elegibilidade: esses obscuros objetos do desejo. In: SANTANO, Ana Cláudia; SALGADO, Eneida Desiree. **Direito Eleitoral: debates ibero-americanos**. 1 ed. Curitiba: Ithala, 2014, p. 275-286.

PERON, Isadora; TRUFFI, Renan. Partidos vão dar prioridade à reeleição na divisão de fundo. *O Estado de São Paulo*. Brasília/DF. 16 dez 2017. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,partidos-vaio-dar-prioridade-a-reeleicao-na-divisao-de-fundo,70002122059>>. Acesso em: 15 jun 2018.

RODRIGUES, Ricardo J. P. Financiamento de partidos políticos e fundos partidários: subvenções públicas em países selecionados. **Revista de informação legislativa**, v. 49, n. 193, p. 31-47, jan./mar. 2012.

SETHI, P. S. **Dimensions of corporate social performance: an analytical framework**. *California Management Review*, v. 13, n. 3, p. 58-64, 1975.

SOUZA, A. Candidatos terão dois fundos públicos para financiar campanha em 2018. *O Globo*. Brasília/DF. 14 fev 2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/candidatos-terao-dois-fundos-publicos-para-financiar-campanha-em-2018-22396526#ixzz5IWqsRM7d>>. Acesso em: 15 jun 2018.

SOUZA, M. et al. Índice de renovação de parlamentares na Câmara chega a 43,7%. *Câmara Notícias*. Brasília/DF. 30 jan 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/475450-INDICE-DE-RENOVACAO-DE-PARLAMENTARES-NA-CAMARA-CHEGA-A-43,7.html>>. Acesso em: 15 jun 2018.

STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI nº 4.650/DF. Rel. Min. Luiz Fux. DJE 034, 24/02/2016.

STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI nº 5.875/DF Distrito Federal/DF. Relator Min. Luiz Fux. DJE 041, 05/03/2018.

STF. MANDADO DE SEGURANÇA. MS nº 26.604 Distrito Federal/DF. Relator Min. Carmen Lúcia. DJE nº 187, 03/10/2008.

STRAND, R. A Systems paradigm of organizational adaptations to the social environment. **Academy of Management Review**. v. 8, n. 1, p. 90-96, 1983.

THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: o empurrão para a escolha certa**. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TSE. MANDADO DE SEGURANÇA. MS nº 060145316 Picuí/PB. Relator Min. Luiz Fux. DJE 27/10/2017.

TSE. PROCESSO ADMINISTRATIVO. PA nº 75072 Brasília/DF. Relator Min. Henrique Neves da Silva. DJE 13/04/2016.

Tribunal Superior Eleitoral. Doação a pré-candidato por meio de “crowdfunding” já pode ser realizada. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 15 mai 2018. Disponível em:

<<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Maio/doacao-a-pre-candidato-por-meio-de-201ccrowdfunding201d-esta-autorizada-a-partir-de-hoje>>. Acesso em: 09 out 2018.

ZUBIZARRETA. J. H. et al. **El negocio de la responsabilidade: critica de la responsabilidade social corporativa de las empresas transnacionales**. Barcelona: Icaria, 2009, p. 60.

**Submetido em: 27 nov. 2017. Aceito em: 24 out. 2018.**





## A PALAVRA NA INTERPRETAÇÃO DA INFÂNCIA: UMA ANÁLISE DO LEGADO HERMENÊUTICO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

*Juliana Campos Diniz\**  
*Eulália Emília Pinho Camurça\**  
*Carlos Roberto Cals de Melo Neto\**

### Resumo

Interpretar e aplicar o direito para crianças e adolescentes implicam desafios que alcançam não só o plano hermenêutico-instrumental, mas também simbólico. A palavra vincula, traduz, arrebatada e é por meio dela que se dão múltiplas formas de aplicação e compreensão do direito dentro de um campo social dinâmico e contraditório. O objetivo geral deste artigo é investigar a forma como uma transformação da chamada doutrina da situação irregular para a doutrina da proteção integral, realizada a partir da Constituição Federal de 1988, provocou modificações na maneira de se interpretar os direitos da infância e juventude. O artigo também pretende analisar brevemente como se deu a construção da idéia de infância realizando uma análise semântica dos direitos que dela decorrem. Será realizado um estudo qualitativo para analisar o impacto da hermenêutica constitucional na consagração e em pretensos saltos significativos na empreitada brasileira de proteção integral das crianças e dos adolescentes. Trata-se, portanto, de um estudo transdisciplinar que reúne saberes da comunicação, da semiótica e da hermenêutica constitucional para analisar as mudanças de paradigmas na construção dos direitos da criança e do adolescente.

### Palavras-chave

Hermenêutica. Direito da Criança e do Adolescente. Proteção Integral.

---

\* Doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2007) e mestrado em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (2009). Atualmente é professora adjunta da Universidade Federal do Ceará, em regime de dedicação exclusiva. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: teoria da democracia, poder constituinte, teoria da constituição, hermenêutica constitucional e processo coletivo.

\* Doutoranda em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC). Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (2012), possui graduação em Comunicação Social pela Universidade Federal do Ceará (2000) e graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (2008). Atualmente é professora das disciplinas de Legislação e Ética, Projeto Integrado de Webjornalismo, Filosofia do Direito, Direito da Infância e Juventude e Hermenêutica Jurídica do Centro Universitário 7 de Setembro, UNI7, e é editora de telejornalismo - TV VERDES MARES.

\* Mestrado Acadêmico em andamento no Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2007). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito da Criança e do Adolescente, atuando principalmente nos seguintes temas: direito da criança e do adolescente, direitos humanos, justiça juvenil restaurativa, sistema socioeducativo e adolescente em conflito com a lei. E também formador nos temas da Justiça Juvenil Restaurativa e Práticas Restaurativas, além de facilitador de Círculos de Justiça Restaurativa e Construção de Paz.

## A WORD IN CHILDHOOD'S INTERPRETATION: AN ANALYSIS OF THE HERMENEUTICAL LEGACY FROM THE FEDERAL CONSTITUTION

### Abstract

Interpreting and applying law to children and adolescents present challenges that reach not only the hermeneutic-instrumental plan, but also the symbolic one. The word links, translates, snatches and is through it that the application and understanding of law happens within a dynamic and contradictory social field. The general objective of this article is to investigate how the transformation of the irregular situation doctrine to the whole protection doctrine, through the Constitution of 1988, caused modifications in the way of interpreting rights for children and adolescents. The article also analyzes briefly how the idea of childhood was built, performing a semantic analysis of the rights it evokes. A qualitative study will be made to verify the impact of constitutional hermeneutics in the consecration and in the alleged significant leaps on the Brazilian endeavor of integral protection of children and adolescents. It is, therefore, a transdisciplinary study that brings together the knowledge of communication, semiotics and constitutional hermeneutics to analyze the paradigm changes in the construction of the rights of children and adolescents.

### Palavras-Keywords:

Hermeneutics. Child and Adolescent Law. Integral Protection.

## 1. INTRODUÇÃO

As palavras traduzem seu tempo. Elas são a fonte de todo o complexo exercício da hermenêutica. Afinal, é preciso fazer dialogar o amplo campo lingüístico com as complexidades das circunstâncias históricas para que se interprete e se aplique o direito. E os direitos das crianças e dos adolescentes demandam respeito a toda uma semântica voltada para tratar de suas questões.

Conforme será estudado neste artigo, no Brasil, essa mudança no olhar foi impressa a partir da Constituição Federal de 1988, que marcou o rompimento com a chamada doutrina da situação irregular e a adoção da doutrina da proteção integral. A constituição ressignifica a ideia de crianças e adolescentes enquanto sujeitos plenos de direitos, e não mais objetos de intervenção por parte do Estado. Outra questão importante: firma sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que demanda, por isso, proteção especial. Assim, conforme o texto constitucional, cabe à família, ao Estado e à sociedade em geral a co-responsabilidade pela proteção e respeito aos direitos destes grupamentos.

Antes de enfrentar a questão, torna-se relevante destacar que a ideia de infância percorreu um vasto caminho histórico. Desde a Grécia antiga, quando infância não era categoria etária especial até a forma holística como ela passou a ser percebida na contemporaneidade. Não cabe pormenorizar o percurso histórico neste artigo, mas é relevante entender, com ensina Potsman que, da mesma forma como a idéia de infância é construída, ela entra em declínio<sup>1</sup>.

Em sua análise, o fator decisivo para o flagelo da infância é a leitura, porque cria a idéia de idade adulta. "Num mundo adulto letrado, ser adulto implica em ter acesso a segredos culturais codificados em símbolos não naturais"<sup>2</sup>. Ler seria o flagelo da in-

<sup>1</sup> POTSMAN, Neil. *O desaparecimento da infância*. Rio de Janeiro, Grapha, 1999, p. 99.

<sup>2</sup> Idem, p. 27.

fância porque os livros ensinam a falar coisas das quais nada sabemos. Assim, a mudança na forma de olhar a infância tem, para o autor, uma relação direta com a produção de livros. Aos poucos, os adultos passaram a adquirir controle sobre o ambiente dos jovens e estavam convidados a estabelecer as condições em que uma criança iria se tornar um adulto.

Este artigo cuidará de analisar pontualmente o texto das diversas Constituições que o Brasil teve ao longo da sua história a fim de compreender a forma como a infância vem sendo retratada na história constitucional brasileira e, dessa forma, tentar compreender a extensão e a importância da mudança pretendida pela Constituição de 1988. Buscará, em seguida, de forma sintética, perceber como tal mudança produz reflexos na legislação infraconstitucional do país.

## 2. O OLHAR E OS DEVIRES HERMENÊUTICOS

Como veículo de transmissão de pensamento, a palavra serve para fortalecer as idéias, inclusive as aspirações que permeiam a estrutura de um dos documentos mais solenes de qualquer país democrático: a Constituição. Os códigos verbais encontram máxima importância para indicar e apresentar fenômenos e circunstâncias, como alerta Citteli<sup>3</sup>.

Das frases aos gestos, a interpretação é uma atividade humana voltada a atribuir sentido a algo. Seria uma forma de retirar uma venda que impede a visão do sentido e traz à luz o que estava nas sombras. Enfim, esclarecer o mistério fugidivo que é a realidade. No centro da tarefa hermenêutica, o movimento humano fundamental: a compreensão.

Essa é a palavra central, pois interpretamos para compreender o sentido (a interpretação, portanto, é uma atividade que tem uma finalidade determinada). Mas será que compreender o sentido é descobri-lo? É retirar o véu que o oculta e trazê-lo à luz? (...) A interpretação, que aqui aparece como propriamente jurídica, põe fim a uma tensão semântica, mediante uma decisão. Talvez isso signifique que a interpretação não pode ser desvinculada da aplicação, e que a decisão que resolve a tensão entre entendimentos contrastados é uma parte do processo interpretativo.<sup>4</sup>

Ao se tratar de hermenêutica moderna, Costa<sup>5</sup> ressalta a tensão entre interpretação e aplicação. Isso perdurou até meados do século XX, quando as reflexões da hermenêutica filosófica acentuaram a existência de uma co-relação circular entre interpretação e aplicação. Desde o círculo hermenêutico relacionando a relação entre todos e partes, no cânone de Friedrich Schleiermacher, até o círculo em espiral gadameriano. "Não há na hermenêutica um lugar adequado para a verdade, pois a verdade é normalmente caracterizada por uma espécie de ultrapassagem de todos os contextos. Assim, uma verdade contextual tipicamente não é considerada uma verdade propriamente dita."<sup>6</sup>

<sup>3</sup> CITELLI, Adilson. *Palavras. Meios de Comunicação e Educação*. São Paulo: Cortez, 2010.

<sup>4</sup> COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método : diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. 421 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p. 16.

<sup>5</sup> Idem, p. 18.

<sup>6</sup> Idem, p. 25.

Para Gadamer<sup>7</sup>, “compreender e interpretar estão imbricados de modo indissolúvel”. A palavra não seria apenas um signo, ela precede toda experiência. Ao analisar a hermenêutica jurídica, alerta: “O jurista toma o sentido da lei a partir de e em virtude de um determinado caso dado (...) É verdade que o jurista sempre tem em mente a lei em si mesma. Mas seu conteúdo normativo deve ser determinado em relação ao caso em que deve ser aplicado.”

A interpretação deve estar atenta às circunstâncias e isso acaba por imprimir mudanças na forma de determinar a função normativa da lei. Ao analisar a diferença entre a função do historiador do direito e do juiz, Gadamer alerta que “o juiz procura corresponder à “ideia jurídica” da lei, intermediando-a com o presente”. Ressalta que, neste caso, trata-se de uma mediação jurídica. Assim, o juiz tenta reconhecer “o significado jurídico da lei não o significado histórico de sua promulgação ou certos casos quaisquer de sua aplicação.”<sup>8</sup>

A tarefa da interpretação seria, então, concretizar a lei em cada caso. A partir de então surge a complementação produtiva do direito que cabe ao juiz, que também se encontra sujeito à lei. Para este estudo, é importante já antecipar que os juízes estão sujeitos ao entendimento constitucional de que a criança e o adolescente são sujeitos de direitos e devem ter proteção integral.

Acrescente-se aqui o viés sociológico de Lassalle<sup>9</sup> que leva a refletir que as questões constitucionais não são, em princípio, de direito, mas do campo do poder, e que a “verdadeira” Constituição é a real e efetiva, não tendo as Constituições escritas valor e duração senão na medida em que “exprimem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social”. Esta análise torna-se extremamente relevante para o estudo sugerido por este artigo.

Até o advento da Constituição Federal de 1988, o Direito da Infância e da Adolescência, no Brasil, ainda que trouxesse em si a pretensão proteção, estava permeado de significados que reduziam crianças e adolescentes a uma posição subalterna em relação ao adulto, pautada por um universo de significados em que figuram ideais como “incapacidade”, “incompletude” e “objeticação”, condensadas em uma expressão que, de tão carregada de força simbólica, até hoje traduz uma representação da infância marcadamente presente no imaginário brasileiro: o “menor” ou “de menor”.

Com a Constituição Federal de 1988, inaugura-se, no Brasil, uma nova semântica para o Direito da Infância e Adolescência na qual as ideias de “criança” e “adolescente” estão associadas a expressões tais quais “sujeito de direito”, “protagonismo” e “desenvolvimento peculiar”. Esta nova forma de compreensão do Direito da Infância e da própria infância em si, é completamente oposta àquela que a antecedeu e, por isso, com ela incompatível.

Neste artigo, diante de várias formas de se pensar a hermenêutica, optou-se por privilegiar o estudo a partir da nova semântica que a Constituição Federal de 1988 trouxe para pensar o direito da criança e do adolescente, buscando analisar como as

<sup>7</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Rio de Janeiro: Vozes, 2015, p. 429.

<sup>8</sup> Idem, p. 325.

<sup>9</sup> LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

constituições anteriores as de 1988 contemplaram os direitos da criança e do adolescente, o que será estudado a partir de agora.

### 3. A CONSTRUÇÃO SIMBÓLICA E HERMENÊUTICA DA INFÂNCIA NAS CONSTITUIÇÕES

Observando-se um critério geracional, o processo constituinte de afirmação de Direitos Fundamentais por meio da construção do texto da constitucional é, por óbvio, um exercício de autoreflexão: historicamente, o debate constituinte é feito por adultos pensando direitos, em geral, para adultos e a serem garantidos por adultos.

Quando a Constituição se aventura, entretanto, a proteger em seu bojo os direitos da infância e da adolescência, estamos diante de um processo completamente distinto. Afinal, qualquer exercício de reflexão sobre os direitos da infância e da adolescência, quando feitos por um adulto, sempre enfrentará um desafio central: não sendo mais criança ou adolescente, a percepção do adulto sempre será a de um observador externo, que interpreta o que, para ele, é são os direitos de crianças e adolescentes e, em última instância, o que significa pertencer à infância e à adolescência.

Nesse sentido, desde um ponto de vista hermenêutico, importa questionar como as crianças e adolescentes são percebidos no universo jurídico do Brasil e, portanto, quais as palavras usadas para traduzir seus direitos e de que forma elas foram sendo modificadas ao longo do tempo, sobretudo em matéria constitucional.

A análise histórica das Constituições brasileiras permite perceber que, passado um primeiro momento de invisibilidade jurídica, a criança e o adolescente são percebidos, constitucionalmente, mais como objetos de tutela do que como sujeitos de direito, uma percepção que vigorou no direito brasileiro, até 1988.

Até então vigorava, como fundamento do direito da criança e do adolescente, a chamada Doutrina da Situação Irregular, uma construção teórica que, conforme Mendez<sup>10</sup>, orientou toda a legislação latino-americana relativa aos direitos da criança e do adolescente entre as décadas de 1920 e 1980 do século XXI. Na síntese de Costa:

O enfoque principal da referida doutrina estava em legitimar a potencial atuação judicial indiscriminada sobre crianças e adolescentes em situação de dificuldade. Tendo como foco o “menor em situação irregular”, deixava-se de considerar as deficiências das políticas sociais, optando-se por soluções individuais que privilegiavam a institucionalização<sup>11</sup>.

Na ótica da Doutrina da Situação Irregular, crianças e adolescentes são objeto de proteção, considerados a partir de sua incapacidade e tutelados de maneira não universal, a partir de um conjunto de categorias em aberto, definidoras da “situação irregular”<sup>12</sup>.

Sob a égide desta Doutrina, estabelecem-se, no Brasil, as primeiras legislações especiais voltadas para a infância e a adolescência, a saber, os dois Códigos de Meno-

<sup>10</sup> MÉNDEZ, Emilio García. *Evolución histórica del derecho de la infancia: Por que una historia de los derechos de la infancia*. In Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização. ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.). São Paulo: ILANUD, 2006, p. 09.

<sup>11</sup> COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 129.

<sup>12</sup> Idem, p. 129 e 130.

res: o de 1927 – conhecido como Código Mello Matos<sup>13</sup>, em virtude de seu idealizador – e o de 1979. Importa salientar que os Códigos de Menores operam uma importante síntese de paradigmas que, destarte se origine no direito brasileiro, termina transbordando para o imaginário social, impregnada de forte carga simbólica: a ideia do “menor” ou “de menor”. Destaca-se que a palavra “menor”, gramaticalmente isolada, não tem significado algum. No léxico, “menor” é adjetivo que acompanha substantivo, sempre no intuito de estabelecer comparação.

Culturalmente, no Brasil, entretanto, em vista do uso jurídico dado à expressão, a palavra “menor” costuma remeter, quase sempre, à figura de uma criança e adolescente em situação de violação de direitos, quer próprios, quer alheios: o menor abandonado, o menor de rua, o menor vadio, o menor infrator. Na mesma palavra, entretanto, dificilmente será identificada aquela criança ou adolescente que, crescendo no seio de sua família, teve todos os seus direitos garantidos.

Em vista disso, muitos estudiosos da infância afirmam que, no Brasil, há uma **cultura menorista** ou uma **cultura do menorismo** no trato da criança e do adolescente. Tal cultura, embora nasça no Direito, não se restringe a ele. Como afirma Pinheiro<sup>14</sup> (2006, p.74) “De uma condição inicial de adjetivo (situação de menoridade jurídica), “menor” passo a substantivo largamente adjetivado, que ultrapassa o significado jurídico e assume, também, conotações relacionadas a fatores sociais”.

Segundo a autora, os Códigos de Menores condensam, em si, um conjunto de representações sociais historicamente construídas no Brasil<sup>15</sup>, cujas raízes mais remotas encontram-se no período colonial, e que retratam a infância a partir de diversas faltas. Pinheiro<sup>16</sup> ensina que, na história do Brasil, a infância foi compreendida através de quatro representações sociais distintas que, em períodos distintos, identificam a criança e o adolescente no Brasil, que nascem da realidade para influenciá-la.

A primeira delas é datada do Brasil Colônia, quando a mortalidade infantil, sobretudo na primeira infância, decorrente do abandono e da desnutrição, era o principal problema social envolvendo crianças. Importa destacar que não é do Estado, mas da Igreja a iniciativa de intervir no problema, criando instituições para acolher as crianças abandonadas (sejam elas filhos das classes pobres ou filhos ilegítimos das classes abastadas). A criança é percebida a partir da falta da família, tendo na ameaça à vida, o principal desafio. Com base nessa incompletude, a criança passa a ser compreendida como **objeto de proteção**<sup>17</sup>. A essa representação identificada por Pinheiro, podemos associar, na perspectiva da falta, a figura do **menor abandonado**.

---

<sup>13</sup> José Cândido Albuquerque de Mello Matos foi o primeiro titular do primeiro juizado de menores do Brasil (e da América Latina), criado em 1923, no Rio de Janeiro, e principal idealizador do Código de Menores de 1927.

<sup>14</sup> PINHEIRO, Ângela. **Criança e Adolescente no Brasil: porque o abismo entre a lei e a realidade**. Fortaleza: Editora UFC, 2006, p. 74.

<sup>15</sup> Perceba-se que, justamente por se tratar de uma construção histórica brasileira, a rejeição da expressão “menor” não se verifica nos demais países da América Latina. Nestes países, em sua maioria, de língua hispânica, a expressão não foi associada à mesma carga simbólica e estigmatizante como ocorreu no Brasil, encontrando-se em universo semântico completamente diferente. Em vista disso, ao contrário do que se deu na doutrina e na legislação brasileira, a palavra “menor” continua tendo vasto uso no Direito latino-americano.

<sup>16</sup> Idem, p. 50-87.

<sup>17</sup> Idem, p. 52 – 55.

A segunda representação data do início da República, quando, após a abolição da escravidão, no apagar das luzes do Império, e com o advento da ação dos higienistas e de sua ideologia de fortalecimento do Estado, dentre as quais fazia parte a ideia de “criar filhos para a nação”. Segundo essa ideologia, o Estado deve assumir o lugar da Igreja na criação das massas ociosas de “menores vadios” filhos das classes pobres – sobretudo os filhos de ex-escravos e escravos que, libertos, não tinham lugar na sociedade. É a noção de criança enquanto “**objeto de controle**”, que se materializava sob estratégias de escolarização e profissionalização que tendiam a manter as classes subalternas em profissões subalternas<sup>18</sup>. A essa representação social, corresponde a figura do menor aprendiz e do menor vadio.

A terceira representação social, e última a contribuir com a construção da cultura do menorismo no Brasil é de criança enquanto **objeto de repressão**, que nasce na intensa urbanização pelo que o país passou nas décadas de 1930 e 1940, que gera profundas desigualdades sociais e, como consequência, o aumento da violência urbana. Os mecanismos de controle social tornam-se insuficientes para a grande demanda que passa a aparecer nas cidades e o medo em potencial que os filhos das classes pobres exerciam passa a ser atual. A resposta do Estado é a criação de instituições totais para os “**menores infratores**”<sup>19</sup>. É a era das FEBEMs, que como lembra Machado<sup>20</sup>, nem sempre aprisionavam adolescentes autores de violência: segundo a autora, em 1960, somente 10% dos adolescentes internados nas FEBEMs eram realmente autores de ato infracional.

A quarta representação é aquela que toma o adolescente por sujeito de direitos, inaugurada pela Constituição Federal de 1988. Ao contrário das demais, que em vez de se substituírem, se complementam, integrando-se para compor a categoria “menor”, a representação social da criança e do adolescente enquanto sujeitos de direito rompe com as ideias que antecederam, disputando espaço com ela, tema que retomaremos em breve.

Por ora, resta salientar que a história da percepção social da infância no Brasil, identificada por Pinheiro revela, no país, realidade bastante semelhante àquela demonstrada pelo estudo iconográfico através do qual Àries buscou compreender a história da infância na Europa. Segundo o historiador francês, até o século XII, a criança é invisível na sociedade europeia: inexistia, então, a noção de infância enquanto categoria social, de forma que, tão logo a criança saía da fase inicial de maior dependência (associada à falta de fala), já ingressava no mundo adulto. Entre os séculos XIII e XVIII, inicia-se um longo processo de diferenciação, durante os quais a criança é retratada como um adulto em miniatura<sup>21</sup>.

Analisando a língua francesa, Àries explica que é só no século XVII que a palavra “infância” ganha o sentido que damos hoje, como referente àquilo próprio do mundo da criança. Antes disso, porém, a palavra – cujo radical vem do latim, *infantia*, “sem fala” – era utilizada para identificar as pessoas que, socialmente, não tinham poder e, portanto, não podiam falar. “Essa é a razão pela qual as palavras ligadas à infância

<sup>18</sup> Idem, p.. 55-60.

<sup>19</sup> Idem, p. 60-67.

<sup>20</sup> MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, São Paulo: Manole, 2003.

<sup>21</sup> ARIÈS, Philippe. **História social da Criança e da Família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981,p. 43-53.

iriam subsistir para designar familiarmente, na língua falada, os homens de baixa condição, cuja submissão aos outros continuava a ser total: por exemplo, os lacaios, os auxiliares e os soldados.”<sup>22</sup>

Assim compreendida a infância, o seu elemento caracterizador – e portanto, critério de diferenciação em relação ao mundo adulto – é a falta, quer seja de tamanho, poder, voz ou discernimento. O adulto, aqui, é o ser humano ideal do qual a infância é apenas uma fase preparatória. A criança torna-se um devir a quem é negado o presente, uma vez que não importa o ser humano que ela é, mas o adulto que ela será no futuro.

Esta compreensão da criança a partir da falta está no fundamento da Doutrina da Situação Irregular, bem como na cultura do menorismo que, no Brasil, condensa as representações sociais objetificantes da infância que Pinheiro identifica. No campo do Direito, tais categorias compõem um universo semântico do qual fazem parte expressões como “objeto”, “vulnerável”, “abandono”, “delinquente”, “carência”, “incapacidade”, “marginalidade”, “incompletude”, “dependência”, “tutela”, “caridade”, “salvação”, “amparo” e “formação moral”.

A influência da Doutrina da Situação Irregular e da cultura do Menorismo pode ser claramente sentida dos textos constitucionais brasileiros justamente em se considerando o universo semântico dos artigos que tratam da infância e adolescência. Ainda que a expressão “menor” não esteja tão presente, as ideias que orbitam no campo semântico do menorismo podem, facilmente, ser identificadas nas Constituições anteriores a 1988.

As duas primeiras constituições brasileiras- a Constituição do Império, de 1824 e a Constituição da República de 1891 – são silentes do trato da criança e do adolescente, sendo a única menção existente aquela referente à maioria jurídica do imperador, presente na Constituição de 1824. O silêncio constitucional, note-se, está em consonância com a invisibilidade social da infância que Àries identifica na Europa entre os séculos XVII e XVIII, a que já nos referimos acima.

As Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967/1969 trazem dispositivos específicos que tratam da infância. A adolescência, por sua vez, começa a figurar nos textos constitucionais a partir da Carta de 1937 identificada como “juventude”.

A palavra “menor” aparece expressamente identificando a infância nas Constituições de 1946 (168, V e o art. 18 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que regulam, respectivamente, a aprendizagem dos “trabalhadores menores” e a manutenção da nacionalidade dos “menores” que serviram às nações do Eixo durante a Segunda Guerra Mundial) e na Constituição de 1967/1960 (art. 170, parágrafo único, também sobre a aprendizagem dos “trabalhadores menores”). Ainda assim, é possível perceber a influência da cultura menorista no universo de significações dos textos constitucionais que tratam da criança e do adolescente.

A Constituição de 1934, por exemplo, refere-se à infância nos arts. 121 e 128, unicamente quando define os serviços de amparo à mulher e à infância. Note-se que tal forma de concepção da infância, exclusivamente preocupada com a manutenção

---

<sup>22</sup> Idem, p.. 35.

de sua vida por meio de serviços de saúde e/ou socioassistenciais enquadra-se, na ótica de Pinheiro, com a representação social da criança enquanto objeto de proteção, de que falamos anteriormente.

A Constituição de 1937, por sua vez, a luz do que foram as ideias higienistas que influenciaram a Doutrina da Situação Irregular, apresenta uma forte preocupação com a retidão moral da infância e da juventude, quando define as diretrizes da educação nacional (art.15, IX) e, regulamentando o direito de expressão, prevê “medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude”, no art. 122, 15b. Tal preocupação moral coaduna com a já referenciada representação social da criança enquanto objeto de controle e com a necessidade de se educar moralmente a população infanto-juvenil (filha das classes subalternas) para que esta não se coloque contra a ordem social vigente.

O art. 16, XVII da mesma Constituição prevê a necessidade de se estabelecer normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança, o que poderia apontar para uma postura não menorista de reconhecimento de direitos, reduzindo a criança, novamente, a objeto de proteção.

No mesmo sentido caminham a Constituição de 1946, cujo único artigo que trata da infância se limita a estabelecer a obrigatoriedade da assistência à maternidade, à infância e à adolescência, e a Constituição de 1967, estabelecida durante o regime militar brasileiro e emendada em 1969, repete a fórmula da tutela socioassistencial no art. 167, § 4º.

O alinhamento das Constituições brasileiras anteriores a 1988 com a Doutrina da Situação Irregular e com a ótica do menorismo, longe de garantir direitos, atua na reprodução de uma percepção estigmatizada e estigmatizante das crianças e adolescentes, contribuindo para a produção de políticas públicas equivocadas e decisões judiciais objetificadoras. Conforme explica Mendez: “*Los verdaderos y mas graves problemas de la infancia em América Latina, han sido invariabilmente el resultado de pensadas catástrofes políticas y no de fortuitas catástrofes naturales.*”<sup>23</sup>

O advento da Constituição Federal de 1988, representou completa mudança na semântica constitucional brasileira, no tocante ao direito da infância e da adolescência, através da introdução do art. 227. Importa destacar, nesse sentido, que tal qual muitos outros artigos da carta de 1988, o art. 227 foi gestado em meio a uma intensa disputa ideológica, no contexto de grandes demandas por direitos e garantias que foi a redemocratização brasileira pós governos militares.

Especificamente no que diz respeito ao direito da infância e da adolescência, a construção do texto constitucional foi profundamente influenciado pelo debate internacional feito pela Organização das Nações Unidas (ONU), em face do que viria a ser a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989. Como explica Costa:

No contexto latino-americano, a partir do início da década de oitenta do século passado, começou a difundir-se o processo de discussão da Convenção

<sup>23</sup> MÉNDEZ, Emílio Garcia. *Problemas centrales de La responsabilidad juvenil em América Latina*. In *Justiça Juvenil na Contemporaneidade*. COSTA, Ana Paula Motta e ÉILBERG, Daniela Dora (orgs). Porto Alegre: DM, 2015, p. 15.

Internacional dos Direitos da Criança. Observou-se, de modo particular, a atuação e a influência dos movimentos sociais emergentes na construção de textos jurídicos da área dos direitos da infância. Na situação específica do Brasil, tal movimento coincidiu com os debates que antecederam a convocação da Assembleia Nacional Constituinte e que prosseguiram durante a elaboração da Constituição.<sup>24</sup>

É mérito, portanto, dos movimentos sociais em defesa dos direitos da criança e do adolescente, tais como as Pastorais da Igreja Católica ou o Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua (MNMNR), introduzir, na Constituição de 1988, o marco doutrinário que somente um ano depois apareceriam na Convenção das Nações Unidas, com destaca ênfase para o princípio da Proteção Integral que observamos da interpretação do art. 227<sup>25</sup> da Constituição de 1988:

Conquanto não esteja nominado no artigo acima citado, o princípio da Proteção Integral se depreende da extensa lista de direitos fundamentais que o texto constitucional elenca como sendo de titularidade de crianças e adolescentes. Segundo este princípio, a infância e adolescência devem ser protegidas em todas as suas dimensões (afetiva, sexual, laboral, familiar, etc), um rol muito mais abrangente do que planos educacional, socioassistencial e de saúde aos quais se restringiam os textos constitucionais anteriores.

A importância do Princípio da Proteção Integral é fundante no ordenamento jurídico pátrio. A partir dele se alicerça toda a arquitetura dos direitos da criança e do adolescente no Brasil. Tanto é que a lei 8.069 de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, define, logo em seu artigo primeiro, que “(e)sta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.” Em vista disso, o fundamento teórico dos direitos da infância, no Brasil, passa a ser conhecido como Doutrina da Proteção Integral. Como explica Costa:

Doutrina da Proteção Integral é a base valorativa que fundamenta os direitos da infância e da juventude. Parte do reconhecimento normativo de uma **condição especial, ou peculiar**, das pessoas desse grupo etário (zero a 18 anos), que devem ser respeitadas enquanto **sujeitos de direitos**. Crianças e adolescentes, a partir de então, ainda que no texto normativo, foram reconhecidos em sua dignidade, **peçoas em desenvolvimento**, que necessitam de especial proteção e garantia dos seus direitos por parte dos adultos: Estado, família e sociedade.<sup>26</sup>

Note-se, como explica Costa, que o art. 227 da Constituição Federal reconhece nas crianças e adolescentes, a titularidade de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Fazendo isso, o texto constitucional reconhece neles, seres humanos completos, e portanto, **sujeitos de direitos**. Desta maneira, a carta de 1988 nega, completamente, as interpretações da criança enquanto ser humano incompleto (o

<sup>24</sup> COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.129.

<sup>25</sup> **Art. 227.** É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

<sup>26</sup> COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 131.

adulto em miniatura, na lição de Àries) e como objeto de tutela, próprias da Doutrina da Situação Irregular.

Perceba-se que, assim procedendo, a Constituição de Federal de 1988 nega o critério segundo o qual é a falta (de poder, tamanho ou discernimento) o elemento diferenciador entre a infância e o mundo adulto. Para tanto, estabelece outro elemento de diferenciação, qual seja, o da **peculiar condição de desenvolvimento**, diversas vezes referenciado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para definir a condição peculiar de desenvolvimento, forçoso é que recorramos ao campo da psicologia, mais precisamente, à psicologia do desenvolvimento humano. Dentre os vários teóricos do desenvolvimento, Vigotsky nos parece ser aquele que melhor fornece subsídios para o conceito de condição peculiar de desenvolvimento que norteia a Doutrina da Proteção Integral.

Para Vigotsky, o desenvolvimento humano, no lugar de um processo inato e natural, que se origina na mente da própria criança, mas fruto do número e qualidade das interações sociais da criança, internalizados segundo sua própria individualidade<sup>27</sup> (1991, pág. 43). Na síntese de Biaggio:

Vygotsky escolheu estudar ações sociais para entender o comportamento individual. Ele não acreditava que as pessoas fossem meros recipientes passivos de conhecimento e insistia em que as crianças aprendem ativamente. **As crianças são influenciadas por seus ambientes, acreditava ele, mesmo quando elas por sua vez influenciam aquele ambiente.** Na dialética de Vigotsky, as crianças são afetadas e também os adultos e companheiros de seu ambiente. Especificamente, a criança se desenvolve cognitivamente, à medida que se comunica com as **figuras significativas com quem tem contacto.** O conhecimento que é compartilhado pelas pessoas no mundo da criança - conhecimento a respeito de como falar, resolver problemas, lembrar, ou prestar atenção - é transmitido à criança que está ativamente buscando esse conhecimento. Os adultos não ensinam conhecimento ou habilidades, mas gradualmente guiam a criança a funcionar de maneira independente.(...)O processo de aprender ou desenvolver funções psicológicas avançadas é um processo no qual as crianças inicialmente partilham com outros e depois internalizam as interações sociais, acreditava Vigotsky. As crianças primeiro são expostas à fala e às ações compartilhadas de outros. Elas são guiadas e reguladas por adultos ou crianças que tenham mais experiência na cultura. As crianças tomam então esse conhecimento e habilidades compartilhadas, especialmente a fala, enquanto aprendem a guiar e regular suas próprias ações."<sup>28</sup>

A peculiaridade da fase do desenvolvimento da infância, portanto, consiste no fato de ser justamente a primeira fase do desenvolvimento humano. Sem interações sociais anteriores que lhe fornecem um acervo substancial de experiências prévias, a criança tende a copiar, com menos critérios, os comportamentos ao seu redor, vivenciando o mundo de forma diferente da do adulto.

<sup>27</sup> VIGOTSKY, Lev Semyonovich. **A Formação Social da Mente**. 4ª edição brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 43.

<sup>28</sup> BIAGGIO, Ângela M. Brasil. **Psicologia do Desenvolvimento**. 14ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 1975, p. 31.

O conceito de desenvolvimento peculiar é fundamental no direito da infância. É em vista dele que o intérprete – quando da aplicação do direito – se vê forçado a abandonar o ponto de vista dos adultos para interpretar os direitos fundamentais de acordo com as particularidades das crianças e adolescentes.

Colocados nesse plano, a concreção os direitos fundamentais ganham nova significação, tendo em vista a particular fase do desenvolvimento humano em que se encontram esses indivíduos. Cite-se, a título exemplificativo, o direito à sexualidade. Interpretado sob o ponto de vista adulto, a prática consentida da relação sexual é, claramente, uma das formas de exercício deste direito.

No universo da infância, entretanto, a prática da relação sexual constitui-se como uma das violências mais emblemáticas de violação dos direitos da criança, qual seja, a exploração sexual infantil. Ignorada sua condição peculiar de desenvolvimento, a criança se vê privada daquilo que a define como criança, sendo retratada, novamente, sob a figura medieval do mini-adulto.

Negar a sexualidade da infância, entretanto – recriminando-a de descobrir o próprio corpo, de identificar as diferenças entre os sexos ou de descobrir a própria orientação sexual, por exemplo – é negar que ela seja sujeito deste direito específico. Privada dessa dimensão de sua humanidade, a criança de novo é considerada um ser humano incompleto que, como vimos, é preceito fundante da Doutrina da Situação Irregular.

Interpretar os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, portanto, é um exercício que depende da conjugação destes dois princípios fundamentais, o princípio da Condição Peculiar de Desenvolvimento e o princípio do Sujeito de Direitos. Definida a infância e adolescência em face destes dois princípios, necessário se faz a conformação de um direito especial para sua proteção, o que justifica a existência dos arts. 227 e 228 da Constituição Federal de 1988, bem como de toda a legislação infraconstitucional acerca dos direitos da infância. Como alerta Machado:

(..) os direitos fundamentais de crianças e adolescentes demandam uma conformação especial, uma estruturação distinta daquela conferida aos direitos fundamentais dos adultos, eis que, se assim não se concebesse, faltaria o “*minimum* necessário e imprescindível” que constitui o conteúdo da noção de personalidade, a que aludia De Cupis; se assim não se concebesse, as crianças e os adolescentes seriam apenas *objetos do direito* do mundo adulto<sup>29</sup> (MACHADO, 2003, p.116).

Nesse sentido, importa perceber que a mudança semântica que referida doutrina introduz no texto constitucional de 1988 tem objetivos muito mais largos do que somente a regulamentação de determinado nicho do direito pátrio. A Doutrina da Proteção Integral pretende, para além disso, incutir no direito e na sociedade brasileira uma compreensão distinta daquela construída sob a égide do Menorismo.

Sob este novo prisma, no que diz respeito ao direito da infância e da adolescência, após a Constituição Federal de 1988, é necessária a conformação de todo um novo campo semântico que se distancie da gramática tutelar do menorismo. Neste novo

---

<sup>29</sup> MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p.116.

universo de significações orbitam palavras como “protagonismo”, “desenvolvimento peculiar”, “direitos fundamentais”, “participação” e “garantia de direitos”, expressões que vão permear toda a legislação infraconstitucional acerca da infância e adolescência no Brasil.

Interessa notar que assim procedendo, a lei pretende, para além do estabelecimento de um novo direito, também a construção de uma nova ideia de infância no Brasil, na qual o “menor” dá espaço à “criança” e ao “adolescente”. Por tudo o que se viu até aqui, esta não é meramente a substituição de palavras, mas a disputa entre duas visões completamente distintas de mundo.

#### 4. ENTRE O “MENOR” E A “CRIANÇA”: A TENSÃO LEGISLATIVA EM TORNO DAS CONCEPÇÕES DA INFÂNCIA

Em virtude do que se expôs até aqui, é forçoso perceber que, em se tratando dos direitos das crianças e adolescentes, a opção terminológica, longe de ser mera questão de estilo, traduz o posicionamento segundo uma ou outra concepção de infância que, a todo momento, encontram-se em tensão no direito brasileiro, a saber, o “menor” tutelado e “criança” sujeito de direitos em condição peculiar de desenvolvimento.

Como vimos, antes de 1988, em que pese o termo “menor” não estar presente, textualmente, na redação constitucional, as Constituições estavam impregnadas do ideário menorista. Tanto a Constituição o alicerce do edifício jurídico-político do país, como o restante da legislação infraconstitucional e as políticas públicas voltadas para a infância estavam de acordo com a gramática do menorismo.

Assim, além dos já citados Códigos de Menores e das varas de menores dos tribunais, tínhamos, em 1942, o Serviço de Assistência ao Menor (SAM), ligado ao Ministério da Justiça, responsável pelos internatos para “menores infratores” e pelos patronatos agrícolas e escolas de aprendizagem para os “menores abandonados ou carentes”, além das instituições nascidas do primeiro damismo: a Legião Brasileira da Assistência e as Casas do Pequeno Jornaleiro, do Pequeno Lavrador e do Pequeno Trabalhador. Note-se o forte apelo salvacionista da primeira e a associação destas últimas à ideia de adulto em miniatura.

No início da década de 1960, as pesadas críticas tecidas à desumanidade do SAM provocaram sua extinção pelo regime militar, que o substituiu pela Fundação Nacional do Bem Estar do Menor (FUNABEM), às quais estavam ligadas as Fundações Estaduais do Bem Estar do Menor (FEBEMs).

Comentando o Código de Menores de 1979, Saraiva tece vigorosa crítica contra a instituição das FEBEMs, destinadas originalmente aos “menores infratores” mas que, ante uma ótica criminalizante e medicalizante, privavam de liberdade determinada parcela da população infantojuvenil brasileira, caracterizada pela pobreza e pela falta de acesso a direitos:

Neste tempo, de vigência do Código de Menores, a grande maioria da população infanto-juvenil recolhida às entidades de internação do sistema FEBEM no Brasil, na ordem de 80%, era formada por crianças e adolescente, “menores”, que não eram autores de fatos definidos como crime na legislação penal brasileira. Estava consagrado um sistema de controle da pobreza,

que Emílio Garcia Mendez define como sociopenal, na medida em que se aplicavam sanções de privação de liberdade a situações não tipificadas como delito, subtraindo-se garantias processuais. Prendiam a vítima. Esta também era a ordem que imperava nos Juizados de Menores.<sup>30</sup>

Também a doutrina especializada se orientava segundo o léxico do menorismo. Cite-se, como exemplo, o clássico “Menores e Loucos em Direito Penal”, de 1886, em que Tobias Barreto, desenvolve significativa crítica à influência lombrosiana sobre a lei brasileira e, em especial, à maioria penal (então definida em 14 anos, facultando-se ao juiz penalizar crianças ainda mais jovens, se verificado discernimento<sup>31</sup>).

Depois da Constituição de 1988, em um tempo em que os Códigos de Menores e as varas dão lugar ao Estatuto da Criança e do Adolescente e às varas da infância e adolescência a expressão “menor” e a gramática a ela associada vão, paulatinamente, desaparecendo, primeiro da legislação infraconstitucional, da doutrina especializada e das políticas públicas brasileiras, em um processo lento e gradual.

Em que pese o avanço formal, não se pode dizer que o menorismo é fenômeno superado na sociedade ou no direito brasileiro, inclusive enquanto critério hermenêutico. Permanecem vivos, em nossa realidade, os “cavalos de Tróia do menorismo”.

Tal expressão foi cunhada por Saraiva: discutindo o chamado princípio do Interesse Superior da Criança (anteriormente denominado Interesse Superior do Menor), o autor alerta para o fato de como, no mais das vezes, o uso indevido deste princípio afasta a garantia de direitos de crianças e adolescentes, permitindo uma intervenção que em muito se aproxima da abordagem tutelar dos Códigos de Menores. Sendo assim, tal princípio funciona, em geral, como um “cavalo de Tróia do menorismo”, ou seja, uma porta para práticas tipicamente menoristas escondida dentro do corpo normativo garantista atualmente vigente no Brasil, que permite que o menorismo continue vivo no país<sup>32</sup>.

Talvez um dos campos onde melhor se possa perceber com que força o ideário do “menor” permanece disputando espaço com a “criança” no universo jurídico brasileiro seja na análise das decisões judiciais. Pesquisa conduzida por Burdó analisou 26 acórdãos do Superior Tribunal de Justiça (STJ), publicados entre 2010 e 2012, em matéria de medidas socioeducativas<sup>33</sup>. Em sua maioria, tratavam de pedido de *habeas corpus* impetrados em favor de adolescentes privados de liberdade – quer seja provisória, no curso do processo, ou em face da aplicação da medida socioeducativa de internação, ao fim do processo judicial – em que as decisões de primeiro grau foram manti-

<sup>30</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei – da indiferença à proteção integral**: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.51.

<sup>31</sup> Curioso notar que o critério do discernimento é basilar em muitas das propostas de redução da maioria penal, no Brasil, incluindo o retorno da possibilidade de desconsideração da maioria se verificado discernimento criticada por Tobias Barreto, presente na PEC 20/99, de autoria do Senador José Roberto Arruda, dentre outras. Em vista disso, longe de representarem avanços no direito penal pátrio, tais propostas configuram-se claramente como o retorno a um sistema falho, já criticado no século XIX.

<sup>32</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **A quebra do paradigma da incapacidade e o Princípio do superior interesse da criança – O “Cavalo de Tróia” do menorismo**. Juizado da Infância e Juventude / [publicado por] Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Corregedoria-Geral da Justiça. – n. 1 (nov. 2003)-. – Porto Alegre : Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003.

<sup>33</sup> Medida prevista pelo ECA a ser aplicada aos adolescentes que cometem atos infracionais, ou seja, tudo aquilo que, se praticado por adulto, seria crime ou contravenção penal.

das em segundo grau. Como anota a pesquisadora, é justamente a linguagem utilizada no STJ um indicador expressivo de como a infância é percebida nas cortes brasileiras:

Uma questão intrigante relacionada já ao conteúdo das decisões é o uso corriqueiro dos termos *Estatuto Menorista*, *Juízo menorista*, *magistrado ou juiz menorista*, *sentença menorista*, para designar, respectivamente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Justiça da Infância e Juventude, o juiz da vara da infância e juventude e a decisão judicial do juiz da vara da infância e juventude. Esses termos, por si sós, permitem já um primeiro diagnóstico da maneira como os adolescentes são compreendidos nesse tribunal. A revolução na linguagem de que falam todos os autores ligados ao direito da criança e do adolescente não se operou em uma das mais altas cortes do país, deixando de compreender o arcabouço de significados que está por detrás dos termos *menor* e seus derivados. Da mesma maneira, a expressão *menor infrator* é de uso corriqueiro.<sup>34</sup>

O próprio debate sobre redução da maioria penal, que de maneira cíclica, volta a integrar as pautas social e política no Brasil, é sintomática de como a Doutrina da Proteção Integral e seus corolários permanecem quase que exclusivamente do vocabulário de uma comunidade bastante pequena de especialistas e militantes no direito da infância e da adolescência.

Isto posto, resta notar que a superação da mentalidade menorista permanece desafio a ser superado na cultura jurídica, política e social do Brasil. A revolução conceitual e linguística proposta, assim, pela Constituição de 1988, não foi acompanhada, em igual medida, de uma mudança na mentalidade da população brasileira, sequer na mentalidade dos juristas.

## 5 CONCLUSÕES

O presente estudo faz um apanhado de reflexões que trazem diversos pontos de partida para as mais diversas conclusões. Percebe-se que há um avanço na impressão semântica voltada para os direitos das crianças e dos adolescentes na Constituição Federal de 1988. Ele reflete toda uma preocupação mundial em tornar prioritários os sujeitos de direitos com situação peculiar de desenvolvimento.

A redação do art. 227 da Constituição Federal de 1988, trouxe avanços, mas ela está longe de espelhar uma amadurecida cultura nacional no trato da criança e do adolescente. Mesmo constituindo-se como ferramenta de um processo de mudança que ainda vive o desafio da concretização hermenêutica, a partir do diálogo entre o impresso na lei e na complexidade social.

O ideário menorista, apesar de ultrapassado em termos simbólicos, está de tal forma entranhado em nossa história que, em que pese os quase 30 anos de vigência da atual Constituição, parece permanecer frustrada a intenção de se introduzir, no país, o conceito de infância da Convenção de 1989, baseada nos princípios da Proteção Integral, do Sujeito de Direitos e da Condição Peculiar de Desenvolvimento.

<sup>34</sup> BUDÓ, Marília de Nardin. **Vulnerabilidade, exclusão e seletividade - o menorismo vivo nas decisões do STJ sobre o ato infracional**. In Sociologia, Antropologia e Cultura jurídicas [Recurso eletrônico on-line], CONPEDI/ UNICURITIBA (org.). Florianópolis : FUNJAB, 2013, p. 11.

Olhar crianças e adolescentes de forma diferenciada é uma conquista histórica, semântica, hermenêutica e simbólica, mas os desafios seguem na prática. Isso foi uma conquista da sociedade brasileira. Essa mudança nas lentes da legislação para ver a infância só aconteceu por causa da mobilização da sociedade civil que trouxe para a Constituição de 1988 um marco normativo que culminou na aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O fortalecimento do projeto constitucional de 1988 para os direitos da infância e da adolescência, no Brasil, passa, necessariamente, por uma maior apropriação da gramática garantista por parte da sociedade brasileira, em especial, pela comunidade jurídica. Estaremos, por fim, ainda em uma sociedade que mal compreende, mal protege e maltrata suas crianças e adolescentes. Em vista disso, o desafio posto à sociedade, ao Estado e às famílias, por meio do art. 227 da Constituição Federal, permanece em aberto.

## REFERÊNCIAS

ANDI. **Direitos, infância e a agenda pública 2005-2007: uma análise comparativa da cobertura jornalística latino-americana**. Brasília: Andi, 2009.

ARIÈS, Philippe. **História social da Criança e da Família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

BIAGGIO, Ângela M. Brasil. **Psicologia do Desenvolvimento**. 14ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 1975.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BUDÓ, Marília de Nardin. Vulnerabilidade, exclusão e seletividade - o menorismo vivo nas decisões do STJ sobre o ato infracional. In: **Sociologia, Antropologia e Cultura jurídicas** [Recurso eletrônico on-line], CONPEDI/ UNICURITIBA (org.). Florianópolis : FUNJAB, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=142>. Último acesso em 24/11/2017.

CITELI, Adilson. **Palavras,**

**Meios de Comunicação**

**e Educação**. São Paulo: Cortez, 2010.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. 421 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Rio de Janeiro: Vozes, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

HELLER, Hermann. A Constituição do Estado. In: **Teoria do Estado**. Tradução por Prof. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, São Paulo: Manole, 2003.

MÉNDEZ, Emilio García. **Evolución histórica del derecho de la infancia: Por que una historia de los derechos de la infancia**. In *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.). São Paulo: ILANUD, 2006.

MÉNDEZ, Emílio Garcia. Problemas centrales de La responsabilidad juvenil em América Latina. In. **Justiça Juvenil na Contemporaneidade**. COSTA, Ana Paula Motta e EILBERG, Daniela Dora (orgs). Porto Alegre: DM, 2015.

POTSMAN, Neil. **O desaparecimento da infância**. Rio de Janeiro, Grapha, 1999.

SARAIVA, João Batista Costa. A quebra do paradigma da incapacidade e o Princípio do superior interesse da criança – O “Cavalo de Tróia” do menorismo. Juizado da Infância e Juventude / [publicado por] Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Corregedoria-Geral da Justiça. – n. 1 (nov. 2003)-. – Porto Alegre : Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei – da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

VIGOTSKY, Lev Semyonovich. **A Formação Social da Mente**. 4ª edição brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

**Submetido em: 11 set. 2018. Aceito em: 19 dez. 2018.**





## RESTRIÇÃO DAS CLÁUSULAS NEGOCIADAS PELOS SINDICATOS SOMENTE AOS SEUS FILIADOS

*Francisco Gerson Marques de Lima\**

### **Resumo**

A Lei nº 13.467/2017 modificou profundamente o modelo de custeio sindical no Brasil, causando enfraquecimento às entidades sindicais e levando-as a buscar novos mecanismos para obterem contribuições dos integrantes da categoria. Uma das “teses” surgidas tem sido a de que os sindicatos negociarão em benefício, apenas, dos associados ou, segundo outra corrente, apenas dos que estiverem quites com as contribuições ao sindicato. Esta última vertente abre mão, inclusive, da filiação dos membros da categoria, contentando-se com o pagamento de contribuições sindicais. Este artigo doutrinário rebate referida tese, por ser inconstitucional, discriminatória e politicamente desastrosa, ao mesmo tempo em que propicia a mais enfraquecimento e perda da legitimidade do sindicalismo brasileiro.

### **Palavras-chaves:**

Trabalho. Sindicato. Liberdade Sindical. Negociação coletiva. Filiação sindical. Discriminação.

## RESTRICTION OF CLAUSES NEGOTIATED BY TRADE UNIONS ONLY TO ITS AFFILIATES

### **Abstract**

Law No. 13.467/2017 profoundly modified the model of trade union costing in Brazil, causing weakening of trade union entities and leading them to seek new mechanisms to obtain contributions from members of the category. One of the “theses” that have emerged has been that trade unions will negotiate only for the benefit of associates or, in another case, only those who are discharged with contributions to the union. The latter part also gives way to the membership of the category, and contributes to the payment of union contributions. This doctrinal article rebates this thesis, because it is unconstitutional, discriminatory and politically disastrous, at the same time that it propitiates to more weakening and loss of the legitimacy of Brazilian trade unionism.

### **Keywords:**

Work. Syndicate. Freedom of Association. Collective bargaining. Union membership. Discrimination.

---

\* Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2000). Possui Mestrado em Direito (Constitucional) pela Universidade Federal do Ceará (1996). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1990). Atualmente é Procurador Regional do Trabalho, lotado na Procuradoria Regional do Trabalho da 7ª Região (Ceará) e professor adjunto da Universidade Federal do Ceará (UFC). Tem experiência na área jurídica, com ênfase em Direito Constitucional e Trabalhista, atuando principalmente nos seguintes temas: Justiça do Trabalho, direitos trabalhistas, Constituição de 1988, direitos fundamentais, Processo do Trabalho, processo constitucional e estudos sobre o Supremo Tribunal Federal. Vem aprofundando estudos em Sociologia Constitucional, tema objeto da Tese de Doutorado, que consistiu em análise crítica das decisões do STF. No campo trabalhista, destaca-se a atuação no Direito Sindical.

## INTRODUÇÃO

A sistemática do custeio sindical, que vigera no Brasil por mais de 70 anos, foi alterada pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), que retirou a compulsoriedade da contribuição anual, o chamado **imposto sindical** ou **contribuição sindical**. Na verdade, dita lei condicionou a que todas as contribuições sindicais sejam precedidas de autorização dos trabalhadores, a fim de possibilitar o desconto salarial (arts. 545, 578, 579, 582, 583 e 611-B, XXVI, CLT).

Esta alteração comprometeu o sistema confederativo sindical, que consiste na organização em sindicatos, federações e confederações – depois acrescido de mais uma entidade, anômala no sistema, as centrais, que foram formalmente reconhecidas e beneficiárias de fatia da contribuição compulsória (Lei nº 11.648/2008). A fonte básica da receita das federações, confederações e centrais era o tal **imposto sindical**, nomenclatura anterior à CF/88, que parte da doutrina e do sindicalismo fez questão de denominar, posteriormente, de **contribuição sindical** (para ressaltar a liberdade sindical, sem a imposição tributária do Estado), mas que nos momentos de conveniência, sobretudo nas ADIs que questionavam a inconstitucionalidade da Lei nº 13.467/2017,<sup>1</sup> voltou a denominar de **imposto sindical** (!).

O comprometimento se deu porque mais de 90% das receitas das federações, confederações e centrais provinham do **imposto sindical**, já que a quantia arrecadada das contribuições compulsórias dos trabalhadores era dividida entre essas entidades, os sindicatos (que possuem outras fontes alternativas de custeio) e o Ministério do Trabalho (sem razão para tanto).

Quando a Lei nº 13.467/2017 tornou o **compulsório** em **facultativo**, obviamente deixou na livre vontade do membro da categoria autorizar ou não o desconto. Estando a classe trabalhadora politicamente afastada das discussões trabalhistas, apática ou descrente de seu sindicato, já dá para imaginar que o percentual de autorização se dará em números baixos, mal chegando a dois dígitos. Note-se que o índice médio de filiação, no Brasil, é próximo dos 17% da categoria, número que é puxado para cima em virtude do alto índice de filiação dos servidores públicos federais, estaduais e dos municípios mais expressivos. Estes dois fatores (baixo índice de filiação e apatia político-sindical) indicam que a autorização para os descontos de contribuição sindical será mínima. Logo, a tendência é o fechamento de federações, confederações e, até, de centrais, pondo em cheque a estrutura histórica do sistema sindical brasileiro, ao mesmo tempo em que desestimula a pulverização, o que não significa, necessariamente, sindicatos mais fortes.<sup>2</sup>

Como os sindicatos, entidades de base, possuem outras fontes de custeio (mensalidade dos filiados, taxa assistencial, contribuição confederativa e outras), o impacto da Lei da Reforma Trabalhista, neste ponto, não se deu na mesma dimensão que nas entidades de grau superior. Mas afetará, sem dúvida, suas finanças, pois o imposto sindical significa algo na casa dos 20% para os que possuem trabalho de base e grande

<sup>1</sup> STF, ADI 5794, ADI 5912, ADI 5923, ADI 5859, ADI 5865, ADI 5813, ADI 5885, ADI 5887, ADI 5913, ADI 5810, ADC 55, ADI 5811, ADI 5888, ADI 5892, ADI 5806, ADI 5815, ADI 5850, ADI 5900, ADI 5950, ADI 5945, julg. 29.06.2018.

<sup>2</sup> As facilidades do imposto sindical vinham estimulando a criação desbragada de entidades de toda ordem, o que gerou a máfia do registro sindical no Ministério do Trabalho, objeto de investigação pela Polícia Federal e pelo MPF.

número de filiados; enquanto para as entidades com baixo índice de filiação ou afastadas de sua base, ficará na casa dos 50%. As entidades que não cuidaram, ao longo dos anos, de terem uma administração enxuta e imóveis próprios enfrentarão dificuldades. Até a manutenção das sedes gerará problemas, a sugerir que as entidades sem sede se instalem nas demais e compartilhem custos. Algumas, serão obrigadas a fechar, fundindo-se ou sendo incorporadas por outras.

Mas, entre as entidades pouco representativas, foram atingidas, também, as entidades que se desdobravam para bem representar suas categorias, para o que era importante a contribuição sindical compulsória. Sua facultatividade e, logo, a baixa adesão dos trabalhadores causam preocupação no equilíbrio de forças entre o capital e o trabalho, já que os sindicatos são essenciais no processo de conquistas e manutenção de direitos trabalhistas. Quando a legislação atual inverte a pirâmide normativa para impor a **prevalência do negociado sobre o legislado** (art. 611-A, CLT), é preciso que se tenham sindicatos à altura do poder econômico, pois não há negociação real entre desiguais. Em outras palavras, carece rediscutir o Direito sindical dos tempos atuais.

Na busca pela sobrevivência financeira, os sindicatos se socorrem de várias teses, algumas a refletir o desespero em que se encontram, como um naufrago que, iludido pela débil esperança, agarra-se à felpa de madeira que vê boiando no mar.

Este estudo trata de uma dessas teses, levantada ultimamente: a de que as negociações coletivas se aplicarão **somente** aos membros associados – ou, pior, aos que se encontrem quites com as obrigações contributivas –, de forma a **estimular** a filiação e o pagamento das contribuições sindicais. Sabe-se que, na verdade, a razão é o propósito de aumentar o número de contribuintes ao sindicato, o que passa pela filiação sindical. Ou seja, é uma tese de conveniência sindical, com toda a sua tendenciosidade.

Pedindo vênias aos discordantes, este artigo doutrinário analisa as inconveniências e inconstitucionalidade da tese restritiva, conforme as razões e fundamentos que seguem abaixo. Enquanto estudo jurídico, não se trata de versão ideologizada nem política, tampouco de defesa forense, o que é atribuição dos advogados. Outrossim, esclareça-se que, quando se faz uma pesquisa ou um estudo científico, as conclusões não são, obrigatoriamente, as desejadas. A contribuição doutrinária tem o mérito de apresentar uma versão serena do tema, sem as paixões dos envolvidos diretamente.

Portanto, o que consta deste artigo não é defesa, mas análise do contexto jurídico atual e das repercussões sociais que a Lei nº 13.467/2017 acarreta ao sindicalismo brasileiro.

## 2 RAZÕES CONTRÁRIAS À TESE DA NEGOCIAÇÃO RESTRITA

O fim da compulsoriedade da contribuição sindical trouxe novas indagações ao movimento sindical e, por certo, desencadeará interpretações contraditórias ao princípio da unicidade. Destaca-se a pretensão de algumas entidades sindicais em **aplicar as cláusulas das convenções e acordos coletivos apenas aos trabalhadores filiados**. De um lado, vê-se que, a princípio, isto descaracterizaria a natureza do ato-regra, ine-

rente às CCTs, e geraria grande desigualdade social, além da tentativa explícita de filiação compulsória, ao excluir os não-associados, o que atenta à liberdade sindical; ou que estimularia as empresas a pressionar trabalhadores para que se desfiliam, o que também viola as liberdades sindicais. No caso do Brasil, a negociação restrita aos filiados fere, ainda, o art. 8º, III, CF, segundo o qual “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da **categoria**, inclusive em questões judiciais ou administrativas”. De outro lado, argumenta-se que o não-filiado se beneficia, na prática, da luta e dos riscos suportados pelos sindicatos sem nenhuma contrapartida, já que a contribuição sindical não é mais compulsória. A bandeira de que as entidades negociarão, apenas, em favor dos trabalhadores **que estejam em dia com as contribuições sindicais**, é uma perspectiva ilegal, meramente financeira e superficial do problema da apatia política dos membros da categoria.

Diga-se que “a polêmica é interessante e cheia de perplexidades”, tanto nas CCTs quanto nos ACTs, gerando vários desdobramentos, como a situação em que trabalhadores **não-filiados** ao sindicato encontrem o *animus* negocial da empresa, enquanto a entidade se recusa a representá-los, apesar de a Constituição exigir sua presença. E se a empresa se dispuser a negociar diretamente com estes trabalhadores, em condições mais favoráveis do que o acordo ou a convenção coletiva firmada com o sindicato profissional?<sup>3</sup> Bem, se o sindicato se dispuser a negociar apenas por seus **filiados**, então os não-filiados estarão livres para negociar por conta própria. Com o tempo, acabaria surgindo outra forma de organização coletiva para representar estes trabalhadores, em substituição aos sindicatos, um caminho que poderia ser aberto, por exemplo, *ad futurum*, à representação de trabalhadores nos locais de fábrica (art. 510-A e segs., CLT). É, portanto, uma complicada situação perante a Constituição Federal e o papel histórico dos sindicatos. A restrição negocial a filiados (ou, pior, aos contribuintes) estimulará as oposições sindicais (nada de mal nisso, aliás), surgimento de outras entidades representativas (talvez um novo modelo, paralelo ou concorrente ao sindical) e, sobretudo, espaço para as empresas esvaziarem os sindicatos.<sup>4</sup>

<sup>3</sup>A situação descrita justificaria, certamente, a aplicação do art. 617, CLT, a propósito do qual o TST já decidiu por sua recepção pelo art. 8º, VI, CF/88, a fim de admitir que é possível a formalização de acordo diretamente “entre o empregador e empregados, sem a intermediação do sindicato da categoria profissional, desde que demonstradas a livre manifestação de vontade dos empregados em assembleia e a efetiva recusa da entidade sindical em consultar a coletividade interessada” (TST-E-ED-RR-1134676-43.2003.5.04.0900, SBDI-I, rel. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, red. p/ acórdão Min. João Oreste Dalazen, 19.5.2016. Também: TST/SBDI-I, E-ED-RR 1134676-43.2003.5.04.0900).

<sup>4</sup> Segundo estudos da OIT sobre o alcance dos instrumentos coletivos de trabalho a não-filiados, o tema também é discutido em outros países. “Embora debatida na base de princípio, a questão, em geral, é resolvida por meios pragmáticos. Se há uma alta proporção de sindicalização, digamos 80%, o sindicato pode achar que a melhor atitude seria concentrar esforços para obter a sindicalização dos outros 20%. Pode até decidir por lutar por uma das várias formas de ‘closed shop’, de modo que, mais cedo ou mais tarde, não haveria mais trabalhadores não-sindicalizados. Do ponto de vista do empregador, a existência de um alto índice de organização sindical o dissuadiria de tentar substituir os sindicalizados por não-sindicalizados; de qualquer modo, pode-se imaginar os problemas administrativos na aplicação de diferentes salários, condições de trabalho e de termos de emprego dentro da mesma empresa. Uma solução parcial, com aparente grau de sucesso, foi encontrada na Suíça e em outros países: incluir no acordo um dispositivo no sentido de que uma quantia igual à subscrição sindical será deduzida dos não-sindicalizados e posta num fundo em benefício da força de trabalho como um todo” (OIT-Organização Internacional do Trabalho. **Negociações Coletivas**. Tradução: Sandra Valle. São Paulo: LTr, 1994, p. 87). Esta saída suíça provavelmente encontraria resistência na jurisprudência brasileira, inclusive do STF, ante os limites da CF/88, sobretudo em face da unicidade sindical. Veja-se, também, comentando as experiências do Direito italiano, com suas idas e vindas: MAZZONI, Giuliano. **Relações Coletivas de Trabalho**. São Paulo: RT, 1972, p. 157-221. Pela extensão da CCT a filiados e não-filiados: RUPRECHT, Alfredo J. **Relações Coletivas de Trabalho**. Trad.: Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995, p. 390.

A tese de que os sindicatos poderão e/ou deverão negociar em favor apenas dos membros filiados ou dos que estejam em dia com as contribuições sindicais é politicamente desastrosa e esbarra em vários empecilhos, a saber: **(a)** cria desigualdade; **(b)** estabelece cizânia na base do sindicato; **(c)** transforma o sindicato em associação; **(d)** abre margem ao pluralismo; **(e)** possibilita que os não-filiados encontrem outra forma de representação e de negociação com as empresas; **(f)** admite pedido de extensão (art. 868, CLT); **(g)** implica em “dupla folha salarial”; **(h)** engana-se em “quem serão os discriminados”: os filiados ou os não-filiados? **(i)** fomenta as ações de equiparação salarial; **(j)** estimula discriminação na admissão e na rescisão; **(l)** contraria a liberdade de filiação, na medida em que a força.

Antes de abordar estes limitadores, insta considerar dois outros aspectos prévios, o primeiro referente a **representatividade** e, o segundo, à **essência** do sindicalismo.

### 3 A QUESTÃO DA REPRESENTATIVIDADE SINDICAL:

É de se chamar atenção a baixa representatividade sindical, no Brasil, que registra índice médio de filiação inferior a 17% dos membros da categoria. Em razão deste fator decisivo, o sindicato pode estar negociando por uma minoria insignificante, deixando de fora mais de 80% dos integrantes de sua base. Ou seja, negociará pela exceção, o que é algo inusitado.

Nos países que adotam o pluralismo sindical, há critérios para identificação do sindicato mais representativo, o qual é autorizado a negociar setorialmente, ficando os sindicatos menores com as negociações específicas, assegurando-se o direito à extensão dos convênios mais favoráveis. O verbete 884 da Recopilação do Comitê de Liberdade Sindical (CLS) da OIT conclui pela importância do “direito de negociação das organizações representativas, estejam ou não registradas”. E permite a negociação coletiva apenas aos filiados (verbetes 911), considerando o regime de pluralidade, ao passo que privilegia critérios para definição de entes representativos, autorizados a negociar coletivamente (verbetes 949, 950 e segs.).<sup>5</sup>

Se o quadro brasileiro fosse o contrário do atual, isto é, se os sindicatos tivessem representatividade e contassem com 80% de filiação, poder-se-ia cogitar de representação exclusiva a filiados, pois apenas uma minoria estaria ao desabrigo dessa representação. Mesmo assim, o Direito deveria permitir um canal alternativo para os não-filiados, que precisariam contar com outro ente para representá-los. Já se vê que o pluralismo sindical bateria às portas do sistema adotado pelo Brasil.

Quando o sindicato negocia para uma minoria, abre mão da maior parte de sua representação, não podendo obrigar que, por princípio democrático, impeça a maioria de ter sua própria representação. Seria teratológico, na medida em que a minoria importaria regras a todos os demais.

<sup>5</sup> Nos países de pluralidade sindical, é compatível a restrição negocial aos filiados, porque o sindicato não representa toda a categoria (mas apenas os associados), e os não-filiados possuem alternativas na representação por outras entidades. Logo, não ficam prejudicados na tutela material coletiva.

Na verdade, a Política mostra que governos minoritários, em regimes representativos, são instáveis e de brevíssima duração. No caso sob análise, bastaria um mínimo de organização pelos não-filiados para retirar a representação do sindicato, afastando todos os seus diretores.

Outro ângulo considerável é que a disposição em representar somente os associados não pode se dar apenas nos pontos de conveniência da entidade. Quem definirá em que aspectos o sindicato deixará de representar os trabalhadores? Isto é, se deixará de representá-los apenas nas negociações coletivas, ou nos dissídios, ou nas ações judiciais... Se a opção for do próprio sindicato, ouvida a assembleia dos filiados,<sup>6</sup> então restará discutir os critérios para a escolha do que deixará de constituir objeto da representação sindical; e quais trabalhadores serão excluídos. A escolha pelos não-filiados já é, por si só, de difícil aceitação jurídica e política; então, a exclusão dos não contribuintes se mostra ainda mais complicada, por força das prerrogativas de sócios, constantes dos estatutos sindicais.

### 3.1 Natureza das entidades sindicais e seu monopólio de representação:

No referente à essência do sindicalismo, é preciso apontar o que sejam os sindicatos, entidades que se diferenciam de outros entes associativos, destacadamente as associações civis, mesmo sendo todas de natureza privada.

As **associações** são entidades coletivas desprovidas de fins lucrativos, que têm por finalidade defender os **associados** e, excepcionalmente, seres ou bens que constituam seu objetivo. Daí, é possível a existência de associações que protejam os animais, o meio ambiente ou os consumidores. Regidas pela legislação comum (art. 53 e ss., Cód. Civil),<sup>7</sup> sua essência é voltada à defesa de interesses inerentes aos seus “associados”, o que se compatibiliza com o princípio do livre associacionismo. Essencialmente, as associações possuem fins culturais, desportivos e de lazer, não possuindo, *a priori*, representação política. No plano do Direito do Trabalho, não representam os trabalhadores, não podem ajuizar defesas administrativas nem judiciais, não podem promover dissídios coletivos, são proibidas de celebrar negociações coletivas de trabalho etc., porque estas são prerrogativas dos sindicatos (art. 8º, III, CF; art. 513, CLT).<sup>8</sup>

Os **sindicatos** são entidades coletivas que defendem a **categoria**, não apenas os associados (art. 8º, III, CF), e desempenham importante papel político. Tal representação é própria do modelo de unicidade sindical que o Brasil adota.<sup>9</sup> Afinal, se os traba-

<sup>6</sup> A decisão de abrir mão da representação sindical não pode ser tomada exclusivamente pela diretoria do sindicato, pois a nulidade seria notória por vício procedimental e de legitimidade. Se a decisão, porém, for tomada em assembleia, o vício inicial se encontrará superado, mas as demais questões restarão passíveis de apreciação pelas autoridades públicas, sendo legitimados para provocar a Justiça do Trabalho qualquer membro da categoria ou o Ministério Público do Trabalho.

<sup>7</sup> Na Constituição Federal de 1988, as associações estão previstas no art. 5º, XVII a XXI, estabelecendo o inc. XVIII que “a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento”.

<sup>8</sup> Os sindicatos são, originariamente, espécies de associação. No entanto, sua evolução histórica os levou a assumir natureza própria, enquanto as associações civis possuem regras diferentes de constituição, funcionamento e representação. Confira-se: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 215 e segs.

<sup>9</sup> Constituição Federal de 1988: “Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: I – a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organiza-

lhadores ou empresários não têm a opção de ser representados por nenhuma outra entidade sindical senão exclusivamente por aquela existente na base territorial, predestinada a representá-los (art. 8º, II, CF), é sinal de que a liberdade de associação é restringida e, portanto, o sindicato representa a própria categoria, queira o membro ou não. Se o trabalhador ou o empregador não têm outra alternativa, em face do monopólio do sindicato, então o mecanismo de representação também é imperioso, de modo que o sindicato não pode deixar de representar o trabalhador. A não ser assim, será preciso que a legislação abra uma válvula de escape no regime de representação única e obrigatória. Mas, então, soterraria o princípio da unicidade.

Nas contradições sobre temas sindicais, é de se lembrar que, nos anos 1980, os sindicatos refutavam o imposto sindical, por comprometer a liberdade sindical, eis que justificava a ingerência do Estado na organização sindical. Sobrevindo a CF/88, algumas entidades se manifestavam contra a compulsoriedade de contribuições sindicais... até que a Lei nº 13.467/2017 tornou facultativo o imposto sindical, que, portanto, perdeu de vez o caráter tributário. Vigente a CF/88, o sindicalismo brasileiro defende ferrenhamente a unicidade sindical, em que **somente os sindicatos** – e, mais, **somente um deles** – representa a categoria. Mas, agora, defende que só representará os associados ou os contribuintes, embora sem querer abrir mão da unicidade. E isto é, sem dúvida alguma, uma contradição insuperável.

De seu turno, o pensamento da representação restrita aos filiados ou pagantes aproxima-se da realidade das associações, que só representam os associados. Mas, referente às associações, o ordenamento brasileiro não adota o modelo da associação única; logo, é possível co-existirem várias associações com mesmo âmbito de representação e mesmo objetivo, sendo facultativo aos interessados se filiarem a uma ou a outra, ou mesmo a todas ou a algumas delas. Como se vê, o ordenamento brasileiro trata as associações de forma muito diferente do que destina aos sindicatos, os quais possuem muito mais prerrogativas e faculdade do que elas.<sup>10</sup>

É neste contexto – e apesar dele – que se tem fomentado o entendimento de que os sindicatos poderão negociar em benefício exclusivo de seus associados ou, mais restritivamente ainda, dos que estiverem em dia com as contribuições sindicais. As páginas seguintes demonstrarão, porém, o desacerto deste entendimento.

### 3.2 Desigualdade:

A negociação coletiva restrita aos filiados (ou aos trabalhadores que estiverem atualizados com o pagamento de suas contribuições) tem, ao fundo, a intenção de

---

ção sindical; II – é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município; III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; (...). O sindicato pode defender interesses coletivos e individuais de membros da categoria inclusive como substituto processual: STF, MI 347-5/SC; STF 202.063-0/PR e RE 182543-0/SP, que interpretaram a CF, art. 8º, III, e o art. 3º da Lei nº 8.073/90. Com base nestes julgados, o TST cancelou a Súmula 310, que era restritiva à prerrogativa da substituição sindical. Veja-se TST/8ª T., **RR 1581/2000-012-15-00.3**, Min. Dora Maria da Costa, j. 13.05.2009.

<sup>10</sup> As prerrogativas dos sindicatos só foram concedidas pelo legislador ordinário em razão das peculiaridades dessas entidades e do âmbito de sua representação (da categoria). Querê-las pela metade, apenas na parte das conveniências, rompe a sistemática e a coerência normativas, gerando uma ruptura das razões do sindicalismo e, portanto, justificando a revisão da principiologia constitucional que rege o modelo sindical brasileiro.

compeli-los a se filiarem. Para tanto, o sindicalismo propugna por fazer uma nítida divisão entre filiados (=associados, sindicalizados) e não-filiados (= não-associados, não sindicalizados), estabelecendo negociações coletivas que criarão *apartheid* sindical.

No entender dos sindicalistas que defendem o *apartheid*, os trabalhadores não-filiados serão “estimulados” a se filiarem, quando se depararem com benefícios que alcançarão apenas os associados. Ficando os primeiros à margem desses benefícios oriundos de ACTs ou CCTs, acabariam por se filiarem também. E isso fortaleceria a entidade sindical.

Qualquer política de segregação, porém, não é favorável aos movimentos sociais, incluído o sindicalismo, especialmente se partir dele próprio, porque o capital se apoderará dessa “deixa” para ir muito adiante e acabar com a representação coletiva, estimulando e instigando o ódio entre os trabalhadores.

Entidades sindicais pressupõem que as negociações coletivas proporcionarão mais benefícios aos trabalhadores do que a legislação em vigor e dos contratos individuais. Estes privilégios, então, seriam dádivas exclusivas dos filiados. Contudo, a se perceber que, no Brasil, mais da metade dos sindicatos profissionais não negociam<sup>11</sup> ou negociam mal, é fácil se concluir que os sindicalizados podem ser agraciados com vantagens **inferiores** aos não sindicalizados, a quem as empresas poderão destinar melhores condições salariais e de trabalho, pois o próprio sindicato criara a distorção no tratamento. Partindo a **desigualização** do próprio sindicato, as empresas não seriam responsáveis, em princípio, por aplicar o tratamento discriminatório aos trabalhadores. Culpado na discriminação seria o sindicato e, ironicamente, estaria legitimando que os não-filiados recebessem tratamento mais benéfico. No máximo, os sindicatos poderiam promover ações de extensão dos direitos dos **não-filiados** aos **filiados**, mas, então, sua vitória (se a obtivessem) seria provar judicialmente que negociaram mal.

### 3.3 Cizânia na base do sindicato e negociações desvantajosas:

Qualquer grupo que é dividido se enfraquece. Os sindicatos separatistas contribuem para este quadro, fragilizando-se também. Para fortalecer os trabalhadores, é preciso estimular a união, o que vem pelo convencimento, pela conscientização política, não por expedientes de força ou de segregação. Tendo o sindicato decidido negociar em favor, apenas, dos associados, no todo ou em parte do ACT ou da CCT, a base será dividida entre associados e não-associados, com direitos diferentes e cizânia. Em escala maior de gravidade, pode estimular o ódio dentro da própria categoria. Os que porventura se filiem talvez não o façam por consciência política, mas por mero interesse imediatista – e a separação entre o sindicato e a base continuará, com a mesma alienação política. Aprofundando-se no sindicalismo de resultados, o trabalho político junto aos trabalhadores seria esquecido de vez, porquanto tais sindicatos se restringiriam a obter conquistas econômicas e vantagens imediatas (cesta básica, auxílio-funeral etc.), sem se preocupar com a conscientização e emancipação dos trabalhado-

---

<sup>11</sup> Dados anteriores à Reforma Trabalhista, que tendem a se agravar no quadro atual, pois muitas entidades patronais não precisam mais de negociações coletivas para implementarem jornada 12h x 36h, banco de horas, flexibilização de jornada, repousos, divisão de férias etc.

res. Mais do que conquistando filiados, estar-se-ia **comprando** associados, numa relação de escambo trabalhista.

A prática ensinaria a criação de **listas negras**, com tendência a se estender aos critérios de admissão e de permanência no emprego, o que constitui conduta antisindical, eis que evidenciada a **parceria** entre o sindicato e a empresa, a atrair, destarte, a responsabilidade solidária destas entidades, tanto individual, quanto coletivamente. Ou, talvez, a empresa efetive e intensifique tais distinções, a seu gosto e modo.

Antes disso, porém, há de se ver se, de fato, o instrumento coletivo de trabalho trará mais vantagens para os associados. Porque se as cláusulas coletivas, no todo, não forem mais vantajosas do que os descontos e outras nuances dos filiados, será melhor não se filiar à entidade sindical. Esta conta será realizada facilmente pelos membros da categoria, para os quais a **teoria dos jogos** flui naturalmente. Esta verificação poderá ocorrer em dois planos: (a) se o sindicato negocia abaixo do que estabelece a legislação; e (b) se a empresa privilegia os não-filiados.

Não são todas as negociações coletivas que, de fato, representam vantagens para os trabalhadores. Há sindicatos que renunciam a direitos como aviso prévio e multa do FGTS (TST/7ª T., RR 362-26.2013.5.10.0007; TRT-24ª Reg., MS 8500-52.2009.5.24.0), a estabilidade gestante (TRT-24 e TST/SDC, RODC-796.714/01), concordam com jornada de 34 horas consecutivas (TRT-15 Reg., 0012217-93.2015.5.15.0006), admitem o trabalho perigoso e insalubre a menores de 18 anos (TST/SDC, RO 386700-55.2009.5.04.0000) etc.

Por seu turno, as vantagens podem estar com os não-sindicalizados, a quem as empresas poderão conceder benefícios maiores, sem que isso implique em discriminação por parte delas, já que a iniciativa discriminatória partira da própria entidade associativa. Configurando-se este quadro, os filiados padecerão de provocações e receberão atributos pessoais nada confortáveis. E isso, a curto ou médio prazo, fará com que se desfilie dos sindicatos, esvaziando estas entidades. E migrarão para o rol dos desfiliaados, com raiva ou desprezo por sua entidade.

### 3.4 O sindicato como associação e o direito de greve

Conforme já demonstrado há pouco, o papel e as prerrogativas dos sindicatos são diferentes das das associações civis. As associações representam os **associados** e se regem pelo **pluralismo**; os sindicatos representam a **categoria** e detêm o monopólio dessa representação (**unicidade**). Muitas das prerrogativas dos sindicatos não são estendidas às associações, como as negociações coletivas, o direito de ação, a representação administrativa, o direito de greve e os dissídios coletivos.

Logo, no sistema de unicidade sindical, os sindicatos não podem negociar apenas para os filiados, pois negariam a estes o direito à negociação coletiva, ao dissídio coletivo, à greve etc. Se o sindicalismo brasileiro, todavia, enveredar por este caminho, a representação única será abalada, pois outras atividades e prerrogativas (art. 513, CLT) também sofrerão seus efeitos. Justificará, por exemplo, o retrocesso da substituição processual da categoria, que se restringirá à substituição dos associados; a re-

apresentação dos trabalhadores nos órgãos colegiados<sup>12</sup> etc. Ou seja, sua atuação será similar à das associações civis. Sucede que, para agirem como estas, os sindicatos terão de ser equiparados a elas e, portanto, renunciarem à prerrogativa de exclusividade, aceitando a concorrência da representação.

Predisposição a negociar apenas para os associados significa, por outro lado, que eventual **greve** não será mais abrangente de toda a categoria, mas, apenas, dos associados. Quem participará das assembleias para decidir sobre a deflagração de greve? Pelo raciocínio da representação restrita, somente os filiados terão este direito, que passará a ser mais ônus do que direito. Com um número menor de trabalhadores para decidir sobre a greve, o movimento já nasceria fragilizado, pois o sindicato não poderia sequer praticar atos de persuasão e aliciamento dos não-filiados a aderirem à greve, porque estes não se beneficiariam do instrumento coletivo de trabalho final. Os piquetes, por exemplo, não poderiam afetar a tranquilidade dos trabalhadores que fossem potencialmente beneficiários do movimento paredista. E isso será terrível, porque os não-filiados (a maioria, portanto) dificilmente adeririam aos interesses alheios, dos filiados (a minoria).

Noutro giro, os não associados poderiam deflagrar greve independentemente do sindicato e da assembleia dos associados? Parece que sim, ante a segregação gerada e porque não perdem o direito constitucional de paralisação coletiva, que não é privilégio dos filiados.

### 3.5 Abertura ao pluralismo sindical:

Se o sindicato se dispuser a negociar – e, de resto, a representar – apenas os filiados ou os contribuintes, então terá de admitir que os demais trabalhadores possam se organizar por conta própria, abrindo mão do monopólio sindical. Afinal, sendo fundamental o direito de organização coletiva, não pode uma entidade, por decisão de sua diretoria ou dos associados (os tais 17%, em média), impor um modelo a todos os trabalhadores ou empregadores, sem nenhuma lei permissiva (pelo contrário, a Constituição Federal se refere a representação da **categoria**).

---

<sup>12</sup> CF/88: “Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.” Daí as representações previstas no art. 3º e seus §§ da Lei nº 8.036/90 (Conselho Curador do FGTS), no art. 3º e seu § 2º da Lei nº 8.213 (Conselho Nacional de Previdência Social-CNPS), no art. 18 e seu § 3º da Lei nº 7.998/90 (Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador-CODEFAT), no art. 702, §§ 3º e 4º, da CLT (sustentação em processos de elaboração, revisão ou alteração de súmulas e orientações jurisprudenciais nos Tribunais) e em outras normas que estabelecem a representação dos trabalhadores e empregadores no Ministério do Trabalho (p. ex., nas comissões sobre NRs). No referente ao ajuizamento de ações sobre controle de constitucionalidade pelas Confederações (art. 103, IX, CF), a representação sindical limitada aos associados (cerca de 17% dos trabalhadores) provavelmente levaria à perda de legitimidade para discutir eventual norma que ferisse direitos constitucionais de todos os trabalhadores ou empregadores, ante a especificidade da representação sindical. A pertinência temática e a abrangência da representação são requisitos objetivos para o ajuizamento dessas ações (STF, ADIn 396-DF, Rel. Min. Paulo Brossard; ADIn 839-PR, Rel. Min. Carlos Velloso, RTJ 133/1011, Rel. Min. Sidney Sanches; ADIn 1114-DF, Min. Ilmar Galvão; ADI 15, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; ADIn 4.459, Min. Celso de Mello; ADI 3.906-AgR/DF, Min. Menezes Direito). Considere-se, ainda, que, na condição de legitimadas especiais, as Confederações precisam demonstrar a relação de representação e do interesse categorial para ajuizamento dessas ações: STF, ADI 305-RN; ADI-MC 1096/RS; ADI 1151/MG; ADI 1996-RS; ADI-MC 1519/AL).

No Estado de Direito, os cidadãos e entidades (públicas ou privadas) não se comportam como querem ou segundo suas conveniências, mas sim como o ordenamento determina ou permita. No caso em tela, o ordenamento brasileiro adota um modelo sindical, defendido pelas próprias entidades sindicais, erguido na unicidade e no monopólio de representação da categoria. Mudanças neste cenário só podem ocorrer pela via legislativa, iniciando-se por modificar o art. 8º, CF.

Quem detém o monopólio de qualquer atividade, possui atribuições específicas e peculiares, pois não se submete ao regime de concorrência nem dá outra oportunidade aos beneficiários do serviço. Este raciocínio, tão antigo quanto simples e direto, rege o sindicalismo que se baseia no regime da unicidade, uma forma de monopólio de representação dos trabalhadores e empregadores. Deveras, monopólio não é privilégio eivado apenas de direitos; há obrigações, deveres e responsabilidades. A ditadura dos monopólios é contemporizada com regime de deveres, a fim de balancear a falta de opção da sociedade.

No plano sindical, a unicidade impõe o dever de representação da **categoria**, a qual não dispõe de outras opções associativas, pois é compelida ao sindicato único, seja ele bom ou ruim.

Abrir mão da representação, total ou parcial, significa permitir que os trabalhadores **desrepresentados** possam se organizar paralelamente, pois não podem ficar alijados da defesa coletiva de seus direitos nem da reivindicação fundada na atuação coletivista. A fissura causada pelos sindicatos restritivistas abriria um formidável espaço para o pluralismo sindical, o que seria, aliás, muito simpático à Organização Internacional do Trabalho (Convenção 87, que o Brasil ainda não ratificou). O caminho para a pluralidade estaria aberto, mas dependeria do Legislativo para sua sedimentação.

Neste mar de incertezas e de possibilidades, o pluralismo se manifestaria como uma exigência de compatibilização jurídica, ante a necessidade de proteção coletiva dos não-filiados e de lhes assegurar o direito de organização coletiva. Nestas circunstâncias, ocorreria uma situação fática a implementar o pluralismo, mesmo que de forma desordenada, no princípio. A tendência seria o surgimento de novas formas de representação, sindicatos paralelos (p. ex.: **sindicato dos trabalhadores não-filiados a outras entidades sindicais**), reivindicação de associações para representar os trabalhadores **esquecidos** ou **renegados** pelos sindicatos, além de outras formas que a criatividade faria valer.

### 3.6 Organização, representação e negociação dos não-filiados:

Na esteira do que foi dito neste estudo, o caminho natural dos **excluídos** seria se organizarem em entidades paralelas ao sindicato excludente e, por constituírem número maior do que os 17% de filiados (média nacional), estabelecerem-se como mais representativas, maiores e, quiçá, mais fortes. Poderiam até **engolirem** o sindicato supressor. E este não poderia fazer nada, porque dera causa ao fenômeno.

Sob o ponto de vista empresarial, é melhor negociar com quem tem legitimidade e representatividade, porque uniformiza em maior amplitude as regras e direitos, ao passo que negociações com minorias são mais frágeis e tendem a se dissolver mais facilmente. As empresas buscam segurança, o que é essencial para sua estratégia comercial e seu planejamento financeiro. Negociações coletivas inseguras põem em dúvida a validade e a aceitabilidade das cláusulas negociadas.

Mesmo que se reconheça que os acordos e convenções coletivas sejam instrumentos inerentes aos sindicatos, a criatividade jurídica encontraria um meio de admitir negociações com outras entidades, para alcançar os trabalhadores não-filiados. Sem chamar de ACT ou CCT, logo mais surgiria alguma concepção de negócios jurídicos inominados celebrados com entidades associativas representantes dos não-filiados.

### 3.7 Pedido de extensão (art. 868, CLT):

Segundo o art. 868, CLT,

em caso de dissídio coletivo que tenha por motivo novas condições de trabalho e no qual figure como parte apenas uma fração de empregados de uma empresa, poderá o Tribunal competente, na própria decisão, estender tais condições de trabalho, se julgar justo e conveniente, aos demais empregados da empresa que forem da mesma profissão dos dissidentes.

Tendo o sindicato se recusado a negociar pelos não-filiados, restaria a estes pedir a extensão dos mesmos benefícios no âmbito da empresa, ao que seria invocável o art. 617, CLT.<sup>13</sup> Nada impede que a própria empresa promova a extensão ao grupo desrepresentado, pelo prazo do ACT e nas mesmas condições dele, a fim de assegurar a igualdade de tratamento entre filiados e não-filiados. Além da possibilidade de aditivos (se vantajosos) aos contratos individuais, a medida da empresa cumpriria uma função social mais relevante do que a pretensão restritiva do sindicato.<sup>14</sup>

### 3.8 A “dupla folha salarial”

As empresas que aceitassem negociar apenas quanto aos filiados do sindicato teriam de se organizar para terem dupla folha salarial, considerando que haveria trabalhadores com determinados benefícios (ex.: cesta básica, folga de campo, auxílio creche, plano de saúde etc.) e, outros, não. Tal situação requereria mais disciplina e

<sup>13</sup> CLT: Art. 617. Os empregados de uma ou mais empresas que decidirem celebrar Acordo Coletivo de Trabalho com as respectivas empresas darão ciência de sua resolução, por escrito, ao Sindicato representativo da categoria profissional, que terá o prazo de 8 (oito) dias para assumir a direção dos entendimentos entre os interessados, devendo igual procedimento ser observado pelas empresas interessadas com relação ao Sindicato da respectiva categoria econômica.

§ 1º. Expirado o prazo de 8 (oito) dias sem que o Sindicato tenha se desincumbido do encargo recebido, poderão os interessados dar conhecimento do fato à Federação a que estiver vinculado o Sindicato e, em falta dessa, à correspondente Confederação, para que, no mesmo prazo, assumam a direção dos entendimentos. Esgotado esse prazo, poderão os interessados prosseguir diretamente na negociação coletiva até final.

<sup>14</sup> Os verbetes 1052, 1053 e 1058 da Recopilação do Comitê de Liberdade Sindical da OIT (2006) tratam do direito de extensão de vantagens e benefícios trabalhistas aos trabalhadores.

extremo cuidado dos gestores, administradores e RHs, gerando mais custo operacional.

É pouco provável que as empresas caíssem nessa cilada administrativa. E se elas não concordarem com negociações coletivas restritivas, não há como o sindicato lhe impor a restrição.

### 3.9 Fomento às ações de equiparação salarial

Considerando a questão da “dupla folha salarial”, restaria juridicamente difícil que os trabalhadores filiados tivessem salários maiores do que os não-filiados; recebessem adicionais de horas extras ou jornada noturna superiores; sua cesta básica fosse maior; a jornada fosse diferenciada; etc.

A negociação coletiva não pode gerar discriminação. E, portanto, justificaria que os demais trabalhadores, por ações individuais ou coletivas – para as quais seria legitimado inclusive o Ministério Público do Trabalho na defesa de interesses metaindividuais constitucionais –, demandassem equiparação salarial, sem prejuízo de pedidos próprios de responsabilização aos sindicatos **(a)** por fomentarem a discriminação e **(b)** por se recusar a cumprir os deveres de representação da categoria.

### 3.10 Discriminação de filiados e não-filiados

Na prática, a opção dos sindicatos em negociarem apenas para os filiados (ou para os pagantes) gera discriminação, o que ofende o princípio de igualdade (art. 5º, I, CF), a liberdade de filiação (art. 8º, V, CF) e os limites da negociação coletiva.<sup>15</sup> Seria uma discriminação gerada por reciprocidade entre sindicatos e empresas. Ambos são responsáveis pelos termos negociados.

Enquanto os sindicatos pretendam discriminar os não-filiados (ou não-pagantes), as empresas poderão raciocinar de forma contrária e discriminar os filiados e, se tiverem informação suficiente, os pagantes.

Para as empresas é mais fácil (e conveniente) discriminar os filiados (minoridade) do que os não-filiados (maioria). Então, o estratagema dos sindicatos pode ter efeito contrário, ao justificar a discriminação empresarial, que terá elementos para conceder benefícios aos não-filiados, em patamares maiores do que aos filiados, uma típica manobra de esvaziamento eficaz de sindicatos.

Os sindicatos terão de encaminhar às empresas a relação dos filiados (ou dos pagantes), municiando-as com as informações para a discriminação. E elas manusearam tais informações conforme suas conveniências.

---

<sup>15</sup> CLT: Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: XXII – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência; XXVI – liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

### 3.11 Discriminação na admissão e na dispensa (rescisão)

A discriminação estabelecida por instrumento negocial coletivo tenderia a evoluir para a segregação admissional e demissional. Ou seja, poderia constituir justificativa para que a prática de cláusulas, explícitas ou implícitas, como a *closed shop*, *preferential shop* e a *union shop*.

A cláusula *closed shop* foi proibida nos EUA e, a partir desse precedente, em vários outros países. Segundo esta cláusula, é exigida a filiação a determinado sindicato como condição para a admissão no emprego. A *preferential shop* é cláusula pela qual se cria prioridade aos filiados na admissão no emprego. Na CLT, era permitida pelo art. 644, I, depois rechaçada pelo TST, na OJ 20/SDC, pois cláusulas preferenciais são inconstitucionais. A *Union shop* se caracteriza pela exigência para que o trabalhador seja filiado ao sindicato, como condição para manter o emprego, mesmo que esta condição não tenha sido imposta no ato da admissão. É dado, então, prazo para filiação, sob pena de rescisão do contrato de trabalho. Também é cláusula rebatida pelos tribunais de vários países.<sup>16</sup>

Enfim, a odiosa prática de discriminação se revela incompatível com os direitos fundamentais previstos nas Constituições e com o princípio de liberdade sindical.

## 4 LIBERDADE SINDICAL DE FILIAÇÃO E DESFILIAÇÃO:

A negociação coletiva restrita aos filiados (ou aos trabalhadores quites com suas contribuições) tem, ao fundo, a intenção de compeli-los a se filiarem. Ora, qualquer ação ou prática que tenha por consequência **forçar** a filiação ou a desfiliação fere a liberdade sindical, porquanto a decisão de se filiar ou não há de emanar da vontade do membro da categoria, sem pressões ou coações. Se parte do movimento sindical brasileiro não consegue convencer um mínimo de integrantes a se filiarem, é porque perdeu a legitimidade. E não será com expedientes de força que a restabelecerá.

Juridicamente, a pressão empreendida sobre os trabalhadores ofenderá a liberdade de filiação e desfiliação e, conseqüentemente, inconstitucional, ante o art. 8º da CF/88, cujo inciso V dispõe que “ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato”. Segundo o art. 22-1, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Dec. 592/92), “toda pessoa terá o direito de associar-se livremente a outras, inclusive o direito de construir sindicatos e de a eles filiar-se, para a proteção de seus interesses”. Disposição similar encontra-se no art. 8º-1, “a”, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que prevê a pluralidade sindical (Dec. 591/92). E o Pacto de San José da Costa Rica (Dec. 678/92), no art. 16, assegura que

1 - todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer natureza. 2 – O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da or-

<sup>16</sup> Na OIT, é bastante mencionar as decisões adotadas pelo Comitê de Liberdade Sindical nos verbetes 779, 780 e segs., de sua Recopilação 2006, rechaçando estas formas de discriminação sindical.

dem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

O mesmo Pacto de San José proíbe as interpretações restritivas ou que visem a suprir tais direitos (art. 29).

Estando, pois, configurado que a discriminação entre associados e não-associados tem por finalidade compelir trabalhadores ou empregadores a se filiarem às respectivas entidades sindicais, tem-se por ofendido o princípio da liberdade de filiação e desfiliação sindical.

## 5 REPRESENTAÇÃO NEGOCIAÇÃO RESTRITA AOS “PAGANTES”

A tese de que os sindicatos negociarão apenas para os **pagantes** das contribuições sindicais potencializa e agrava tudo quanto aqui se expôs, eis que cria distinção entre associados, impondo tratamento desigual entre contribuintes e não contribuintes. Se o filiado não estiver em dia com sua obrigação financeira, o remédio próprio é a ação de cobrança, ao invés de negar-lhe um direito natural de associado. O passo ainda mais agravante é permitir que os não-filiados, desde que paguem contribuições sindicais ou taxas específicas ou pontuais, beneficiem-se das negociações coletivas, enquanto o membro filiado, só porque se encontra em atraso, não terá o mesmo direito.

Tal quadro revelaria a face temerária do sindicato, demonstrando que sua verdadeira preocupação seria com as contribuições sindicais, muito mais do que a defesa dos interesses dos associados, indo na contramão da função dos sindicatos.

## 6 CONCLUSÕES:

Sem dúvida alguma, a Lei da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) causou grande estrago no sistema de financiamento sindical, o que levará ao fechamento de muitas entidades, sobretudo as de grau superior (federações, confederações e, provavelmente, centrais). O custeio compulsório foi definitivamente enterrado, selado e sobre ele posto uma pá de cal.

A *tese* (sentido *lato*) de que os sindicatos negociem em benefício apenas dos filiados ou dos pagantes pode ser entendida como não estando essas entidades na busca de legitimidade nem de representatividade, mas, sim, de **contribuintes**, dando continuidade à comodidade do imposto sindical. Mas, além deste aspecto, há inconstitucionalidade e ilegalidade neste pensar, porque cria discriminação nas relações de trabalho, ofende a liberdade de filiação e fere os deveres inerentes ao monopólio de representação sindical.

De seu turno, a negociação restrita só é compatível com os modelos de pluralidade sindical, o que não é o caso do Brasil (art. 8º, CF). No entanto, se os sindicatos começarem a abrir mão dessa representação dos membros da categoria, criando segregação e estimulando divisão interna, então será chegada a hora de se pensar na adequação da Constituição e se ratificar a Convenção 87-OIT.

Sob o ponto de vista de política sindical, o raciocínio da representação ou negociação coletiva restrita gerará inversão na pirâmide formada por filiados (minorias, 17% em média) e dos não-filiados (maioria, 83% em média), ensejando que estes encontrem formas próprias de organização e representação, já que não podem ficar aliados de negociações coletivas nem de defenderem coletivamente seus direitos.

Contribuições compulsórias, diretas ou disfarçadas, estão desautorizadas pelo ordenamento jurídico. Só por alteração da lei elas poderão ser novamente institucionalizadas. E isso, na atual conjuntura política do país, será muito difícil. Então, resta aos sindicatos trabalharem com o que têm, pedindo auxílio aos membros da categoria, convencendo-os e conscientizando-os da importância de terem sindicatos fortes, e não dispersando-os nem afastando os trabalhadores ou empregadores por atitudes antipáticas nem democráticas, pela via da segregação.

Ante todo o exposto, vê-se que, juridicamente, a representação restrita viola a liberdade de associação e estimula a desigualdade, implicando em recusa do sindicato em cumprir seu dever de representação da categoria. Em face destas ilegalidades, a entidade sindical poderá ser acionada judicialmente pelos trabalhadores interessados, pelos grupos de oposição, pelas entidades de grau superior ou pelo MPT para adequarem sua conduta, sem prejuízo das reparações pelos danos coletivos à categoria.

Embora não faça parte deste estudo – mas considerando as dificuldades atuais das entidades sindicais –, pode-se apontar que o caminho adequado, legal e politicamente correto do sindicalismo brasileiro, para sobreviver aos novos desafios, é investir na conscientização política dos trabalhadores, e não na compulsoriedade de filiação, mesmo que quase sutil ou disfarçada. Para tanto, nada melhor como se (re)aproximar ainda mais da base, aplicando e desenvolvendo mecanismos tecnológicos, repaginando as assembleias, usando a criatividade para aprimorar a comunicação com os trabalhadores.

#### REFERÊNCIAS:

OIT-Organização Internacional do Trabalho. **Negociações Coletivas**. Tradução: Sandra Valle. São Paulo: LTr, 1994.

MAZZONI, Giuliano. **Relações Coletivas de Trabalho**. São Paulo: RT, 1972.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

RUPRECHT, Alfredo J. **Relações Coletivas de Trabalho**. Trad.: Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995.

**Submetido em: 10 dez. 2018. Aceito em: 16 dez. 2018.**







---

## DOCTRINA ESTRANGEIRA

---





# THE ARAB REPRESENTATION OF EUROPEAN DEMOCRATIC VALUES AND ITS INFLUENCE ON EURO-ARAB RELATIONS:

*Dr Fouad Nohra\**

## **Resumo**

Esse artigo busca auxiliar no entendimento de dois fenômenos, a percepção das sociedades árabes acerca dos valores europeus relacionados à democracia e aos direitos humanos e sua percepção sobre o modo como a União Europeia está promovendo esses valores e desenvolvendo sua diplomacia pública. Para tanto, o artigo é dividido em quatro partes. De início, a influência dos modelos políticos europeus sobre os intelectuais árabes durante a “Nahda” será discutida. Na segunda parte, a percepção árabe sobre a Europa nos períodos coloniais e pós-coloniais será apresentada. No terceiro ponto, sobre o destino dos paradigmas políticos europeus foi feito. Ao final, uma conclusão foi feita com relação a um retorno para a “Nahda”.

## **Palavras-Chave**

Sociedades árabes. Democracia e direitos humanos. Diplomacia Pública. “Nahda”

## **A REPRESENTAÇÃO ÁRABE DOS VALORES DEMOCRÁTICOS EUROPEUS E A SUA INFLUÊNCIA NAS RELAÇÕES EURO-ÁRABES**

## **Abstract**

This paper aims to help on the understanding of two phenomenon, the perception of the Arab societies of the European values related to democracy and human rights and its perception of the way European Union is promoting them and developing its own public diplomacy. For that, the paper is divided in four major parts. At first, the influence of European political models on Arab intellectuals during the “Nahda” will be discussed. In the second part, the Arab perception of Europe at the colonial and post-colonial eras will be presented. At third, a study on the fate of European political paradigms was made. At last, a conclusion has been done regarding a return to the “Nahda”.

---

\* Professeur à l'université Paris Descartes, CPSC, Paris (Paris 5). Maître de conférences HDR en science politique. Spécialité : Science politique, relations internationales, politiques économiques du développement, méthodologie de la recherche. Responsabilités : Affilié au Centre Maurice Hauriou pour la Recherche en Droit public (EA1515), Responsable du Master Pratique et politiques de l'exportation, Directeur adjoint de l'Institut Développement et Solidarités Internationales (IDSI). Principaux thèmes de recherche : L'élaboration des politiques étrangères, Les transitions politiques au Moyen-Orient, Les politiques de développement.

Professor na Universidade Paris Descartes. Mestre de Conferências em Ciência Política. Especialidades: ciência política, relações internacionais, políticas econômicas do desenvolvimento e metodologia da pesquisa. Responsabilidades: afiliado ao Centro Maurice Hauriou para a Pesquisa em Direito Público, responsável pelo Mestrado em práticas e políticas de exportação, diretor-adjunto do Instituto Desenvolvimento e Solidariedade Internacionais (IDSI). Principais temas de pesquisa: elaboração das políticas estrangeiras, transições políticas no Oriente Médio, políticas de desenvolvimento.

**Keywords:**

Arab societies. Democracy and human rights. Public Diplomacy. "Wahda"

## 1 INTRODUCTION

The drive for a research on the Euro-Arab cultural interaction and on the influence of European patterns of democracy is motivated by a serious concern about the superficial statements which is often displayed by the past studies on public opinion, some of them assuming that the European political model of democracy is ab initio rejected by the Arab societies. .

Many and in particular some so called specialists in Islamic civilization alleged there is Islamic reluctance to democracy and human rights etc., while others emphasized on the simplistic model of Clash of civilizations carried out in the nineteen nineties. In order to discard these allegations, the most adequate approach consists in getting back to the origin of the European-Arab interaction process <sup>1</sup>.

By getting back to the nineteenth' century, at a period when the Arab world had its intellectual "renaissance" (*al-Nahda*), we would be able to identify the deep roots of the Arab perception of European modern values, focusing on one of them that is "liberal democracy".

This is the first step in a presentation whose aim is to analyse the track of the Arab perception of the European political modernity, through the lenses of the Arab intellectual elite.

This theoretical paper, based on compilations and literature analysis seems to be a first step enabling us to understand two phenomenon :

the perception, by the Arab societies of the European values related to democracy and human rights

its perception of the way European union is promoting them and developing its own public diplomacy.

## 2 THE INFLUENCE OF EUROPEAN POLITICAL MODELS ON ARAB INTELLECTUALS DURING THE "NAHDA" AS THE STARTING POINT OF THE ARAB PERCEPTION OF EUROPEAN VALUES

The Arab cultural awakening started in the beginning of the nineteenth century, when Egypt was just starting to build up its modern state, only two decades after the end of the French occupation.

French occupation of Egypt lasted no longer than three years and brought in a lot of cultural transformation. It gave the Arab political actors the testimony that

---

<sup>1</sup> The theory on Clash of Civilization developed by Samuel Huntigton triggered a wave of controversy, we summarized in a past research paper :Fouad Nohra: « **Une représentation négative de l'interculturalité : la théorie du choc des civilisations,**», in Sahlia Ben Messahel : **Aux frontières de l'interculturalité**, Lille, Presses Universitaires du Septentrion, (parution imminente / Février 2009), pp 139 -158.

French republican Deism and Islam were close to each other. The Egyptians discovered that something was going wrong in their political organization and in their political culture. Napoleon Bonaparte's military occupation was sure bloody, but its short timeline and its positive interaction with the Egyptian religious authorities during the first period pushed Egypt forward to a modern model of statecraft<sup>2</sup>. It was no later than two decades after the end of Napoleon's occupation of Egypt and Palestine that Muhammad Ali appointed as the Khedive of Egypt and Sudan undertook the in-depth modernization of the Egyptian state, thus encouraging a new generation of modern intellectuals to set for a new hegemonic culture in the Egyptian society<sup>3</sup>.

Rifâ'at Râfi' al-Tahtâwi was among the pioneers of the nineteenth century's Arab intellectual rebirth. As a religious preacher, he was sent to France as the Imam of the first Egyptian students' delegation in 1826, and ended up his journey with the redaction of *Takhlîs al-Ibrîz fi Talkhîs Bâriz* (Extracting Paris' Gold)<sup>4</sup>.

Many new ideas developed by the author supported Muhammad Ali's political reforms, as he advocated a modern state based on the allegiance to the Egyptian citizenship as a pillar for the political life and on equality between citizens regardless of their religious obedience. These principles were echoing the French Republican paradigm read through the lenses of a renewed Islamic thought.

Nevertheless, Rifâ'at Râfi' al-Tahtâwi's political thought was not yet the cornerstone of the democratic political doctrines in the Arab World. Mehemet Ali's regime was introducing political modernization, citizenship and an accelerated industrialization in Egypt. It represented nevertheless an authoritarian modernist experience, and the Khedive excluded from al-Azhar many Islamic top scholars too much supportive to democracy<sup>5</sup>.

As a pioneer of the modern political thought in the Arab world, he was followed by many others concerned with an new approach of political life, either by providing a new reading of the Islamic intellectual and « theological » tradition, or through new doctrinal frames rather imported from Europe.

All over the Arab provinces of the Ottoman State, many other intellectuals perpetuated this reformist initiative. Jamal Al-Din al-Afghâni<sup>6</sup> and his (disciple) Muhammad 'Abduh were concerned with reforming the religious Islamic doctrine so as to accommodate it with the requirement of modernity. So was the case of Khair al-Dîn al-Tûnisi and 'Abdul Rahmân al-Kawâkibi whose writings were focusing on how Islam and modern democracy are compatible.

---

<sup>2</sup> The effect of French occupation in Egypt was just the opposite of what happened in Algeria. Concerning the latter, Michel Habart provides the graphics of the demographic decline of the Algerian population from 8 to 2 million people, and provides the description of those towns freed from most of their indigenous population. Michel Habart: *Histoire d'un Parjure*, Les Editions de Minuit, Paris, 1960 (available in Editions ANEP, Alger).

<sup>3</sup> Hasan al-Dayqa : *Dawlat Muhammad 'Ali wa al-Gharb al-Istihwâz wa al-Istiqlâl* (Muhammad 'Ali's State and the West, possession and independence), Al-Markaz al-Thaqâfi al-'Arabi, Beirut, 2002.

<sup>4</sup> Rifâ'at Râfi' al-Tahtâwi : *Takhlîs al-Ibrîz fi Talkhîs Bâriz* (Extracting Paris Gold), Dâr al-Thaqâfa wa al-Irshâd al-Qawmi, Cairo, United Arab Republic, 1958 (first published in 1849)

<sup>5</sup> As a mater of fact, Cheikh Muhammad Karim was removed by the Khedive and sent to Dumiat Refaat El Sa'id : *La pensée des Lumières en Egypte*, L'Harmattan, Paris, 2008.

<sup>6</sup> Jamal al-Din al-Afghani and his family claimed he came from Asadabad in Afghanistan, though many thought he was from Asadabad in Iran. But the most relevant in our study is his presence and influence in Egypt since 1870.

The Arab philosophers of the *Nahda* (The Arab cultural and intellectual awakening) were in the same time influenced by the European modern philosophy and reacting against cultural inertia in the Arab cities. They were more or less reacting against the Ottoman regime. Most of the Arab intellectuals and philosophers criticized the Ottoman rule but not all of them were hostile to it. For instance, Al-Kawâkibi's negative perception contrasted with Al-Tûnisi's reformist stance, the latter being an Ottoman notable, a troop commander, and latter on a member of Sultan Abdul Hamid's government. Despite the divergence between those who rejected Ottoman rule and those who sought merely to reform it, one common feature between all of them was their call for a reform of the present political system.

Al-Kawâkibi started with the critique of Ottoman despotism when he came to confront it to the European political model of organization. He is assumed to have read the Arab commentaries of Rousseau and Montesquieu. He referred to the European political philosophies in addition to the European political economy and to the socialist doctrines.

Despotism is literally derived from the Arab verb "*Istabadda*" ( meaning the individual exclusive appropriation of an action). This definition, used to describe the political power gives us a similar meaning: despotism is the appropriation of political power by the ruler in who decides on his own for the fate of a whole society and is not accountable to it<sup>7</sup>.

Al-Kawâkibi's developments on despotism were determined by an East/West comparative approach. They were influenced by the European modern political philosophy's theories on political legitimacy. The author referred many times to the East/West contrast as did the European intellectuals themselves. He emphasized the negative aspects of his own "eastern" society and political system in contrast with the Western one considered as a benchmark.

Al-Kawâkibi seemed to take on his own behalf the binary East/West opposition in regard to the political behaviour:

"There are many differences between Easterners and Westerners: the former has a better character taken individually, but the Westerner has a better relation to society. For instance, the Westerners always require from their Prince, loyalty and respect of law, while in the Eastern societies it is the Sultan who orders his subjects to be loyal and obedient to him."<sup>8</sup>

Therefore, the "Oriental despotism"<sup>9</sup> seems to be the reason why Arab societies are perverted and backward. Despotism leads to immorality because it forces the despot's subjects to sacrifice their own moral values in order to survive in a perverted environment. Moreover, despotism is not compatible with economic development because it brings insecurity in the economic field and is unable to provide the rules securing property and private interests.

---

<sup>7</sup> Abd Al-Rahmân al-Kawâkibi : *Tabâ'î' al-Istibdâd wa-Masâri' al-Isti'bâd* (The Characteristics of Despotism and the Demises of Enslavement) Moufim, Edition, Algiers 1988.

<sup>8</sup> Abd Al-Rahmân al-Kawâkibi: *Op. Cit.*, XX

<sup>9</sup> The concept of Oriental Despotism was first developed by Hegel and paved a long way toward contemporary theory of Karl Wittfogel. Georg Wilhelm Friedrich Hegel. *The phenomenology of mind*. Courier Corporation, 2012. Karl August Wittfogel. *The hydraulic civilizations*. University of Chicago Press, 1956.

This global critique of the Ottoman system contrasted with the more subtle approach provided by Al-Tûnisi: the latter was rather aware of all the reforms undertaken by the Ottoman state since the middle of the nineteenth century<sup>10</sup>. Of course, the first radical reforms were carried out in Egypt and the Egyptian experience was defeated when British and Ottoman stroke back together against it in 1840. But we should also remember that Istanbul was involved in a wide scale reformist process with the many *Tanzimats* adopted since 1839<sup>11</sup>. Moreover, the Sultanate itself issued its own Ottoman constitution in 1876, introducing Ottoman citizenship with constitutional rights and obligations, limited checks and balance between legislative and executive etc. That's the reason why Al-Tûnisi's criticism was targeting the Ottoman conservative leaders rather than the Ottoman political system as a whole<sup>12</sup>.

How did the Arab philosophers refer to European political patterns?

Both Al-Kawâkibi and Al-Tûnisi referred to the "representative democracy", paradigm and their rationale consisted in finding the similarity with the original Islamic experience of Medina and of the first caliphates of Abu Bakr, 'Umar, 'Uthman and 'Ali.

Through mobilizing historical and Islamic doctrinal resources, both of them argued the following:

the political paradigm defined by the Quranic verses is that of the "Shûra" which means "deliberative system". The Quranic verse (42;38) stipulates that all social issues should be submitted to a deliberation within the community of believers (*Amruhum Shûra Baynahum*).

The practice of the first Muslim states confirms this doctrinal source as "Shûra" (deliberation) was implemented inside the society especially when the Caliph had to set for new laws

This practice, based on Quran and Sunna, privileged the rule of law especially that this law, grounded on religious principles, but also developed by *Ijtihad* (the human effort of interpretation) and completed by the *Ijma'* (the consensus of the community) is deemed to have authority on the rulers' will, thus preventing any despotism.

This was a difficult exercise made by the Muslim scholars at a time when the dominant political culture was based on the sole principle of obedience to the ruling elite "*Awliyâ° al-Amr*"<sup>13</sup>.

That's why we suppose that this return to the origins of Islam was at this time a result of a mirror game between the Muslim intellectuals, the Arab-islamic history and the European set of values.

<sup>10</sup> In order to have an idea about the concerns for reform and modernization inside the Ottoman state, Robert Mantran: *Histoire de l'Empire ottoman* Paris, Fayard, 1989.

<sup>11</sup> The **Tanzimat**, literally meaning reform or re-organization were a set of reforms undertaken since Sultan Abdul-Majid, in order to modernize the Ottoman state.

<sup>12</sup> Khayr al-Dîn al-Tûnisi: *Aqwam al-Masâlik fi Ma'rifat Ahwâl al-Mamâlik*, (The best method to know about the situation of the Kingdoms)  al-Dâr al-Tûnisiya li al-Nashr, 1972. (first published in 1867)

<sup>13</sup> Fouad Nohra, « Pouvoir politique, droits fondamentaux et droit à la révolte : la doctrine religieuse face aux processus révolutionnaires dans le monde arabe », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 6 | 2014, mis en ligne le 30 octobre 2014, consulté le 04 décembre 2014. URL: <http://revdh.revues.org/922>.

In this mirror game, the aforementioned intellectuals are supposed to have been helped by the observation of the practical experiences inside the European political modernity in order to re-discover the original Islamic political system. Therefore they dissociated the historical sultanates ruling them in an a more or less despotic way from the original democratic experience of the first Caliphates.

The genuine historical research was undertaken by Al-Tûnisi who compared the Ottoman political system with the most representative European ones (from Russia to Great Britain). In each of them, he discovered a mixture of autocracy, aristocracy and democracy, and many obstacles to the principle of equality. In his analysis he disclosed his preference for the French republican system, which was equality oriented and reflected a better democratic representation than the other European regimes.

This comparative approach was intended to establish that in each European political regime the key prerogatives were still laying in the hands of the "little few", and still those "little few" represented the people directly or indirectly or were given a higher legitimacy due to their status or to their social or cultural position. This favoured the idea that in a reformed Islamic regime, the "deliberative" prerogatives could be attributed to those identified for their wisdom, their knowledge or their political representativity, thus corresponding to the historical elite called "*Ahl al-Hal wa al-'Aqd*".

The key finding of Al-Tûnisi was this idea that the democratic reforms recommended for Tunis province, and overall for the whole Ottoman state were in the same time bringing the Arab political system close to the European waves of political reforms as well as to what was perceived as the original Islamic principles for a political organization.

Furthermore, the principle laying beyond the idea of democracy was the principle of a civil government disconnected from the idea of a God-given monarchy. The Arab philosophers concerned with the rebirth of Islamic political philosophy seemed to have read the many theories on social contract, in order to abandon the principle of a theocratic political legitimacy.

Muhammad 'Abduh, a philosopher and religious scholar at the same time, benefiting from a solid reputation within the Egyptian religious institution, later on appointed as *Mufti*<sup>14</sup>, supported the idea that the government in Islam is always a civil government, as he told that:

"In Islam there is no other religious power given on people than the power of recommendation and incitement to accomplish the right actions and to avoid the wrong ones, and the least individual among the Muslim community is invested with this power over the most influent of them,... Islam has never given (the Caliph, the Mufti or the Cheikh al-Islam) any power on the beliefs and judgements of the individual, and any power given to them is

---

<sup>14</sup> The *Mufti* is the religious authority supposed to have knowledge of the religious doctrine and is habilitated to issue *Fatwa* (interpretations of religious doctrine).

only a civil power defined by the Islamic law, but which denies any (sacred) authority on the faith and believes of the individuals”<sup>15</sup>.

The secular idea spread on the aftermath of the abolition of the Ottoman Caliphate. In 1925, Ali Abdul-Râziq, an Egyptian Muslim cleric, presented his theory of separation between the political system and the religious law, echoing the republican initiative of Mustafa Kemal Atatürk. This was another form of European influence exerted through the intermediary of Turkey, which hosted the capital of the last Muslim Caliphate.

Ali Abdul-Râziq argued that the doctrinal sources, Quran and Hadith, provided for detailed rules on marriage and inheritance, but not at all for any model of political organization. The conclusion was that the Divine source left the issue of political organization to the human civilizational course (*al-'Umrân al-Bashari*)<sup>16</sup>.

This interpretation provided the religious and doctrinal legitimacy for the secular new political, thus providing the very basis for secular liberalism and nationalism all long the twentieth century.

This influence of the European models worked through a mirror game where those Arab philosophers qualified as Islamic reformists re-discovered their original political Islamic model through the lenses of European modernity.

Another question is linked to the problematic: how did those intellectuals perceive European societies ? The statements expressed through the most famous writings disclosed a great deal of ambiguity :

A negative perception of the European societies' emancipation from traditional values was perceived as a form of civilizational decay. While observing the French way of life al-Tahtâwi who was advocating the woman's emancipation in Egyptian society wished that this would not bring the latter to what he observed in France when "sometimes men became enslaved by women". Al-Kawâkibi did the same when he said that the European « is materialist, tough in his relation to other people, greedy, with a deep desire for revenge against them, as if nothing remained in his mind from the noble feeling transmitted by Christianity which is an Oriental religion »<sup>17</sup>.

A positive perception on the same societies, because a just political system can always make people virtuous. In this sense, Muhammad 'Abduh, on his way back from France and Italy said: "I went to the West and saw Islam, but no Muslims; I got back to the East and saw Muslims, but not Islam." He explained this aphorism by giving the details of the Islamic virtues the European citizen had and the Egyptian had lost.

This ambivalent statement determined to a certain extent the Arab perception of what could be borrowed from European culture and involved the Arab intellectuals in a deep insight of their own historical values.

<sup>15</sup> Muhammad 'Abduh: *Al A'mal Al-Kâmila*, (Complete Works), Volume 3, Al Mu'assasa Al-'Arabiyya li Al-Nashr, Beyrouth, 1980, pp288-289. Nevertheless Muhammad 'Abduh didn't clearly advocate a democratic regime, but only a kind of rule of law where the rights of individuals are protected.

<sup>16</sup> 'Ali 'Abdul-Râziq: *al-Islâm wa Usûl al-Hukm* (Islam and the foundation of government), Dar al-Bayrûni, 1994.

<sup>17</sup> Abd Al-Rahman al-Kawâkibi: *Op. Cit.*, p106

Islamic reformism as developed by Al-Tûnisi, Al-Kawâkibi and 'Abduh was involved in this mirror game between self perception and the perception of the Other, where the present and contingent self (qualified as decadent) is distinguished from the original self (considered as a paradigm).

### 3 A SIMPLIFIED SCHEME OF THE ARAB PERCEPTION OF EUROPE AT THE COLONIAL AND POST-COLONIAL ERA

Muslim reformists had a balanced relationship with Europe, grounded on a mirror game at a time when their own state was still playing in the courtyard of the influential powers. Their main concern was state reform in order to move forward to modernity.

In this sense, European powers, despite their military expansionism, and though already controlling in North Africa, served as a model of successful statecraft, and in the same time, as a place where the Arab political actors could find potential allies for their reforms.

This perception changed with the evolution of the geopolitical environment. Therefore, two stages are identified since the Arab societies were under European colonization<sup>18</sup>.

The stage of European colonization of the Arab world changed radically this balanced perception of Europe, and the new concern was national liberation through confrontation with European colonialism.

The next phase was post-colonial, and the relationship with Europe was reconsidered when the European Political Cooperation succeeded in transforming the European interaction with the Arab world in a new form of cooperation.

This is the reason why we should analyse the evolution of the Arab intellectual and philosophical perception of the European political culture, political systems and diplomacy at each of these two stages.

How did the Arab intellectuals and philosophers who lived under the European occupation perceive these three dimensions? The question is addressed through the identification of the common key claims at each period. During the late Ottoman Era the focus was on Islamic reformism, because the main concern of the mainstream Arab intellectuals was the modernization and democratization (and decentralization) of the Ottoman Islamic state. Europe was an ambivalent partner. It was perceived in the same time as a model and a threat. All depended on the context and on the position of the speaker on the geopolitical regional chessboard.

The colonial era led to a radical shift due to the new geopolitical context:

---

<sup>18</sup> The periodisation doesn't follow the European standards with the two world wars at the edges. We have instead instead the beginning and the end of European occupation of the Arab societies. In order to support this assumption, we refer to Hasan Hanafi who qualifies the world wars as European wars hasan Hanafi :*Muqaddama fi 'Ilm al-Istighrâb* (Introduction to the science of occidentalism), University Institution for Publication and Distribution, Cairo, 2000.

Ottoman legitimacy disappeared next to the geographical split of the Ottoman state and to the abolition of Caliphate in 1924.

The Arab part of the Empire fell under the European colonialism and was fragmented into as many states.

The European colonialism helped to support the Arab fragmentation with a cultural dimension by encouraging if not producing micro-nationalism and minorities sectarianism<sup>19</sup>.

As a consequence, getting rid of European colonialism became the key concern expressed in the Arab philosophical and political literature. We can assume that the Arab nationalism worked therefore as a matrix<sup>20</sup>, and cross-cutting the diverse discourses of the many political trends brought us to this point. Its main concern was liberation of the Arab fatherland from European colonialism, while taking assets from inside the European modernity in order to reform the Arab society.

Arab nationalism was recent, and kept marginal until the beginning of the twentieth century. but became in less than a decade the mainstream doctrinal basis, with the Arab revolution against the Young Turks' government since 1908, and precisely since the beginning of the Arab revolution in 1915<sup>21</sup>, and this was consolidated through the struggle against European colonialism.

The Arab nationalist matrix defines the relationship with European states by correlating it to the positive objectives, which are liberation and unification of the Arab homeland.

As a matrix it was challenged by other substitute nationalisms like the Syrian nationalism and also by ideologies rejecting nationalism and promoting universal solidarities (the Marxists on one side, the Muslim Brethren on the other side). Nevertheless many Marxists endorsed Arab nationalism<sup>22</sup>.

In the following scheme we shall consider altogether the original doctrine (Arab nationalism) and the competing doctrines (pan-Islamism, Syrian nationalism and non-nationalist Arab unitarism) altogether in order to determine the variables of the Arab perception of European paradigms and actors.

If we correlate this perception with the geopolitical environment, and if we limit the reaction to each new situation to a binary option – and of course the binary options cannot not reflect the complex reality - therefore we can infer six possibilities (from S1P1 to S3P3):

---

<sup>19</sup> 'Awni Farsakh: **al-°Aqaliyât fi al-Târîkh al-'Arabi** (Minorities in the Arab history), Riyad al-Rayyis li al-Tibâ'a wa al-Nashr, 1994. Fû'âd Shâhin: **al-Judhûr al-Ijtimâ'iyya wa al-Târîkhiya li al-Mas'ala al-Tâ'ifiya fi Lubnan** (The social and historical roots of the sectarian problem in Lebanon), Dâr al-Hadâtha li al-Tibâ'a wa al-Nashr, Beirut, 1980.

<sup>20</sup> The concept of matrix of a political-ideological landscape refers to a set of fundamental principles, values and beliefs standing beyond the diversity of discourses and ideologies. This is the reason why the main conflict of the nineteen fifties was between the monarchic hachemite Arab unity project and the republican socialist one.

<sup>21</sup> Zein. Zein: **The emergence of Arab nationalism: with a background study of Arab-Turkish relations in the Near East**. Delmar, NY: Caravan Books, 1973.

<sup>22</sup> The Marxist intellectual who moved from a strict internationalism to the Arab national paradigm were divided between those who endorsed Arab nationalism (Ra'if al-Khûri) and those who like Hassan Hamdan (Mahdi Amil) still made a clear distinction between the arab nationalism he rejected and the arab unitarism he supported. Mahdi 'Amil: **Muqaddamât Nazariya fi Dirâsat Athar al-Fikr al-Ishtirâki fi Harakat al-Taharrur al-Watani** (Theoretical prolegomena on the study of the influence of socialist thought on the national liberation movement), Dar al-Fârâbi, Beirut, 1974.

Situation 1: Arab countries are subject to European colonialism: this leads to two different positions:

Position 1: European states are ruling the Arab countries and this induces a general negative perception of an overall oppressive colonial Europe without making the distinction between the different actors inside it.

This is often the case in the philosophical nationalist discourse which as a philosophical discourse doesn't get into the empirical study of intra-European contradictions. Most of the philosophical works published by nationalists consider the European actors as a homogeneous block when they come to describe the civilizational European offensive to uproot the Arab identity<sup>23</sup>.

Position 2: European states are ruling the Arab countries and the Arab discourse considers the antagonisms inside Europe. This was more the case of empirical studies and practical political discourse.

In practice this provided the case of Rasheed Ali al-Kaylani's government in Iraq in 1941 who used to play the Axis against the ruling Britain, on the basis of the slogan "the ennemi of my ennemi is my ally"<sup>24</sup>.

In another way, this is what the Marxists did by playing the contradiction between the European governments and the European working classes. Marxists sought for an alliance with the European working class against the Imperialist projects of their own ruling class.

Situation 2: Arab countries are already emancipated from European colonialism and inserted in a regional system ruled by the bipolar conflict, in a context of United State- Israeli alliance<sup>25</sup>.

Position 1: the Arab discourse perceives Western Europe and United States as part of a homogenous political axis, and still presents a binary perception of an East/West divide.

This discourse is rather developed by philosophical and ideological writing of nationalists, "pan-Islamists" and Marxists and reduces the empirical analysis of interstate conflicts to the general scheme of common principles<sup>26</sup>.

Nevertheless, the radical « pan-Islamist » discourse considered that Western powers and the Soviet block were part of the same world<sup>27</sup>, while the Arab socialists and non-maoist Marxists<sup>28</sup> referred to the latter as an ally or a po-

---

<sup>23</sup> Michel Aflaq: *Fi Sabîl al-Ba'th* (for the sake of rebirth), Bagdad 1984.

<sup>24</sup> Majid Khaddury: *Independant Iraq, A study of Iraqi politics since 1932*, Oxford University Press, 1951.

<sup>25</sup> The perception of the global political scene by the Arab intellectuals was and is still over-determined by the Arab-Israeli conflict. Nevertheless, before the mid-nineteen sixties, United States was not still perceived as the strategic ally of Israeli state. For a detailed analysis on this question Fouad Nohra: *Stratégies américaines pour le Moyen-Orient*, Al Bouraq, 1999

<sup>26</sup> That is the reason why the sociological analysis and the political action move easily out of those philosophical schemes in order to look into the empirical complexity of intra-European divergences and conflicts.

<sup>27</sup> Among the philosophical writing highlighting the similarities between the Western and the Soviet blocks, Sayyid Qutb: *Al-'Adala al-Ijtima'iyya fi al-Islam* (Social justice in Islam), Dar al-Shurûq, 1995.

<sup>28</sup> In the Maoist theory since the early sixties, the revolutionary movements should strike equally against US and Soviet imperialism.

tential ally, by using the word “imperialism” to qualify the whole US-Western European alliance<sup>29</sup>.

Position 2: the Arab discourse does perceive the gap between United States and European diplomacy<sup>30</sup>, and therefore rejects the binary perception of an East/West cleavage and identifies the European diplomacy as a third actor. It expects from this European independent actor one of those possible attitudes: neutrality,,mediation, positive partnership<sup>31</sup>.

As Arab nationalism considers that the struggle ends up whenever the Arab national goals of liberation and unity are performed; therefore there are not essential historical antagonists but only cyclical or temporary antagonists. In this case, the relationship with Europe is expected to be at least neutral, and in many cases positive, once the colonial relation has been ended.

European common diplomacy since 1974 started to get its specific identity that made it distinct from United States', and especially when next to the first oil shock the European response consisted in establishing the Euro-Arab dialogue<sup>32</sup> while the US administration was planning for military control over the Gulf and more than hinting the possibility of use of force.<sup>33</sup>

Situation 3 : Arab independent countries are subject to domestic violent conflicts. And we assume the schematic binary opposition between the identity centred actors who give priority to sovereignty issues and domestic change centred actors who admit a foreign interference in order to protect their rights.

Position 1 : The identity centred actors reject the European interference and consider it as a negative factor in the domestic conflict.

Position 2 : the change centered actors seek for European support whether political, economic or cultural in order to resolve the domestic crisis, or in order to challenge the domestic antagonist.

The following simplistic scheme displays the six possibilities from S1P1 (situation 1 Position 1) to S3P2.

---

<sup>29</sup> The concept of imperialism was first used by the Marxist theory in the field of political discourse and practice, and was latter extended to the Arab socialist discourse in the sixties.

<sup>30</sup> During the European colonial era, and during the battles for independence, United States were rather perceived as a potential ally. Pierre Moussa: **Les Etats-Unis et les nations prolétaires**, Seuil, Paris, 1965. And for what concerns the Egyptian hesitation between alliance with the United States and alliance with the Soviet Union at the beginning of the Republican era:Lenczowski, George. **American presidents and the Middle East**. Duke University Press, 1990.

<sup>31</sup> These are general concepts referring to various situations. A typical situation when we talk about mediation is the Arab-Israeli conflict, when the European partners were since the middle of the nineteen seventies perceived as a possible mediator while United States were peerceived (except by latter Sadat's diplomacy) as fully involved in the conflict. Positive partnership was perceived by the socialist Arab political actors, as they were opportunities for the Arab states to develop more balanced economic partnerships than with the US multinational companies.

<sup>32</sup> For what concerns the evolution of Euro-Arab dialogue, many references can help, the most detailed being Bichara Khader: **L'Europe et le monde arabe, cousins, voisins**, Publisud, Paris, 1992. Another paper written at this time already highlighted the problems and obstacles Bernard Corbineau: **Le Dialogue Euro-Arabe, instance du nouvel ordre international (1973-78)**, Revue Française de Science Politique, n°3, 1980 pp 560-598.

<sup>33</sup> R.K. Ramazani: **International Straights of the World: the Persian Gulf and the Strait of Hormuz**, Sijthoff and Noordhoff, 1979

Situations/positions	Arab perceptions of European political actors	
	P1	P2
S1: European Colonization	Negative: East/West confrontation – European main target	Negative – displaying European/European divergences
S2: European colonization terminated	Negative: East/West confrontation – European as US allied	Positive – seeking for Euro-Arab cooperation
S3: Arab independence + domestic conflicts	Negative: rejection of foreign interference	Positive – trapping Europe into domestic conflicts

The optimal combination for the Euro-Arab relations was S2P2 which was correlated to the rise of a specific European Diplomacy, through the European Political Cooperation (EPC). And we choose to focus on this limited timeframe of the 1973-1980 period to illustrate a typical S2P2 case.

The rise of the EPC enabled this political counterpart of EEC to build up the frame for an European consensus in foreign policy, and this consensus was influenced by the French Gaullist independent foreign policy as a drive, resulting into an European divergence with the US Middle Eastern policy<sup>34</sup>.

The two key issues for this common foreign policy regarding the Arab world were the Israeli-Palestinian conflict and the Euro-Arab dialogue.

Concerning the first issue, EPC helped throughout the nineteen seventies to bridge the gap between two edge-sided countries, Netherland and France: in 1967, while the Dutch government provided a full diplomatic support to Israel, the French government supported the Arab claim for an Israeli withdrawal from recently occupied territories. At this time France was almost the only EEC country to take her distances with the US policy of support to Israel. Six years later, in 1973, the same diplomatic divide reappeared inside EEC, but the other four founding members of the EEC members took their distance with the Dutch position, and this until the EPC mechanisms brought the EPC/EEC member into a consensus whereby the rights of the Palestinian people could be recognized, and we got the Venice declaration<sup>35</sup>.

The second key was the Euro-Arab dialogue, helping to bring a change in the perception by each block of the other one. The Arab oil embargo as a mean to retaliate against foreign military and diplomatic support to the Israeli expansion hurt United States in addition to one of the six EEC/EPC member states (Netherland). While the

<sup>34</sup> In a former research, we established the causality of French diplomacy in moving the European Political Cooperation out of an alignment on the US Middle Eastern diplomacy Fouad Nohra, Muhammad Mustafa Kamal: *Sun' al-Qarâr fi al-Ittihâd al-Urubbi wa al-'Ilâqât al-'Arabiya al-Urubbiya* (Decision making process in the European Union and the Euro-Arab relationship», Center for Arab Unity Studv. Beirut. 2001.

<sup>35</sup> David John Allen. and Alfred Piipers. eds. *European foreign policy-making and the Arab-Israeli conflict*. Vol. 10. Martinus Nijhoff Publishers, 1984.

former responded both by supporting a “consumers’ cartel”, the latter was involved in an EPC dynamics moving toward dialogue with the Arab states. The Euro-Arab dialogue was a new form of recognition by the European partner that they could negotiate with the Arab world as such and this was an implied recognition of the Arab identity of their interlocutor.

On the Arab side, the growing perception of European Community at this stage, are summarized as follows:

Europe is identified with European Community: in the political and intellectual discourse, there is a semantic confusion between them.

Europe’s goals are perceived as being mainly economic, especially because in the Euro-Arab dialogue, EEC partner emphasized on trade partnership with the Arab countries. This helped to weaken the image widespread during the colonial era of an European civilizational offensive aiming at dispossessing the Arabs from their own identity.

EEC then EU is moreover expected to be more than a trade partner. Many sought for a EEC/EU role of mediator in regional conflicts, and as an alternative partner without or with limited hegemonic claims. This perception is strengthened by the relevance of common EPC then EU positions, and by the consensual mechanism of decision making.

This period of emergence of EPC, left a long lasting footprint in the the Arab perception of what European Union could be, despite the rise of the inter-Arab diplomatic divide since the late seventies, and the paralysis of common Arab institutional mechanisms (the League of Arab States)

#### 4 THE FATE OF EUROPEAN POLITICAL PARADIGMS AND THE POST-MODERNIST INVERTED MIRROR GAME

A political antagonism doesn’t prevent from cultural influence, and this explains why European political models and philosophical frames were still influential in the Arab world.

This means that while the Arab peoples were struggling against European colonialism, the Arab political thought still borrowed concepts and paradigms from the European political thought and practice.

Within the Arab national matrix, many political paradigms were competing, but sometime mixed during the first half of the Twentieth century:

The traditional paradigm relied on the monarchic families’ legitimacy and on the traditional ruling class, but lacked all the resources to engineer the new statecraft<sup>36</sup>.

The search for modernity was represented by two opposite trends:

---

<sup>36</sup> In this sense, the constitutional frame able to legitimate the Hachemite ruling family was nothing else than the scheme of a constitutional monarchy, and the easiest shortcut was obviously the British reference to legitimate the idea of creating a monarchy.

The creation of European-like representative democracies though with many restrictions.

The creation of a modern state through the paradigm of an authoritarian modernization.

The latter paradigm consisted in modernization through an authoritarian top-down approach. Whenever implemented (Iraq 1941, Syria 1949, Egypt 1952, Tunisia 1956, Iraq 1958, Yemen 1974 etc..) it worked on the basis of the following assumptions<sup>37</sup>:

the Arab society needs to be modernized

The social structure is reluctant to modernization

The society is modernized by a top-down authoritarian state policy

This paradigm was supposed to be influenced by the Turkish republican model as it seems that Rachid Ali Al-Kaylani, Husni Al-Za'îm and 'Abdulkarim Qâsim, all of them being senior military officers and relying on the armed forces to access to premiership, were inspired by this model, which on his turn borrowed its main principles and mechanisms from the experience of the European modern state<sup>38</sup>.

In this case, the modern European state is still a benchmark, but this time its authoritarian face is emphasized. This phenomenon displays the double edge of the modern statecraft: the liberal democratic edge and the authoritarian hierarchic edge; European history in the nineteen thirties gives a lot of evidence of how we can shift from one edge to another<sup>39</sup>.

In the authoritarian-modernist experience both edges met in the same political system which paradoxically used the authoritarian paradigm in order to develop the modern set of values<sup>40</sup>.

This paradigm that is nevertheless derived from European modernity is obviously diverging to a great extent with the founding political paradigm of West European post World War II organizations<sup>41</sup>.

This human rights based value system was at the beginning carried by the Council of Europe at a time when the European community was mainly trade oriented. It took more than half a century to the latter to integrate the objectives and mech-

---

<sup>37</sup> Among the intellectuals who justified the key role of the military institution in the political change Anouar Abdel-Malek.. *La dialectique sociale*. Éditions du Seuil. 1972. Instead, Anouar Abdel-Malek tried to find the historical roots of the political system in the Egyptian society and in the social conflicts taking place in contemporary Egypt.

<sup>38</sup> Kais Jewad: *Du Califat au coup d'Etat*, Alpha Beta, Paris, 1993.

<sup>39</sup> Most of the post-modern critics of the modern states emphasized this double edge political system with democracy and human rights on one side and the repressive capacity on the other side. Nietzsche's aphorism «the state is the coldest of the cold monsters» can easily summarize the theories of the modern oppressive state.

<sup>40</sup> The thesis of the state driven coercive modernization is sometime used in European sociology (Emile Durkheim: *Education et sociologie*, Presses Universitaires de France, Paris, 1968), but also in the *reductio ad absurdum* induced by more empirical studies on Middle Eastern politics (Ghassan Salamé (Dir.): *Démocraties sans démocrates, Politiques d'ouverture dans le monde arabe et islamique*, Fayard, Paris, 1994).

<sup>41</sup> The word «European post-World War II organizations» is less ambiguous because the economic dimension (unified market) and the political dimension (human rights protection) were promoted by two different European organizations, the EEC on one hand and the Council of Europe on the other hand.

anisms of the former through the implementation of the European union charter of fundamental rights.

The paradox of the Arab modernity is that many of the representative political doctrines were influenced by paradigms of European modernity while being in contradiction with the value set of European post World War II organizations and therefore of European Union.

Among the political paradigms, the so called paradigm of “popular democracy” was overwhelming inside the Arab landscape of the nineteen sixties and of the nineteen seventies (from Algeria to Iraq). Its very basis was the Marxist theory of class struggle whereby political legitimacy was relying on its class identity, and the “authentic democracy” reflecting the power of the working people’s alliance represented by the revolutionary vanguard. This perception derived from the evolution of the Marxist theory adapted to the Arab nationalist doctrine was endorsed by the later Ba’th’s declaration (1966) as well as by the Egyptian National Charter (1964) and by the National Liberation Front in Algeria<sup>42</sup>.

Was this an European paradigm, as it became closer to the Soviet ideological paradigms even if Arab socialism was very different from the soviet party system? Whatever the answer to this question could be, it was obviously the Soviet Union and not the European post World War II organizations that served as a benchmark for political regimes<sup>43</sup>.

This didn’t prevent Arab socialist regimes to get closer to the EPC/EEC countries, and one of the cases illustrating this fact is the strengthening French-Iraqi diplomatic and economic relationship since 1974<sup>44</sup>. The Arab socialist perception of European union changed and broke off with the former philosophical discourse since the establishment of the Euro-Arab dialogue, and since European common diplomacy diverged from the US-Israeli axis. If we use Nye’s typology, EPC diplomacy emphasized Economic power and soft power, and avoided hard power<sup>45</sup>.

With the crisis of Arab socialism, two ideologies expanded among many others: revolutionary Marxism whose leaders and intellectuals blamed the fake socialism of the Arab nationalists and the so called “Islamists”, both aiming to reshape the perception of Europe among the public opinion. Both of them were opposed to Western political and cultural influence, whether American or European.

Here we reach a paradox, with the Iranian revolution, despite Iran being outside the Arab world. Nevertheless, its revolution influenced the Arab neighbourhood to a great extend. Among the most famous intellectuals close to it, we have Ali Shariati whose works were based on the synthesis of religious political doctrine and theory

---

<sup>42</sup> The concept of popular democracy grew up from the Soviet experience, where the peasant-workers’ alliance became the ground for any legitimate political power, while the previous Marxist theories didn’t mention democracy but revolutionary transition to a final stage where the state would disappear. The Arab socialist borrowed the concepts of class representation and vanguard political party ruling the country, but they extended the class alliance to “all the working people”.

<sup>43</sup> In a past contribution we reached the conclusion that Marxist philosophy moved eastward and was since Leninism subject of an Easternization process. Fouad Nohra: “*Ishkâliyat al-Nahda al-Arabiya al-Jadida*” (Problematic of the new Arab awakening). *al-Tarîq*. Beirut. mav-June 1995.

<sup>44</sup> Charles Saint-Prot. Charles. *La France et le renouveau arabe: de Charles de Gaulle à Valéry Giscard d’Estain*. Éd. Copernic. 1980.

<sup>45</sup> Joseph Nye: *Soft power: The means to success in world politics*. Public Affairs, 2004.

of class struggle in addition to Baqir al-Sadr who was an Iraqi philosopher and religious Muslim Shi'i cleric who argued that an Islamic economy should overcome capitalism and socialism in order to focus on the human dimension<sup>46</sup>.

The paradox provided from this junction of Western influenced post-modernist philosophy rejecting all the conceptual frames of liberal democracy with an Islamic revolutionary doctrine using a revolutionary and even "third worldist" rhetoric. As Islamic values are not *per se* incompatible with European political values, and the political theories of the earlier Arab modern philosopher is an evidence of it, the "revolutionary Islamic thought" hostile to the contemporary European set of values was also echoing the radical post-modern European violent criticism of European modernity.

European post-modernism's roots stemmed from the core of the modern era, with the development of the Marxism, Nietzscheism and psychoanalysis, which instigated the doubt on the fundamentals of modern rationalism, modern individualism and liberal democracy, but those philosophical doctrine didn't exhaust the list of those very critical toward these values.

Among the so called anti-humanists, Michel Foucault argued that the structures of the modern state of law are just a set of social mechanisms of controls that gives us the fiction of autonomous and responsible individuals. Foucault's judgement met with the dynamics of the Islamic revolution in Iran, that he perceived as a revolution against the oppressive modernity<sup>47</sup>.

A steadier alliance based on common concepts and doctrinal beliefs put together the radical Marxist anti-imperialist in the Arab world with the radical revolutionary Marxist in Europe. Both were very critical toward the European diplomacies toward the "Third world" and therefore toward the Arab world. European common diplomacy was perceived as reflecting an unbalanced system where the Core as a whole (the dominant countries) exploited and dominated Periphery (the so called third world countries)<sup>48</sup>. This theory didn't get into the many details in order to identify which country did what, but perceived a cohesive "imperialist block" whose core was United States. Economic partnerships between European Community (then European Union) and the Arab world was perceived as part of this exploitation process.

This approach misses an appropriate knowledge of the dynamic inside the EC/EU itself. As it expanded it became more and more heterogeneous. As a matter of fact, two countries were known for their support for Arab liberation, and therefore for the Palestinian cause: Ireland and Greece. Both perceived themselves as peripheral colonized societies. Ireland because of the history of British colonialism, and Greece because the Greek left and PASOK government believed their own country was for a

---

<sup>46</sup> Bâqir al-Sadr: *Iqtisâduna* (Our Economy), Maktab al-I'lâm al-Islami, 1996. Ali Shar'ati: *Man and Islam*, University of Mashad Press, 1982

<sup>47</sup> Michel Foucault: *Dits et écrits II*, 1976-88, Gallimard, Paris, 1988.

<sup>48</sup> Many common works and researches gathering Samir Amin (from Egypt) with Andre Gunder Frank (German) and Giovanni Arrighi (Italian) and Immanuel Wallerstein (American) were published during the nineteen eighties Samir Amin, Giovanni Arrighi, André Gunder Frank, Immanuel Wallerstein: *La crise quelle crise?*, La Découverte, Paris, 1982. Samir Amin, Giovanni Arrighi, André Gunder Frank, Immanuel Wallerstein: *Le grand tumulte*, La Découverte, Paris, 1990

long time a economic and political dominion of the core Western states (UK, then USA)<sup>49</sup>.

According to the culturalists, Marxist theory was not really breaking off with European cultural patterns<sup>50</sup>. That is the reason why some European sociologists called for an alternative to the « Westernization of the World»<sup>51</sup>. This idea was at the same time echoing to and echoed by the identity-centred approach in the Arab world in which many stressed the need to restore the Arab civilizational patterns relegated by colonialism.

Another philosophical project designed to face cultural alienation was Hassan Hanafi's project of "Occidental Studies" or "Occidentalism" (*Istighrâb* or *'Ilm al-Istighrâb*), represented the symmetrical counterpart of the European "Orientalism". The Arab self, Instead of being determined by the Western perception, should have his own knowledge of the Western civilizational patterns.

The Arab project of "Occidentalism" or "Occidental sciences" was made to give them the opportunity to be the subject of a knowledge process after they have been for a long time the object of European social sciences<sup>52</sup>.

This "Occidentalism" paved the way for the same criticism of modernity. Instead of advocating post-modernity, it presented it as a process of disintegration for most of the basic principles of modernity (Rationality, individuality, democracy etc...).

« Occidentalism » defines itself as a scientific approach, and its aim is to analyse the genesis and context of the European philosophies, doctrines and cultures. This enables the Arab scholar to understand them better instead of spreading stereotypes or instead of just repeating what he was taught on Europe about European culture.

Among the Arab scholars, the "Occidentalists" are those who have seriously identified the problematic of post-modernity, and the way Europe has overthrown its own modernity matrix through the post-modernist criticism during the second half of the twentieth century.

This enables us to understand that another mirror game replaced the one described above for the nineteenth century:

in the *Nahda* mirror game, the European modernity was discovered as a mirror to the original Islamic model the Arabs have lost throughout their history.

---

<sup>49</sup> As for Greece, one of our past studies on European union foreign policy concluded that the Greek socialist political actor perceived their own country as an exploited and dominated periphery, and this argument helped to define an overtly pro-Arab and pro-socialist foreign policy under Andreas Papandreou's premiership. Fouad Nohra, Muhammad Mustafa Kamal: **Sun' al-Qarâr fi al-Ittihâd al-Urubbi wa al-'Ilâqât al-'Arabiyya al-Urubbiya** (Decision making process in European Union and the Euro-Arab relations). Markaz Dirâsât al-Wihda al-'Arabivva. Beirut. 2001. Stavros Meimaridis.: **La politique étrangère grecque face au conflit israélo-arabe (1947-1990), Thèse de doctorat présentée à l'Institut d'Etudes Politiques, Paris, 1993.**

<sup>50</sup> Serge Latouche added to the three M who colonized the South (Military, Missionaries, Merchants) a fourth M (the Marxist) Serge Latouche: **Faut-il refuser le développement?**, Presses Universitaires de France, Paris, 1986

<sup>51</sup> Serge Latouche: **L'Occidentalisation du monde**, La Découverte, Paris 1988.

<sup>52</sup> Hassan Hanafi: **Muqaddama ila 'Ilm al-Istighrâb** (Introduction to the science of Occidentalism), al-Dâr al-Fanniya, Cairo, 1991.

In the contemporary Post-modern mirror game, the rejection of European modernity by the Arab radical revolutionary (whether Marxists or “Islamists”) echoed a similar attitude among the European post-modernist revolutionaries.

But as in Europe, post-modernism is nowadays replaced by a new combination of assertive modernity and National-Christian revivalism, the gap between Europe and the Arab world is now widening in the sense that the Arab intellectual who have in the past echoed the European post-modernists have now lost their post-modernist and revolutionary European counterpart... In a few words there is always a time when one side of the mirror is broken.

## 5 THE NEW LIBERAL CONSENSUS : BACK TO THE INITIAL *NAHDA* MIRROR GAME

The Euro-Arab mirror game is also played at the level of the Liberal doctrines here and there. The rise of post-modernity in the West and of radical revolutionary doctrines in the Arab world overshadowed for a while the liberal doctrines developed since the Nahda. A crucial moment would have been the lost opportunity for an Euro-Arab consensus, and it can be called the “Fukuyama moment”<sup>53</sup>, means the time when the political actors and intellectuals of both sides believed that the return to the liberal democracy as it is defined in Western Europe was the condition for any positive transition in the other parts of the World.

On the European side, the revisit of modernity’s core values enabled a move back from the post-modern relativism to the universalist rationalism. And this went altogether with an assertive support of the paradigm of liberal democracy, which many European and American think tank defined as the only possible paradigm of democracy<sup>54</sup>.

On the Arab side, the task was not to revisit a liberal democracy they couldn’t really experience, except for brief periods in some few country (Syria during the nineteen forties and the nineteen fifties<sup>55</sup>), but to determine the historical and political conditions for a liberal democratic transition.

Therefore, many liberal intellectual focused on the analysis of the obstacles to the democratic change rather than on democracy itself. They targeted the Arab authoritarian state, tried to understand how it works and especially how it did survive the third wave of democracy. And the repeated question asked by both Arab and European scholars was : why is the Arab world still reluctant to democratic transition?

An answer to these questions relied on theories on oppressive state that is still resisting to change, with many theoretical models we only present three of them :

The theory of the rentier state : A state based on a non-productive system:  
the theory of authoritarian rentier state explained the mechanism of author-

---

<sup>53</sup> A reference to Francis Fukuyama’s theory expecting the definite victory of liberalism over

<sup>54</sup> Adam Przeworski: **Democracy and development: Political institutions and well-being in the world, 1950-1990**. Vol. 3. Cambridge University Press, 2000.

<sup>55</sup> This was the case despite frequent *coup d’Etat*, the last one initiated by Adib Shayshikli bringing back the civil rule and liberal democracy.

itarian state consolidation through the use of the oil rent, and how the oil rent inverted the relationship between the citizen and the government<sup>56</sup>.

The theory of the state/civil society schizophrenia : A state working as an autonomous environment, with its elites, its economy, its own culture, acting like an alien for the civil society which is only the exploited-oppressed side of the relation<sup>57</sup>.

The theory of neopatrimonial state whose resources are privatized and shared by ruling families<sup>58</sup>.

The European mechanisms of liberal democracy are here working as positive terms of comparison, without working as models the Arab people should imitate. In the same time, the key values of human rights protection are recognized as universal.

This common belief is deemed to be the ground for a possible consensus on human rights and on the founding principles of liberal democracy between European and Arab scholars whatever the practical experiences of political regimes on the ground. The return of the liberal thought was contemporary to the crucial shift in the EU diplomacy based on the “political conditionality”, according to which the economic aid is linked to the respect by the aid recipient of human rights and democratic standards. This seemed to work more or less with sub-Saharan Africa. But why didn't it work with the Arab world?

In order to understand the situation, let's consider the “Algerian paradox” where the full implementation of the democratic mechanisms in 1989 gave a landslide victory to the Islamic Salvation Front whose ideology was radically hostile to the very basis of liberal democracy, and where the protection of the key values of modernity went through the military return to power, at least for a while, in 1992.

As a consequence, the liberals discussed about the paradox of a “democracy without democrats”<sup>59</sup>, meaning that the social conditions for a safe and steady democratic system are still absent, thus trapping them into the following paradox: supporting the authoritarian models of government in order to protect the values of Arab modernity.

This was the ultimate trap for the EU principle of democratic conditionality, and this is the explanation why these crises were avoided by the EU actors who just managed to get involved into a realpolitik disregarding the guiding principle. But this couldn't work and the Arab intellectuals highlighted its contradictions: realpolitik when democracy was risky was combined with democratic conditionality when the regimes were unfriendly (Sudan, Syria, Iraq).

The other issue is that we should understand the way EU institutions work when it comes to the defence of democratic and human rights values. Here the visibility is an essential matter, and many divergences appear when the European Par-

<sup>56</sup> Hassan Khaldûn al-Naqîb: *Al-Dawla al-Tasallutiya fi al-Mashriq al-'Arabi* (The Despotic state in the Arab Mashriq), Markaz Dirâsât al-Wihda al-'Arabiya, Beirut, 1989.

<sup>57</sup> Burhan Ghaliun: *Al-Dawla Dud al-'Umma* (The state against the nation), Markaz Dirâsât al-Wihda al-'Arabiya, Beirut, 1994.

<sup>58</sup> As a later theory of neopatrimonialism in the Arab world Adib Ni'mi: *Al-Dawla al-Ghanâ'imiya wa al-Rabî' al-'Arabi*, (The patrimonial state and the Arab spring), Dâr al-Farâbi, Beirut, 2014.

<sup>59</sup> Ghassan Salamé (Dir.): *Op. Cit.*

liament takes a position that is not endorsed by the Council, or vice-versa, or when a consensus between member states is out of reach.

Another consequence of the paradox between supporting a democratization freezing modernization and supporting an authoritarian modernization was that many liberal intellectuals moved to another field than politics: the re-interpretation of the religious doctrine in order to confront the closed dogmatic interpretation with new enlightened doctrines<sup>60</sup>.

The crucial opportunity for reaching an European-Arab consensus is undeniably the “Arab spring”. We will call it “Tahrir Square consensus”<sup>61</sup>. This consensus gathered the main Arab political doctrines (liberal, Marxist, nationalist and “Islamist”) who agreed on democratic mechanisms as a matrix for any political system. This was supposed to bridge the gap between the European post-WWII organisations’ values (ie liberal democracy) and the Arab new elite and to consolidate a new universal “democratic consensus”<sup>62</sup>.

Another positive asset for the consolidation of the common liberal model is that the European Neighbourhood policy includes the European Instrument for Democracy and Human Rights (EIDHR) which efficiency is more visible in a new-born democracy<sup>63</sup>.

Many factors led to the hypothesis that this opportunity is lost again as the move from democratic protest to crisis, civil war and humanitarian disaster induced many political dilemmas among the European actors. All of them resulted from the S3P2 case, where the EU actor is trapped in a domestic Arab conflict by Arab friendly oppositional political actors, but are about to lose their credibility in the eye of the Arab identity centred political actors. That is the reason why EU actors’ initiative is mainly about dilemmas :

In the case of Egypt: human rights claims or state stability and economic recovery<sup>64</sup>?

In the case of Libya: interfering in state building or caring only about the European common borders and the protection of oil facilities?

The rise of the conservative discourse focusing on protecting Christian minorities (while more than 90% of victims of terrorism are not), and on welcoming only Christian refugees as it was told by four EU governments (true out of twenty eight and criticized by the European Commission).

---

<sup>60</sup> This was the main objective of Mohamed Arkoun, Muhammad ‘Âbid al-Jâbiri, Abdallah Laroui and many others working on the reinterpretation of the Islamic heritage, in order to downplay the rising literalist tradition.

<sup>61</sup> We should make a distinction between the political moment of “Tahrir Square” which was short lived and its ideological sense.

<sup>62</sup> In our recent papers, we discovered that one key condition for the democratic change was that the most representative oppositional actors agreed on democracy as a fundamental matrix for every political regime and not only as a mean to reach government. Fouad Nohra : “Jordanie, Egypte, Yémen, l’ingénierie constitutionnelle du pouvoir face aux dynamiques oppositionnelles” (Jordan, Egypt, Yemen: constitutional engineering and oppositional dynamics), **Enjeux Diplomatiques et Stratégiques**, Economica, Paris 2010, pp130-146

<sup>63</sup> Elena Lazarou, Maria Gianniou, Gerasimos Tsourapas: “The limits of norms promotion, the EU in Egypt and Israel/Palestine”, **Insight Turkey**, Vol15, n°2, 2013, pp171-193.

<sup>64</sup> Beata Przybylska: “The political dimension of the European Union –Egypt relations after 2012, between necessity and obligation” in Ana Potyrata, Beata Przybylska, Sebastian Wocjehowski: **The Relations between European Union and Egypt after 2011, Determinants, Areas of Cooperation and Prospects**, Logos Verlag Berlin, 2015.

Another factor is now changing the sense of history: the democratic standards are now questioned inside the European union by the rising combination of nationalism and Christian revivalism. This new political landscape and yet the Hungarian experience leads us to the remake of the Algerian paradox: the “demos” is enabled to reject the standards of liberal democracy, this time in favour of a nationalist- religious oriented authoritarianism.

This change in paradigm has not yet produced all its effects inside the Arab intellectual landscape, but its very probable effect would be again a new discredit to the liberal paradigm. If deeply rooted inside the societies, this change can bring three crucial elements that can be easily perceived on the Arab side: security at the expense of liberty, identity-centered islamophobia and a foreign policy focusing mainly on non-Muslim, non-Arab minorities<sup>65</sup>. Nowadays, this move is reaching many of the member states, but not yet the EU institutions. At least, the dichotomy between an EU human rights centred initiative and the identity-centered policies of an increasing number of member states will be more and more visible.

## REFERÊNCIAS

‘Awni Farsakh : **al-°Aqaliyât fi al-Târîkh al-‘Arabi** (Minorities in the Arab history), Riyad al-Rayyis li al-Tibâ’a wa al-Nashr, 1994.

Abd Al-Rahmân al-Kawâkibi : **Tabâ’î al-Istibdâd wa-Masâri’ al-Isti’bâd** (The Characteristics of Despotism and the Demises of Enslavement) Moufim, Edition, Algiers 1988.

Adam Przeworski: **Democracy and development: Political institutions and well-being in the world, 1950-1990**. Vol. 3. Cambridge University Press, 2000.

Adib Nî’mi : **Al-Dawla al-Ghanâ°imiya wa al-Rabî’ al-‘Arabi**, (The patrimonial state and the Arab spring), Dâr al-Farâbi, Beirut, 2014.

AL-TAHTÂWI, Rifâ’at Râfi’,: **Takhlîs al-Ibrîz fi Talkhîs Bâriz** (Extracting Paris Gold), Dâr al-Thaqâfa wa al-Irshâd al-Qawmi, Cairo, United Arab Republic, 1958 (first published in 1849).

Ali ‘Abdul-Râziq : **al-Islâm wa Usûl al-Hukm** (Islam and the foundation of government), Dar al-Bayrûni, 1994.

Ali Sharî’ati : **Man and Islam**, University of Mashad Press, 1982.

Anouar Abdel-Malek,. **La dialectique sociale**. Éditions du Seuil, 1972.

Bâqir al-Sadr : **Iqtisâduna** (Our Economy), Maktab al-‘Ilâm al-Islami, 1996.

Beata Przybylska : « The political dimension of the European Union –Egypt relations after 2012, between necessity and obligation » in Ana Potyrata, Beata Przybylska, Sebastian Wocjichowski : **The Relations between European Union and Egypt after 2011, Determinants, Areas of Cooperation and Prospects**, Logos Verlag Berlin, 2015.

Bernard Corbineau : **Le Dialogue Euro-Arabe, instance du nouvel ordre international (1973-78)**, Revue Française de Science Politique, n°3, 1980 pp 560-598.

---

<sup>65</sup> Fouad Nohra, Carole André-Dessornes: “Le nouveau visage de l’extrême-droite européenne”, in **Enjeux Diplomatiques et Stratégiques**, Economica, Paris, 2011.

- Bichara Khader : **L'Europe et le monde arabe, cousins, voisins**, Publisud, Paris, 1992.
- Burhan Ghaliun : **Al-Dawla Dud al-°Umma** (The state against the nation), Markaz Dirâsât al-Wihda al-'Arabiya, Beirut, 1994.
- Charles Saint-Prot, Charles. **La France et le renouveau arabe: de Charles de Gaulle à Valéry Giscard d'Estaing**. Éd. Copernic, 1980.
- Dâr al-Hadâtha li al-Tibâ'a wa **al-Nashr**, Beirut, 1980.
- David John Allen, and Alfred Pijpers, eds. **European foreign policy-making and the Arab-Israeli conflict**. Vol. 10. Martinus Nijhoff Publishers, 1984.
- Elena Lazarou, Maria Gianniou, Gerasimos Tsourapas : « The limits of norms promotion, the EU in Egypt and Israel/Palestine », **Insight Turkey**, Vol15, n°2, 2013, pp171-193.
- Emile Durkheim : **Education et sociologie**, Presses Universitaires de France, Paris, 1968).
- Fouad NHORA : **Une représentation négative de l'interculturalité : la théorie du choc des civilisations**, in Salhia Ben Messahel : **Aux frontières de l'interculturalité**, Lille, Presses Universitaires du Septentrion, (parution imminente / Février 2009), pp 139 -158.
- Fouad Nohra : « Ishkâliyat al-Nahda al-'Arabiya al-Jadîda » (Problematic of the new Arab awakening), **al-Tarîq**, Beirut, may-June 1995.
- Fouad Nohra : **Stratégies américaines pour le Moyen-Orient**, Al Bouraq, 1999.
- Fouad Nohra :« Jordanie, Egypte, Yémen, l'ingénierie constitutionnelle du pouvoir face aux dynamiques oppositionnelles » (Jordan, Egypt, Yemen : constitutional engineering and oppositional dynamics), **Enjeux Diplomatiques et Stratégiques**, Economica, Paris 2010, pp130-146.
- Fouad Nohra, « Pouvoir politique, droits fondamentaux et droit à la révolte : la doctrine religieuse face aux processus révolutionnaires dans le monde arabe », **La Revue des droits de l'homme** [En ligne], 6 | 2014, mis en ligne le 30 octobre 2014, consulté le 04 décembre 2014. URL : <http://revdh.revues.org/922>.
- Fouad Nohra, Carole André-Dessornes : « Le nouveau visage de l'extrême-droite européenne », in **Enjeux Diplomatiques et Stratégiques**, Economica, Paris, 2011.
- Fouad Nohra, Muhammad Mustafa Kamal : **Sun' al-Qarâr fi al-Ittihâd al-Urubbi wa al-'Ilâqât al-'Arabiya al-Urubbiya**  
(Decision making process in the European Union and the Euro-Arab relationship », Center for Arab Unity Study, Beirut, 2001.
- Fû'âd Shâhin : **al-Judhûr al-Ijtîmâ'îyya wa al-Târîkhiya li al-Mas'ala al-Tâ'ifiya fi Lubnan** (The social and historical roots of the sectarian problem in Lebanon),
- Georg Wilhelm Friedrich Hegel. **The phenomenology of mind**. Courier Corporation, 2012.
- Ghassan Salamé (Dir.) : **Démocraties sans démocrates, Politiques d'ouverture dans le monde arabe et islamique**, Fayard, Paris, 1994).
- hasan Hanafi : **Muqaddama fi 'Ilm al-Istighrâb** (Introduction to the science of occidentalism), University Institution for Publication and Distribution, Cairo, 2000.
- Hasan, AL-DAYQA: **Dawlat Muhammad 'Ali wa al-Gharb al-Istihwâz wa al-Istiqlâl** (Muhammad 'Ali's State and the West, possession and independence), Al-Markaz al-Thaqâfi al-'Arabi, Beirut, 2002.

- Hassan Hanafi : **Muqaddama ila 'Ilm al-Istighrâb** (Introduction to the science of Occidentalism), al-Dâr al-Fanniya, Cairo, 1991.
- Hassan Khaldûn al-Naqîb : **Al-Dawla al-Tasallutiya fi al-Mashriq al-'Arabi** (The Despotism in the Arab Mashriq), Markaz Dirâsât al-Wihda al-'Arabiya, Beirut, 1989.
- Joseph Nye : **Soft power: The means to success in world politics**. Public Affairs, 2004.
- Kais Jewad : **Du Califat au coup d'Etat**, Alpha Beta, Paris, 1993.
- Karl August Wittfogel. **The hydraulic civilizations**. University of Chicago Press, 1956.
- Khayr al-Dîn al-Tûnisi : **Aqwam al-Masâlik fi Ma'rifat Ahwâl al-Mamâlik**, (The best method to know about the situation of the Kingdoms) al-Dâr al-Tûnisiya li al-Nashr, 1972. (first published in 1867).
- Lenczowski, George. **American presidents and the Middle East**. Duke University Press, 1990.
- Mahdi 'Âmil : **Muqaddamât Nazariya fi Dirâsat Athar al-Fikr al-Ishtirâki fi Harakat al-Taharrur al-Watani** (Theoretical prolegomena on the study of the influence of socialist thought on the national liberation movement), Dar al-Fârâbi, Beirut, 1974.
- Majid Khaddury : **Independant Iraq, A study of Iraqi politics since 1932**, Oxford University Press, 1951.
- Michel Aflaq : **Fi Sabîl al-Ba'th** (for the sake of rebirth), Bagdad 1984.
- Michel Foucault : **Dits et écrits II**, 1976-88, Gallimard, Paris, 1988.
- Michel, HABART. **Histoire d'un Parjure**, Les Editions de Minuit, Paris, 1960 (available in Editions ANEP, Alger).
- Muhammad 'Abduh: **Al A'mal Al-Kâmila**, (Complete Works), Volume 3, Al Mu'assasa Al-'Arabiyya li Al-Nashr, Beyrouth, 1980, pp288-289.
- Pierre Moussa : **Les Etats-Unis et les nations prolétaires**, Seuil, Paris, 1965.
- R.K. Ramazani : **International Straights of the World: the Persian Gulf and the Strait of Hormuz**, Sijthoff and Noordhoff, 1979.
- Refaat El Sa'îd : **La pensée des Lumières en Egypte**, L'Harmattan, Paris, 2008.
- Robert Mantran : **Histoire de l'Empire ottoman**, Paris, Fayard, 1989.
- Samir Amin, Giovanni Arrighi, André Gunder Frank, Immanuel Wallerstein: **La crise quelle crise ?**, La Découverte, Paris, 1982.
- Sayyid Qutb : **Al-'Adala al-Ijtimâ'iyya fi al-Islam** (Social justice in Islam), Dar al-Shurûq, 1995.
- Serge Latouche : **Faut-il refuser le développement?**, Presses Universitaires de France, Paris, 1986.
- Serge Latouche : **L'Occidentalisation du monde**, La Découverte, Paris 1988.
- Stavros Meimaridis , : **La politique étrangère grecque face au conflit israélo-arabe (1947-1990)**, Thèse de doctorat présentée à l'Institut d'Etudes Politiques, Paris, 1993.
- Zein, Zein : **The emergence of Arab nationalism: with a background study of Arab-Turkish relations in the Near East**. Delmar, NY: Caravan Books, 1973.

Submetido em: 31 maio 2018. Aceito em: 11 jun. 2018.





# LOYAUTEË DANS PROCEËS ADMINISTRATIF

*Alix Perrin*

## Resumo

Este trabalho tem como objetivo discutir a necessidade de lealdade no processo administrativo. Para tanto, será discutido, a princípio, a exigência de lealdade frente às jurisdições administrativas. Nesta parte, será apontado o papel do juiz administrativo e as diferentes situações que mostram a exigência de lealdade. Na segunda parte, serão estudadas as funções da exigência de lealdade, onde se enfatiza a necessidade de equilibrar a relação entre o juiz e as partes, bem como de legitimar o papel do juiz.

## Palavras-Chave

Processo Administrativo. Lealdade. Jurisdição Administrativa.

## LOYALTY IN THE ADMINISTRATIVE PROCESS

### Abstract

This paper aims to discuss the necessity of loyalty on the administrative process. For that, it will be discussed, at first, the requirement of loyalty ahead the administrative jurisdictions. In this part, it will be pointed the role of the administrative judge and the different situations that show the exigence of loyalty. In the second part, it will be studied the functions of the requirement of loyalty, where an emphasis is done on the necessity of balancing the relationship between the judge and the parties, and legitimize the role of the judge as well.

### Keywords:

Administrative process. Loyalty. Administrative Jurisdiction.

## 1 INTRODUCTION

Le procès administratif évolue. Cette évolution se manifeste dans le perfectionnement et la diversification des recours contentieux ou bien encore dans le renforcement des pouvoirs<sup>1</sup> du juge. Elle se manifeste tout autant, bien que plus discrètement,

---

Professeure de droit public. Centre de Recherche et d'Etude en Droit et Science Politique (CREDES-PO). Université de Bourgogne. Elle est l'auteur d'un livre sur l'injonction de droit public français (édition Panthéon-Assas). Elle enseigne le droit public européen au Master 2 "European Business Lawyer" de l'Université Paris Descartes.

Professora de Direito Público vinculada ao Centro de Pesquisa e Estudo em Direito e Ciência Política da Universidade de Bourgogne. É autora de livro sobre a injunção do direito público francês (editora Panthéon-Assas). Ensina Direito Público Europeu no mestrado em Advocacia de Negócios Europeus da Universidade Paris Descartes

<sup>1</sup> Voir récemment, CE, 23 juil. 2014, Sté Octapharma France, n°349717: le juge se reconnaît le pouvoir de différer les effets de sa décision juridictionnelle au profit seulement de certaines parties au pro-

dans le déroulement du procès administratif : les changements affectant, souvent par petites touches successives, la procédure administrative contentieuse illustrent aussi une conception renouvelée de l'office du juge, étroitement liée au renforcement de l'exigence de loyauté dans le procès administratif. L'application de cette exigence au procès administratif n'est pas nouvelle. C'est d'ailleurs très logiquement qu'elle trouve, dans la procédure administrative contentieuse, son domaine d'application privilégié. Les règles de procédure sont envisagées comme « un élément efficace de la moralisation du combat juridictionnel »<sup>2</sup>. La procédure doit servir à protéger « les parties contre les risques de décisions arbitraires ou arrachées par un trop habile adversaire »<sup>3</sup>. R. Odent soulignait que le « débat contentieux (...) est un combat juridique qui doit être organisé et obéir à des règles destinées à assurer la loyauté des méthodes utilisées par les parties en cause, à garantir entre elles une certaine égalité »<sup>4</sup>. Plusieurs jurisprudences anciennes sont directement inspirées par l'exigence de loyauté du procès. Le juge administratif refuse ainsi d'aggraver la charge financière incombant à l'Etat lorsque la victime, afin d'accroître son indemnisation, fait abusivement trainer l'instruction en ne produisant pas de mémoire. Dans ce cas, le juge administratif fixe le montant de l'indemnité en se plaçant à la date à laquelle il aurait été en mesure de statuer si la requérante avait fait diligence dans le dépôt de ses mémoires<sup>5</sup>. L'exigence de loyauté se manifeste ainsi, selon la formule des maîtres des requêtes au Conseil d'Etat, par « l'organisation d'un procès sans piège ni surprise »<sup>6</sup>. Elle concerne autant les rapports entre les parties que les rapports entre le juge et les parties. L'étude de la loyauté dans le procès administratif illustre ainsi la manière dont le juge administratif appréhende « la dialectique contentieuse » et exerce son office. Elle constitue un vecteur de l'efficacité du procès, la question de l'office du juge dans ses rapports avec les parties étant aussi déterminante, pour l'issue du procès, que celles de l'étendue de son contrôle ou des de ses pouvoirs. Ces dernières années, le juge administratif a multiplié les efforts pour garantir aux parties un procès loyal, plus transparent, moins aléatoire et intégrant davantage les parties dans son déroulement et jusqu'à la décision finale. Cette évolution participe elle aussi à la profonde transformation du juge administratif. Pourtant, il n'existe toujours pas de principe juridique de loyauté : aucun texte, aucune jurisprudence ne formalise de manière abstraite l'existence d'un principe de loyauté dans la procédure administrative contentieuse. L'article 763 du code de procédure civile prévoyant que le juge « *veille au déroulement loyal de la procédure* » n'a pas d'équivalent dans le code de justice administrative. L'exigence de loyauté demeure une règle de conduite que le juge administratif s'impose à lui-même. Elle jouit ainsi d'un statut particulier devant les juridictions administratives (I). L'exigence de loyauté remplit également des fonctions propres au procès administratif (II). A ces deux égards, elle illustre la spécificité irréductible de celui-ci.

---

cès; CE, 27 juil. 2015, M. B, req. n°367484: reconnaissance d'un pouvoir d'injonction au juge saisi d'un recours indemnitaire pour faire cesser le comportement fautif de la personne publique et le préjudice qui en résulte

<sup>2</sup> R. Odent, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, Tome I spéc. p. 710 et suiv sur "l'objet de la procédure"

<sup>3</sup> R. Odent, précité, spéc. p. 711

<sup>4</sup> R. Odent, précité, spéc. p. 710

<sup>5</sup> CE, 29 juil. 1953, Lebourg, rec. 428

<sup>6</sup> X. Domino et A. Bretonneau, *Chronique de jurisprudence administrative – De la loyauté dans le procès administratif*, AJDA 2013 p. 1276

## 2 LE STATUT PARTICULIER DE L'EXIGENCE DE LOYAUTÉ DEVANT LES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES

Les textes ne consacrent pas de principe de loyauté de la procédure administrative contentieuse. La jurisprudence refuse même d'en consacrer un. Ce choix s'explique par une certaine conception de l'office du juge administratif excluant la formalisation d'un tel principe juridique. Toutefois, l'exigence de loyauté, inhérente à la justice, n'est pas absente du procès administratif. Elle s'inscrit dans plusieurs règles, principes ou pratiques qui garantissent « un débat contentieux sans piège et sans surprise ». Les garanties d'un procès administratif loyal sont d'ailleurs aujourd'hui beaucoup plus nombreuses.

### 2.1 L'office du juge administratif, fondement de l'absence d'un principe juridique de loyauté dans la procédure administrative contentieuse

La conception de l'office du juge administratif dans l'organisation et le déroulement du procès tranche avec celle du juge judiciaire, plus en retrait à l'égard des parties. L'intervention du juge judiciaire se borne à vérifier que les parties disposent effectivement des garanties et instruments encadrant le déroulement du procès. C'est en ce sens qu'il faut lire l'article 763 du code de procédure civile selon lequel le juge « a pour mission de veiller au déroulement loyal de la procédure » : l'exigence de loyauté s'applique principalement aux relations entre les parties à l'instance. L'absence d'équivalent d'une telle disposition dans le CJA s'explique en raison du rôle singulier et très important du juge dans le procès administratif : le juge administratif, n'est pas seulement, à l'instar du juge judiciaire, un arbitre du débat contentieux auquel il demeure extérieur. Le juge administratif est acteur du procès administratif : il maîtrise l'organisation de la procédure administrative contentieuse<sup>7</sup>. Le caractère inquisitoire de la procédure administrative contentieuse, qui demeure un trait original de la juridiction administrative, renvoie ainsi à la place singulière du juge administratif dans le procès. Ce rôle et cette place singuliers s'illustrent dans ses pouvoirs d'instruction et dans l'absence de régime de la preuve devant les juridictions administratives.

#### a-) Les pouvoirs d'instruction du juge administratif

Le pouvoir d'instruction est omniprésent dans le procès administratif : il constitue la pierre angulaire de l'office du juge administratif, que ce soit pour trancher le litige ou pour assurer, par l'intermédiaire de son pouvoir d'injonction, l'exécution de ses décisions. Les arrêts du Conseil d'Etat *Leveau* et *Epoux Bourezak* du 4 juillet 1997 prévoient ainsi que, pour statuer sur une demande d'injonction, le juge doit vérifier, en utilisant le cas échéant ses pouvoirs d'instruction, si la situation de fait ou de droit

<sup>7</sup> La place du recours pour excès de pouvoir et plus largement, l'importance du contentieux objectif de la légalité des actes administratifs unilatéraux ne sont certainement pas étrangers à l'intervention active du juge administratif dans le procès

<sup>8</sup> V. pour une position différente, D. Chabanol, *Du dialogue des juges et des parties. Réflexions sur la procédure administrative contentieuse*. Mélanges Labetoulle, Dalloz, Paris, 2007, p. 149

a changé depuis la date à laquelle la décision administrative illégale a été prise. L'étendue de l'office du juge de l'exécution repose ainsi sur les pouvoirs d'instruction du juge administratif : les motifs de la décision d'annulation d'un acte administratif (en l'espèce, un refus de visa) ne permettent pas toujours de déterminer le contenu de l'injonction qui s'apprécie à la date de la décision rendue par le juge. En effet, dans le contentieux de l'excès de pouvoir, ces motifs découlent de la situation de fait et de droit qui existait au jour de l'acte administratif annulé. Pour déterminer, au jour où il statue, le contenu de l'injonction, le juge devra donc faire usage de son pouvoir d'instruction afin de déterminer si la situation de fait ou de droit n'a pas évolué<sup>9</sup>. La jurisprudence récente précisant l'office du juge de l'exécution saisi sur le fondement de l'article L. 911-4, alors qu'une injonction a déjà été prononcée et que celle-ci est ambiguë ou obscure, repose, elle-aussi, très largement sur les pouvoirs d'instruction du juge administratif<sup>11</sup>.

De plus, le juge administratif dispose d'une grande liberté procédurale<sup>12</sup> se manifestant dans les différents aspects de l'organisation du procès : pour l'application du contradictoire; pour la fixation des différentes étapes du procès<sup>13</sup>; pour la clôture de l'instruction<sup>14</sup>. De même, le juge administratif apprécie seul la nécessité, afin de statuer en toute connaissance de cause sur le litige, d'adopter des mesures d'instruction<sup>15</sup>. La jurisprudence précise en ce sens que le juge administratif dirige seul l'instruction<sup>16</sup>, cette règle emportant plusieurs conséquences pour les parties. Le juge administratif « n'est pas tenu de répondre explicitement aux conclusions des [parties] tendant à ce que soient ordonnées les productions susvisées »<sup>17</sup>. Il n'est pas tenu de répondre aux conclusions tendant, y compris dans le cadre d'un recours en rectification d'erreur matérielle, à ce qu'il retarde sa décision jusqu'au jugement d'une autre affaire<sup>18</sup>. Dans ces conditions, il est très difficile pour les parties de contester un jugement au motif de la violation du

---

<sup>9</sup> Rec. p. 278 et p. 282

<sup>10</sup> Dans l'arrêt *Bourezak* (CE, 4 juillet 1997, n°146298) relatif à un refus de visa, le juge administratif avait adressé aux deux parties une mesure d'instruction leur ordonnant de lui faire savoir si la situation du requérant avait été modifiée en fait ou en droit depuis la décision litigieuse lui refusant un visa d'entrée en France.

<sup>11</sup> CE, 23 mars 2015, req. n°366813

<sup>12</sup> R. Chapus, *Contentieux administratif*, Paris, Les Cours du droit, 1981, fasc II spéc. p. 397. L'auteur souligne que le juge administratif détient, en matière d'organisation et déroulement de la procédure administrative contentieuse "un pouvoir indépendant". Il précise qu' "une demande présentée par une partie n'est, ni une condition nécessaire, ni une condition suffisante du prononcé d'une mesure d'instruction, quelle qu'elle soit".

<sup>13</sup> La fixation d'un calendrier d'audience avec une clôture à effet immédiat n'est qu'une simple faculté. Le juge n'est pas obligé de planifier l'instruction. Le juge n'est pas non plus tenu de donner aux parties une date ou une période d'audience. S'il le fait, cela ne tient pas lieu d'avis d'audience.

<sup>14</sup> L'importance des pouvoirs du juge administratif et sa liberté d'appréciation ne sont pas remis en cause par les décrets n°2000-115 du 22 novembre 2000, n°2006-1708 du 23 décembre 2006 et n°2010-164 du 22 février 2010 encadrant davantage la procédure administrative contentieuse. Les mesures prévues visent essentiellement à assurer une plus grande célérité de la justice mais ne renversent par l'équilibre existant entre les différents acteurs du procès administratif c'est-à-dire un juge omniprésent dans le procès, des parties plus en retrait et surtout une administration très contrainte.

<sup>15</sup> L'imprécision du code de justice administrative sur le déroulement et les pouvoirs d'instruction du juge est liée à la règle selon laquelle le juge administratif dirige l'instruction. L'organisation et le déroulement de la procédure administrative contentieuse sont confiés au juge administratif.

<sup>16</sup> CAA Paris, 22 avril 2004, Sté Bouygue, n°99PA01016

<sup>17</sup> CAA Paris, 22 avril 2004, précité

<sup>18</sup> CE, 4 juillet 1962, Plaisnel, n°43564; rec. T 1077; également, CE, 16 fév. 1966, Sieur Echernier, n°64729; rec. 112: l'arrêt précise que le juge "n'est d'ailleurs même pas tenu légalement de répondre" à de telles conclusions.

caractère inquisitoire de la procédure<sup>19</sup> : la conduite de l’instruction leur échappe. Les seules limites à la liberté d’appréciation du juge dans la conduite de l’instruction sont l’interdiction d’ordonner des mesures frustratoires et l’obligation d’en assurer le caractère complet<sup>20</sup> et contradictoire.

Les pouvoirs d’instruction du juge sont également très étendus, allant bien au-delà de ce qui est prévu par le code de justice administrative. Le juge administratif peut prescrire toute mesure qui lui paraît nécessaire pour établir sa conviction. Le Conseil d’Etat précise, dans son arrêt *Erden* de 2014, que ses pouvoirs d’instruction ne se limitent pas aux parties à l’instance : il peut également requérir des tiers, et « *en particulier de toute administration compétente*», la communication des documents permettant de vérifier les allégations des parties et d’établir sa conviction<sup>21</sup>. L’office particulier du juge dans le procès administratif se manifeste encore par l’absence de régime de la preuve devant les juridictions administratives.

#### b-) Absence de régime de la preuve devant les juridictions administratives

Il n’existe pas, comme dans la procédure civile, de système de la preuve devant le juge administratif<sup>22</sup>. D’ailleurs, la jurisprudence administrative ne parle pas de preuves mais d’éléments du dossier ou d’allégations des parties. Le Conseil d’Etat a réaffirmé dans son arrêt *Ganem* de 2014, le principe de la liberté de la preuve devant le juge administratif<sup>23</sup>. Il n’a pas suivi les conclusions du rapporteur public proposant de reconnaître l’existence d’un principe de loyauté de la preuve adapté au procès administratif<sup>24</sup>. De plus, il n’existe pas vraiment de charge de la preuve dans le contentieux administratif, particulièrement lorsqu’il s’agit d’un contentieux objectif. Le demandeur n’a pas l’obligation d’apporter la preuve de ses allégations. Il doit seulement fournir au juge des éléments sérieux permettant de justifier ses prétentions. Cette condition remplie, il appartient au juge administratif de se forger sa propre conviction<sup>25</sup>. La jurisprudence impose ainsi au juge d’intervenir dans la recherche de la

<sup>19</sup> De surcroît, la jurisprudence considère que la liberté d’appréciation du juge dans l’instruction du procès ne constitue pas une violation des stipulations de l’art 6 de la CEDH. Dans l’arrêt du 22 avril 2004, Sté Bouygue, n°99PA01016, la Cour administrative d’appel de Paris précise qu’*“en n’accédant pas à la demande des sociétés précitées, le tribunal administratif de Paris n’a méconnu ni le caractère inquisitoire de la procédure administrative contentieuse ni les stipulations de l’article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales”*

<sup>20</sup> Le juge *“n’a pas complètement rempli la mission juridictionnelle qui est la sienne”* lorsqu’il rejette un recours indemnitaire au seul motif que le demandeur n’était pas en mesure d’établir l’importance du préjudice indemnisable et donc de justifier les sommes réclamées. Le Conseil rappelle qu’il incombe au juge, dans une telle hypothèse, *“de faire usage de ses pouvoirs d’instruction pour que soit précisée l’étendue du préjudice”* (CE, 15 déc. 2010, GIE Garde ambulancière 80 c/ Min. de l’emploi et de la santé, n°330867)

<sup>21</sup> CE, sect., 1<sup>er</sup> oct. 2014, *Erden*, n°349560

<sup>22</sup> AJDA 2014 spéc. pp. 88-89: dans un commentaire de l’arrêt *Barel*, à l’occasion des 60 ans de chroniques de jurisprudences du Conseil d’Etat, JH Stahl écrit que *“la démarche du juge qui consiste à utiliser ses pouvoirs d’instruction, par ailleurs très étendus, pour contraindre l’administration à lui fournir les éléments nécessaires pour qu’il puisse établir sa conviction “est simple, elle adaptée au procès administratif où les parties sont loin d’être en situation spontanée d’égalité, elle vaut mieux qu’une théorie subtile et abstraite de la charge de la preuve qui ne va pas sans lot de raffinements et de complications”*.

<sup>23</sup> CE, Sect., 16 juil. 2014, *Ganem*, n°352501: L’autorité administrative (ici disciplinaire) *“à laquelle il incombe d’établir les faits sur le fondement desquels elle a pris la décision litigieuse (en l’espèce, une sanction) peut apporter la preuve de ces faits devant le juge administratif par tous moyens”*.

<sup>24</sup> Les implications du principe de loyauté variant *“suivant la nécessité de concilier les intérêts publics dont l’administration à la charge avec les exigences de légalité et de loyauté de la preuve”*. Concl V. Daumas, RFDA 2014 spéc. p.931

<sup>25</sup> B. Pacteau, Manuel de contentieux administratif, Paris, PUF, 2014, spéc. n°183

preuve<sup>26</sup>. Le cas échéant, il lui incombe « *de mettre en œuvre ses pouvoirs généraux d'instruction des requêtes* » en ordonnant à l'administration la production de documents permettant la vérification des allégations du requérant<sup>27</sup>. Le juge devra également veiller au respect du principe de la contradiction, mis en œuvre de manière très rigoureuse devant les juridictions administratives<sup>28</sup>. Il existe en effet un lien étroit entre l'absence de charge de la preuve pour le demandeur et la mise en œuvre de ce principe qui est conçu comme devant permettre au juge d'établir sa propre conviction. La preuve repose donc, de manière importante dans le procès administratif, sur les pouvoirs d'instruction du juge<sup>29</sup>, très étendu en ce domaine. Ceux-ci ne se limitent pas aux hypothèses d'obstruction ou de mauvaise volonté de l'administration lorsqu'elle refuse de transmettre les éléments de faits et de droit fondant la décision litigieuse. Ils ne se limitent pas non plus à l'hypothèse où le demandeur a réuni des présomptions sérieuses établissant le bien fondé de ses allégations<sup>30</sup>. Le juge administratif utilise également son pouvoir d'instruction pour compléter les allégations du requérant, lui permettant ainsi d'établir une preuve qui parfois n'existerait pas sans la mise en œuvre de ce pouvoir. Enfin, lorsque le juge aménage, pour certains contentieux, un régime spécifique de la preuve, celui-ci repose en grande partie sur ses pouvoirs inquisitoriaux. Le régime de la preuve du harcèlement moral dans le contentieux de la responsabilité administrative confère au juge administratif d'importants pouvoirs de direction. L'agent public qui soutient avoir été victime d'agissements constitutifs de harcèlement moral ne doit soumettre au juge que « *des éléments de fait susceptibles de faire présumer l'existence d'un tel harcèlement* »<sup>31</sup>: la jurisprudence n'exige pas que le demandeur établisse une présomption. Ensuite le passage de la présomption à la qualification de harcèlement moral dépend exclusivement de l'office du juge : « *la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si les agissements de harcèlement sont ou non établis, se détermine au vu de ces échanges contradictoires, qu'il peut compléter, en cas de doute, en ordonnant toute mesure d'instruction utile* ». L'issue de ce litige dépend donc de l'office du juge dans l'instruction de la procédure : il peut notamment ordonner toutes mesures pour apprécier le comportement du supérieur hiérarchique, auteur des faits reprochés et celui du requérant qui se prétend victime de harcèlement.

<sup>26</sup> CE, 26 nov. 2012, Mme Cordière, n°354108: le Conseil a jugé que le juge de l'excès de pouvoir « *ne saurait exiger de l'auteur du recours que ce dernier apporte la preuve des faits qu'il avance; que, le cas échéant, il revient au juge, avant de se prononcer sur une requête assortie d'allégations sérieuses non démenties par les éléments produits par l'administration en défense, de mettre en œuvre ses pouvoirs généraux d'instruction des requêtes et de prendre toutes mesures propres à lui procurer, par les voies de droit, les éléments de nature à lui permettre de former sa conviction, en particulier en exigeant de l'administration compétente la production de tout document susceptible de permettre de vérifier les allégations du demandeur* ». Saisi d'un recours contre le refus de l'administration de réintégrer un fonctionnaire dans un autre département, au motif de l'absence vacant de postes dans ce département, le juge non seulement ne pouvait exiger du demandeur qu'il apporte la preuve de postes vacants dans ce département mais, plus encore, il lui appartenait de faire usage de ses pouvoirs d'instruction pour ordonner à l'administration de lui adresser les documents permettant de vérifier l'absence de postes vacants correspondant aux qualifications de la requérante à la date du refus litigieux. Également, CE, 27 oct. 2013, Vidon, n°346569

<sup>27</sup> CE, 26 nov. 2012, Mme Cordière, n°354108

<sup>28</sup> V. par exemple CE, sect., 1<sup>er</sup> oct. 2014, Erden, n°349560

<sup>29</sup> CE, 5 mars 1999, Valeri, rec. 52: « *il appartient au juge de l'impôt de déterminer en fonction de l'objet du redressement et du déroulement de la procédure d'imposition le régime de dévolution de la charge de la preuve applicable au litige qui lui est soumis* »; également CE, Ass., 20 oct. 2009, Dame Perreux, n°298348

<sup>30</sup> CE, Ass, 30 janv. 1959, Sieur Grange, rec. 85, concl. Chardeau; CE, 21 déc. 1960, Vicat blanc c/ Premier Ministre, n°49781; rec T 890.

<sup>31</sup> CE, 11 juill. 2011, Mme Montant, n°321225. A l'inverse, il « *incombe à l'administration de produire une argumentation de nature à démontrer que les agissements en cause sont justifiés par des considérations étrangères à tout harcèlement* »

La place singulière du juge administratif dans le procès administratif rend difficile voire exclut la formalisation d'un principe juridique de loyauté de la procédure administrative contentieuse. En outre, l'exigence de loyauté n'est pas absente du procès administratif. Elle s'y manifeste même d'une manière accrue. Mais elle n'est pas autonome : elle se fonde dans l'office du juge, elle est en quelque sorte soluble dans cet office.

## 2.2 Diversification des manifestations de l'exigence de loyauté dans le procès administratif

Pour identifier les manifestations anciennes et nouvelles de l'exigence de loyauté dans la procédure administrative contentieuse, il faut au préalable la distinguer du principe de la contradiction<sup>32</sup>. Leurs champs d'application sont distincts. Alors que le principe de la contradiction ne régit que les rapports entre les parties<sup>33</sup>, l'exigence de loyauté est plus large et concerne également les rapports du juge avec les parties. De plus, certaines données du débat contentieux demeurent soustraites au principe de la contradiction : le rapport du magistrat instructeur; les mémoires<sup>34</sup> et les pièces<sup>35</sup> non communiqués par le juge<sup>36</sup>; les notes de révision des présidents de chambre; les conclusions du rapporteur<sup>37</sup>; l'usage que le juge fait de ses pouvoirs inquisitoriaux pour la communication des mémoires autres que la requête ainsi que le premier mémoire en défense dont la communication est imposée par l'article R. 611-1 du CJA<sup>38</sup>, les moyens soulevés d'office par le juge, en raison de son office, autres que les moyens d'ordre public. L'exigence de loyauté se manifeste de manière particulièrement évidente dans ces différentes étapes de la procédure soustraites au principe de la contradiction. Elle va également bien au-delà : l'exigence de loyauté ne constitue pas seulement un prolongement du principe de la contradiction appliqué aux rapports entre le juge et les parties.

<sup>32</sup> CE, Sect., 23 déc. 1988, Banque de France c/ Huberschwiller, rec. 464: "le caractère contradictoire de la procédure exige la communication à chacune des parties de toutes les pièces produites au cours de l'instance"

<sup>33</sup> Le principe de la contradiction s'impose cependant au juge qui ne peut régulièrement statuer au vu d'une pièce dont l'une des parties n'aurait pas eu connaissance et qu'elle n'aurait dès lors pas pu discuter: CE, Ass, 13 déc. 1968, Assoc. des propriétaires de Champigny-sur-Marne, rec. 646

<sup>34</sup> Une partie ne peut utilement invoquer le défaut de communication de pièces par le juge lorsque que celui-ci n'a pas affecté le caractère contradictoire de l'instruction (CE, 15 mars 2000, Drannikova, rec. T 1184; n°185837). La jurisprudence considère par ailleurs que le juge n'est jamais tenu de communiquer les nouveaux mémoires n'apportant aucun élément nouveau pour la solution, notamment parce qu'ils "ne contiennent ni conclusions, ni moyens nouveaux" (CE, Sect., 24 fév. 1967 Gonthier, rec. 92)

<sup>35</sup> CE, Sect. 15 juil. 1959, Sté d'approvisionnement de matériaux de production et d'exploitation de carrières, rec. 475: la juridiction administrative, "en l'absence de prescriptions législatives ou réglementaires l'y obligeant, n'est pas tenue, sauf en cas de demande formelle de la partie, d'aviser un requérant des diverses productions effectuées [par la partie adverse] en réponse à son recours et de l'inviter à prendre communication de l'ensemble du dossier". Ainsi, le juge administratif n'est tenu de communiquer que sur demande expresse d'une partie. De plus, cette demande ne l'oblige pas à assurer lui-même la communication des pièces mais seulement à aviser le requérant d'en prendre connaissance.

<sup>36</sup> Le refus du juge de communiquer un document (qu'il doit cependant viser et dont la partie connaît l'existence via SAGACE ou parce que le mémoire a été enregistré) permet de ne pas relancer inutilement le débat contentieux. Toutefois, ce refus empêche une partie de vérifier l'existence éventuelle d'un nouveau moyen ou de prendre connaissance de nouvelles analyses étayant un moyen déjà développé.

<sup>37</sup> L'exercice de la fonction de commissaire de gouvernement puis de rapporteur public échappe au principe de la contradiction (CE, 29 juil. 1998, Mme Esclatine, n°179635)

<sup>38</sup> Les écritures ne contenant aucun élément nouveau sur lequel le juge aurait fondé sa solution ne relèvent pas du champ du principe de la contradiction: CE, 29 juil. 1998, Syndicat des avocats de France, rec. 313; CE, 6 nov. 2013, Mme Kadi, n°351194

L'exigence de loyauté commande la mise en œuvre des caractères généraux de la procédure, notamment ses caractères inquisitoire et contradictoire. A ce titre, elle se manifeste à tous les stades du procès administratif, et notamment dès l'introduction de la requête. Elle influence également le déroulement de l'instruction. Enfin, lorsque l'affaire est en état d'être jugée, l'exigence de loyauté se manifeste encore dans la phase terminale de l'instruction comprenant la clôture, la convocation des parties à l'audience et la préparation du délibéré.

a-) l'exigence de loyauté se manifeste dès l'introduction de la requête.

L'exigence de loyauté se manifeste dès l'analyse de la recevabilité de la requête, le juge veillant à ce que le requérant ne se trouve pas pris au piège par une règle de procédure dont l'application entraîne le rejet de sa requête. Le juge administratif dispose en ce sens d'importants pouvoirs de régularisation<sup>39</sup>. Il ne peut pas rejeter une requête entachée de défaut de ministère d'avocat, sans demande de régularisation préalable. Il doit non seulement en avertir le requérant dans la notification de la décision attaquée mais également veiller à ce que cette notification soit rédigée « *en des termes dépourvus d'ambiguïté* », indiquant que l'obligation du ministère d'avocat s'imposait à lui en l'espèce. Le Conseil d'Etat considère en effet que le juge manque à son obligation de régularisation prévue par les dispositions de l'article R. 811-7 du CJA lorsqu'il se borne « *à reproduire ou à résumer [ces dispositions] (...) sans indiquer si le requérant est effectivement tenu de recourir à un avocat* » pour exercer son recours<sup>40</sup>. Revenant sur sa jurisprudence antérieure, le Conseil d'Etat considère également que le renoncement du requérant à produire un mémoire complémentaire qu'il avait annoncé n'entraîne pas le désistement d'office si la renonciation est intervenue dans le délai de quatre mois impartis pour produire ce mémoire<sup>41</sup>. De même, le Conseil d'Etat est revenu sur sa jurisprudence antérieure soumettant la recevabilité de toute demande relative au versement d'intérêts moratoires, même lorsque celle-ci est présentée dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir contre le refus de l'administration de payer ces intérêts, à la présence du ministère d'avocat. Saisi de conclusions portant sur le versement d'intérêts moratoires présentées sans ministère d'avocat, le juge invitait le requérant à régulariser sa requête. Le requérant, afin de ne pas payer un avocat, abandonnait alors ses conclusions tendant à ce que l'Etat lui verse des intérêts moratoires et se bornait à demander l'annulation du refus de le lui payer. Le juge considérait alors que le requérant se fondait sur une cause juridique nouvelle en transformant sa requête indemnitaire en recours pour excès de pouvoir, ce qu'il n'était plus recevable à faire une fois le délai de recours contentieux expiré. Dans son arrêt *Marcou* du 9 décembre 2011<sup>42</sup>, le Conseil d'Etat a jugé que les conclusions d'annulation dirigées contre une décision pécuniaire et les conclusions tendant au versement par l'administration d'une somme d'argent sont distinctes et ne présentent pas, dans leur ensemble, le caractère d'une demande de plein contentieux. Pour éviter le rejet de la requête, le Conseil d'Etat considère désormais que lorsque le re-

<sup>39</sup> E. Langelier et A Virost-Landais, Mérites et limites du recours à la régularisation des actes viciés, JCP A 2015 n°2245

<sup>40</sup> CE, 29 déc. 2006, Melle A, n°281206

<sup>41</sup> CE, 26 juil. 1996, Sté entrepositaire parisienne, rec. 312. V. jurisprudence antérieure CE, 17 mai 1985, Sté Anastasia Diffusion, rec. 152

<sup>42</sup> Req. n°337255. Les conclusions du rapporteur publics commencent par inviter le juge à une remise en question lorsque l'application des principes juridiques conduit à prendre des décisions "manifestement déraisonnables et même (...) manifestement inéquitables pour les requérants".

quérant s'est, sur invitation de la juridiction, désisté de ses conclusions pécuniaires, ce désistement n'a aucune incidence sur le maintien et la recevabilité de ses conclusions à fin d'annulation. Plus encore, le Conseil d'Etat a interprété de manière très constructive le mémoire en désistement : alors qu'il portait sur l'ensemble des conclusions pécuniaires (nécessitant le ministère d'un avocat), le Conseil d'Etat a jugé qu'il ne concernait pas les conclusions d'injonction tendant à ordonner à l'Etat le versement d'une somme d'argent et des intérêts moratoires qui l'accompagnent<sup>43</sup>.

b-). L'exigence de loyauté dans le déroulement de l'instruction :

L'exigence de loyauté impose au juge le respect d'une certaine ligne de conduite dans le déroulement de la procédure d'instruction. Les choix de procédure qu'il peut être amené à faire doivent être cohérents et prévisibles. Lorsque par exemple le juge des référés mesures utiles entame une procédure contradictoire afin que les parties présentent leurs observations avant le prononcé de son ordonnance, il devra s'en tenir à ce choix et ne pourra plus rejeter la requête en utilisant la procédure dite de tri prévue par l'article L. 522-3 du CJA<sup>44</sup>. De même, l'exigence de loyauté impose au juge, dans l'exercice de son office, une obligation d'information préalable des parties indépendamment de l'existence d'un moyen d'ordre public soumis aux dispositions de l'article R. 611-7 du CJA. Cette obligation s'impose lorsque le juge de l'excès de pouvoir procède d'office à une substitution de base légale<sup>45</sup> ou bien lorsqu'il met en oeuvre son pouvoir de modulation dans le temps des effets de sa décisions<sup>46</sup>. Le juge doit également en informer préalablement les parties lorsque, après avoir constaté l'existence d'une compétence liée de l'Administration, il envisage de rejeter comme inopérants des moyens invoqués<sup>47</sup> ou bien encore lorsqu'il applique une jurisprudence nouvelle intervenue après la clôture de l'instruction et privant d'intérêt l'argumentation développée par les parties<sup>48</sup>. L'obligation d'information préalable illustre la volonté de ne pas surprendre les parties par une solution qu'elles n'auraient pu anticiper : le juge garantit ainsi aux parties d'avoir pleinement connaissance de l'ensemble des éléments qui sous-tendent la solution donnée au litige. L'exigence de loyauté s'impose aussi au juge dans l'exercice de ses pouvoirs d'instruction : elle constitue le corollaire de l'étendue de ces pouvoirs. L'exigence de loyauté fonde l'interdiction au juge d'ordonner des mesures d'instruction frustratoires. En vertu de cette règle, le juge ne peut faire usage de son pouvoir d'instruction pour faire obstacle à l'examen d'une fin de non recevoir qui, si elle s'avère fondée, conduirait au rejet de

<sup>43</sup> Le Conseil d'Etat conclut en l'espèce "au désistement relatif de telles conclusions"

<sup>44</sup> CE, 27 mai 2015 n°386195: Le juge des référés d'urgence peut ainsi pour exercer ses pouvoirs soit mettre en oeuvre la procédure contradictoire prévue par l'article L. 522-1 soit mettre en oeuvre, à certaines conditions, une procédure de tri. Le Conseil d'Etat a indiqué qu'il s'agissait de "deux procédures distinctes" que le juge ne pouvait utiliser successivement. Lorsqu'il a mis en oeuvre la procédure contradictoire, il doit poursuivre l'instruction contradictoire et ne peut décider, après lecture du mémoire en défense, de recourir à la procédure de tri. L'exigence de loyauté implique en ce sens "une clarté dans les choix de procédure"

<sup>45</sup> CE, Sect., 3 déc. 2003, El Bahí. Le juge administratif est en revanche délié de cette obligation lorsque la possibilité d'une substitution a été évoquée dans les écritures des parties.

<sup>46</sup> CE, Ass., 11 mai 2004, Association AC!, rec. 197

<sup>47</sup> CE, 17 fév. 2012, Société Chiesi SA, n°332509

<sup>48</sup> CE, Sect., 19 avril 2013, CCI D'Angoulême, n°340093: L'arrêt précise que les parties avaient exclusivement débattu, compte tenu des règles applicables avant la décision du Conseil d'Etat, statuant au contentieux du 28 décembre 2009, sur le terrain de la responsabilité quasi-contractuelle et sur celui de la responsabilité quasi-délictuelle, alors que cette décision conduit le juge à se placer sur le terrain contractuel pour trancher le présent litige. Il convient de souligner que l'arrêt fonde la solution sur "les exigences de la procédure contradictoire", contribuant ainsi à la conception extensive du principe de la contradiction dans la procédure administrative contentieuse.

la requête. Le Conseil d'Etat a ainsi annulé un jugement ordonnant, dans un contentieux indemnitaire, une mesure d'expertise visant à établir la nature et l'origine des désordres ainsi que leur coût de réparation alors que les parties faisaient valoir en défense, qu'au moment où la requête avait été introduite, le délai de responsabilité décennale était expiré<sup>49</sup>. De même, le juge ne peut ordonner un supplément d'instruction qui aurait pour effet, lorsque la charge de la preuve pèse sur l'une des parties, de renverser cette charge de la preuve<sup>50</sup>. La jurisprudence impose également au juge, lorsqu'il a fait usage de ses pouvoirs d'instruction pour obtenir, notamment auprès de tiers, la communication de nouveaux documents, d'indiquer aux parties les modalités de concrétisation de sa mesure d'instruction. Une partie est fondée à se prévaloir de l'irrégularité de la procédure et à demander l'annulation de la décision rendue lorsque le juge administratif s'est borné à informer les parties, par un courrier assorti d'aucune pièce, « de ce qu'elle estimait être le résultat de la mesure d'instruction ordonnée, sans préciser, de façon suffisamment précise, l'ensemble des opérations effectuées et recueillies dans le cadre de cette mesure »<sup>51</sup>. Le Conseil d'Etat impose ainsi au juge de faire connaître aux parties la manière dont la mesure d'instruction ordonnée s'est réalisée afin que ces dernières soient pleinement en mesure d'apprécier la manière dont le juge va forger sa conviction. Une telle obligation va au delà du principe de la contradiction<sup>52</sup>.

c-) L'exigence de loyauté dans la phase terminale de l'instruction. L'exigence de loyauté a conduit à une évolution du régime des productions tardives intervenues après la clôture de l'instruction. Il n'existe pas devant les juridictions administratives d'obligation de clore l'instruction. Devant le Conseil d'Etat, l'ordonnance de clôture intervient, sans ordonnance particulière, au moment de l'audience publique<sup>53</sup>. Devant les juridictions administratives du fond, l'adoption d'une ordonnance de clôture, qui n'est pas obligatoire, relève des pouvoirs d'instruction du juge<sup>54</sup>. En principe, les mémoires produits après la clôture de l'instruction ne sont ni communiqués ni examinés par la juridiction<sup>55</sup>. Afin de ne pas faire peser sur les parties les inconvénients du pouvoir inquisitorial du juge et de permettre aux parties comme au juge de se fonder sur un nouvel élément susceptible d'affecter la solution du litige, quand bien même il aurait été produit après la clôture de l'instruction, la jurisprudence a amendé les dispositions du CJA sur le régime des productions « tardives ». Après avoir déduit des articles R. 613-3 et R. 613-4 du CJA l'obligation pour le juge administratif de prendre connaissance et de viser dans sa décision de tels mémoires, la jurisprudence a également consacré une obligation de les prendre en compte dans trois hypothèses : lorsque le mémoire contient une nouvelle circonstance de fait que la partie n'était pas en mesure d'invoquer avant la clôture de l'instruction et que le juge ne peut ignorer sans se fonder sur des faits matériellement inexacts; lorsque le mémoire fait valoir une cir-

<sup>49</sup> CE, 7 mars 1969, Sieurs Faure et Grosperre, rec. 145. Le juge ne peut s'abstenir de statuer sur une fin de non recevoir et ordonner une mesure d'instruction que s'il rejette, pour un autre motif, les conclusions dont il est saisi (CE, 30 janv. 1970, Dame Veuve Herbe, rec. 73)

<sup>50</sup> CE, 30 juil. 2003, Min. de l'économie, des finances et de l'industrie, n°234452

<sup>51</sup> CE, 1<sup>er</sup> oct. 2014, Erden, n°349560

<sup>52</sup> En l'espèce, les parties avaient d'ailleurs été informées de la mesure d'instruction ordonnée par le juge

<sup>53</sup> Article R. 613-5 du CJA

<sup>54</sup> Article R. 613-1 CJA et article R. 613-2. En vertu de l'article R. 613-4 du CJA, le président de la formation de jugement a la faculté de rouvrir l'instruction.

<sup>55</sup> Article R. 613-3 du CJA.

constance de droit nouvelle ou un moyen d'ordre public<sup>56</sup>. Cette jurisprudence est directement inspirée de l'exigence de loyauté impliquant que les parties aient connaissance des éléments nouveaux pouvant conduire le juge à réviser sa position<sup>57</sup>. La réouverture de l'instruction éclaire en effet les parties sur la manière dont un nouvel élément, produit tardivement, sera pris en compte et pourra peser sur la décision finale du juge<sup>58</sup>. De même, le juge administratif a l'obligation, en cas de production par les parties d'une note en délibéré, de rouvrir l'instruction lorsque cette note contient une circonstance de droit nouvelle ou une circonstance de fait dont la partie qui l'invoque ne pouvait faire état avant la clôture de l'instruction<sup>59</sup>. L'exigence de loyauté se manifeste encore dans l'obligation de transmission du sens des conclusions du rapporteur public<sup>60</sup>. La jurisprudence a élargi la portée, à l'origine très restrictive<sup>61</sup>, de l'obligation de communication en précisant son contenu et son champ d'application. Après avoir indiqué que cette obligation, imposée à peine d'irrégularité de la décision rendue, devait être appliquée de telle manière que le justiciable soit en mesure d'apprécier, avant l'audience, l'opportunité de compléter son argumentation en mettant en œuvre les divers instruments prévus par le code<sup>62</sup>, le Conseil d'Etat précise que *les parties ou leurs mandataires doivent être mis en mesure de connaître, dans un délai raisonnable avant l'audience, l'ensemble des éléments du dispositif de la décision que le rapporteur public compte proposer à la formation de jugement d'adopter* », à l'exception de la réponse aux conclusions accessoires<sup>63</sup>. La jurisprudence confère à cette obligation un contenu extensif en distinguant toutefois les informations dont la communication est prescrite à peine d'irrégularité du jugement et celles que le rapporteur est seulement invité à transmettre *« en fonction de l'appréciation qu'il porte sur les caractéristiques de chaque dossier »*<sup>64</sup>. Le Conseil d'Etat étend également le champ d'application de l'obligation de transmission en appliquant les dispositions de l'article R 711-3 du CJA aux conclusions

<sup>56</sup> CE, Sect., 27 fév. 2004, Préfet des Pyrénées-Orientales c/ Abounkhila, n°252988

<sup>57</sup> La réouverture de l'instruction entraîne en effet la reprise du débat contradictoire ainsi que la reprise du circuit normal de la procédure c'est-à-dire une reprise de l'instruction au fond, suivie, le cas échéant d'une clôture de celle-ci puis d'une inscription de l'affaire au rôle, d'une nouvelle audience et du délibéré

<sup>58</sup> CE, 22 mai 2013, Clabaut; V. aussi CE, 23 juin 2014, Sté Deny All, n°352504: lorsque, à la suite de la réouverture de l'instruction par la communication d'un nouveau mémoire, *"le délai qui reste à courir jusqu'à la date de l'audience ne permet pas l'intervention de la clôture automatique trois jours francs avant l'audience prévue par l'article R. 613-2 du CJA (...) il appartient au juge administratif, qui par ailleurs, peut toujours, s'il l'estime nécessaire, fixer une nouvelle date d'audience, de clore l'instruction ainsi rouverte"*. A défaut, l'arrêt sera rendu au terme d'une procédure irrégulière et encourt l'annulation.

<sup>59</sup> CE, 12 juil. 2002, M. et Mme Leniau, rec. 278 et CE, Sect., 27 fév. 2004, Préfet des Pyrénées Orientales C/ Abounkhila, rec. 94

<sup>60</sup> Articles R. 711-3 et R. 712-1 du CJA; Les parties sont fondées à demander l'annulation de la décision juridictionnelle rendue lorsqu'elles ont été placées dans l'impossibilité de prendre connaissance du sens de ces conclusions (CE, 2 fév. 2011, Centre hospitalier Jean-Marcel, n°330641) ou lorsque le sens des conclusions prononcées à l'audience diffère de celui qui a été préalablement communiqué aux parties (CE, 5 mai 2006, Sté Murlerhof, n°259957)

<sup>61</sup> Le décret du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public ne comporte aucune indication sur le contenu du sens des conclusions ce qui accroît le caractère restrictif de l'obligation, celle-ci ne visant que la solution finale proposée par le rapporteur à l'exclusion des moyens et même des motifs retenus pour aboutir à celle-ci et, seulement lorsque les parties en font la demande.

<sup>62</sup> Le justiciable peut assister à l'audience; présenter des observations orales et produire une note en délibéré. De plus, le Conseil d'Etat se montre peu exigeant et peu formaliste concernant l'exigence d'une demande des parties de transmission des conclusions V. en ce sens CE, 18 déc. 2009, Sté Sogedame, n°305568

<sup>63</sup> CE, Sect., 21 juin 2013, Communauté d'agglomération du Pays de Martigues, n°352427

<sup>64</sup> CE, Sect., 21 juin 2013, Communauté d'agglomération du Pays de Martigues, n°352427, spéc. cons. 7: le Conseil d'Etat donne un véritable mode d'emploi sur les informations supplémentaires que les rapporteurs publics sont invités à fournir au titre de l'obligation de transmission du sens de conclusions.

d'injonction, lesquelles « *ne revêtent pas un caractère accessoire* » pour l'application « *de ces dispositions* »<sup>65</sup>.

Alors que l'office du juge administratif exclut la consécration d'un principe juridique de loyauté, la jurisprudence multiplie les garanties du respect de cette exigence dans le procès administratif. Le paradoxe n'est qu'apparent. D'une part, l'exigence de loyauté demeure soluble dans l'office du juge. D'autre part, l'exigence de loyauté remplit des fonctions propres qui illustrent aussi la spécificité irréductible du procès administratif.

### 3 Les fonctions de l'exigence de loyauté dans le procès administratif

L'intensification de l'exigence de loyauté dans le procès administratif s'explique au regard des fonctions que le juge souhaite lui attribuer. Ses fonctions sont doubles. L'exigence de loyauté dans le procès remplit une fonction évidente : la promotion d'une procédure plus équilibrée. Il s'agit d'assurer une plus grande participation des parties au procès et une plus grande transparence de celui-ci. Elle remplit une autre fonction moins visible mais sous-jacente : l'exigence de loyauté permet, à rebours, de légitimer l'étendue de l'office du juge administratif.

#### 3.1 Equilibrer les rapports entre le juge et les parties

Le caractère inquisitorial de la procédure administrative contentieuse et plus largement l'autonomie du juge administratif dans l'organisation et le déroulement de la procédure donne l'image d'un procès déséquilibré. Les parties ont ainsi le sentiment que le procès administratif leur échappe. C'est pour corriger cette image que la jurisprudence impose au juge de nouvelles obligations à l'égard des parties. La jurisprudence<sup>66</sup> puis les textes<sup>67</sup> ont ainsi imposé au juge de prendre connaissance et de viser les notes en délibéré produites après l'audience. De même, le juge administratif ne peut plus ignorer les mémoires produits postérieurement à la clôture de l'instruction que celle-ci résulte de l'audiencement de l'affaire ou de l'adoption par le juge d'une ordonnance de clôture. La clôture de l'instruction fige en effet le litige, interdisant aux parties de produire de nouveaux mémoires et de modifier ainsi le périmètre du litige. Mais la jurisprudence a considéré qu'il incombe au juge de prendre connaissance des mémoires tardifs et de les viser afin, le cas échéant, d'exercer sa faculté de rouvrir l'instruction. Dans certaines conditions, le juge doit également prendre en compte ces mémoires et rouvrir l'instruction après avoir vérifié que la production tardive ne constitue pas une attitude dilatoire ou la manifestation d'une simple négligence des parties. Le pouvoir du juge de procéder ou non à la réouverture de

<sup>65</sup> CE, 20 oct. 2014, Commune de Rueil-Malmaison, n°371493

<sup>66</sup> CE, 12 juillet 2002, M. et Mme Leniau, n°236125; rec. 278: il s'agissait en l'espèce d'une note en délibéré produite après l'audience; CE, 21 nov. 2003, Mme Biord Genest, n°244820; rec. 936

<sup>67</sup> Articles R. 731-5 et R. 741-2 du CJA issus du décret n°2005-1586 du 19 décembre 2005 modifiant la partie réglementaire du CJA

l'instruction est ainsi de plus en plus encadré<sup>68</sup>, sa liberté d'appréciation pour diriger l'instruction étant réduite d'autant. Ces jurisprudences confortent la place et le rôle des parties dans le déroulement du procès administratif. Elles garantissent aux parties qu'aucune décision du juge ne leur sera imposée sans qu'elles aient été complètement informées à la fois sur les données du litige<sup>69</sup> et sur les arguments qui sous-tendent l'analyse du juge et qu'elles doivent avoir eu l'occasion de discuter<sup>70</sup>. L'extension de l'obligation d'information préalable des parties, indépendamment des hypothèses visées par l'article R. 611-7 du CJA concernant les moyens d'ordre public soulevés par le juge, participe de la même logique : la volonté d'offrir aux parties un procès « sans piège et sans surprise ». Les réponses apportées par le juge, dans le cadre de son office, ne constituent pas des moyens d'ordre public soumis à l'information préalable des parties prévues par l'article R. 611-7 du CJA<sup>71</sup>. Il incombe ainsi au juge, dans le cadre de son office, de vérifier que les conditions d'application d'un texte invoqué par le requérant sont remplies, alors même que ce moyen n'est pas soulevé en défense. Sans soulever de moyen d'ordre public ni en informer préalablement les parties, le juge vérifie que le requérant qui invoque le bénéficie des stipulations de la CEDH remplit les conditions prévues par ces dispositions<sup>72</sup> ou bien encore lorsqu'il est saisi de conclusions mettant en jeu la responsabilité administrative qu'aucune des conditions d'engagement de cette responsabilité ne fait défaut<sup>73</sup>. La jurisprudence distingue traditionnellement ce qui relève des moyens d'ordre public et ce qui relève de « l'office du juge », s'employant ainsi à préserver l'autonomie dont jouit le juge dans le cadre de son office. Jusqu'à récemment, cet îlot d'autonomie du juge administratif semblait farouchement défendu : la jurisprudence se montrait réticente pour reconnaître l'existence de nouveaux moyens d'ordre public, tout en réaffirmant l'absence d'information préalable des parties indépendamment de l'existence d'un tel moyen. Cette autonomie se trouve désormais écornée lorsque l'intervention du juge modifie le terrain juridique sur lequel les parties ont fondé le litige. Le Conseil d'Etat considère en effet que lorsque le juge applique une jurisprudence nouvelle non débattue par les parties, il ne peut le faire alors même qu'il se borne «

*à exercer son office en situant le litige sur le terrain juridiquement approprié*

*», qu'après « avoir mis celles-ci à même de présenter leurs observations sur ce point*

<sup>68</sup> V. notamment CE, 22 mai 2013, Clabaut, n°350551: Une jurisprudence du conseil d'Etat constitue une circonstance de droit nouvelle que le juge doit prendre en compte lorsque celle-ci a été soulevée après la clôture de l'instruction. Le juge devait donc en l'espèce rouvrir l'instruction

<sup>69</sup> Cette question se pose principalement dans les recours de pleine juridiction dès lors que le juge administratif doit statuer en fonction des circonstances de droit et de fait présentes le jour de sa décision. Si ces circonstances ont évolué depuis l'audience, le juge devra radier l'affaire au rôle et rouvrir l'instruction: CE, sect, 19 nov. 1993, Melle Brutus, rec. 321. Pour le contentieux de l'excès de pouvoir, les conditions imposant au juge la réouverture de l'instruction sont fixées par l'arrêt Leniau précité.

<sup>70</sup> V. en ce sens, CE, 13 juil. 2012, Mme B., n°352115

<sup>71</sup> CE, 14 nov. 2001, SARL Pyroscénie, n°228587: la vérification par le juge de l'applicabilité d'une doctrine fiscale ne constitue pas un MOP préalablement communiqué aux parties. Le juge doit vérifier si cette doctrine est bien applicable alors même que l'administration ne soulève pas ce moyen en défense. CE, 17 février 2013, Sté Chiesi SA, n°332509: *il appartient au juge administratif d'écarter, le cas échéant de lui-même, un moyen tiré d'un vice de procédure qui, au regard [du principe fixé par la jurisprudence Danthony] ne lui paraît de nature à entacher d'illégalité la décision contestée; qu'en statuant ainsi le juge ne relève pas d'office un moyen qu'il serait tenu de communiquer préalablement aux parties"*

<sup>72</sup> CE, 2 juin 2010, Fondation de France, n°318014

<sup>73</sup> CE, 30 nov. 2005, Sieur Guitard, n°269546; rec. T. 1059: en l'espèce l'absence de préjudice.

»<sup>74</sup>. La possibilité pour le juge de s'émanciper du cadre juridique tracé par les parties n'est pas remise en cause par la jurisprudence *CCI d'Angoulême*. Elle est au contraire sanctuarisée dès lors qu'il s'agit pour le juge d'apporter la réponse que commande le droit. L'autonomie du juge comporte toutefois une limite : il ne peut pas construire une solution étrangère à l'argumentation des parties.

La jurisprudence illustre ainsi un renforcement des obligations pesant sur le juge en matière d'information des parties. L'exigence de loyauté implique que toute intervention du juge, au titre des ses pouvoirs d'instruction ou indépendant de ces derniers, doit faire l'objet d'une information préalable des parties permettant de recueillir leurs observations dès lors qu'elle est susceptible d'affecter l'issue du litige. La recherche d'un plus grand équilibre dans les rapports entre le juge et les parties constitue ainsi un changement de paradigme. Le renforcement de l'exigence de loyauté dans le procès administratif atténue l'image du juge administratif, juge administrateur. Les nouvelles obligations procédurales imposées au juge, dans le but de promouvoir l'image de rapports plus équilibrés et plus sereins avec les parties, permettent aussi, en retour, de légitimer l'étendue de son office. Il n'est d'ailleurs pas anodin que l'intensification de l'exigence de loyauté coïncide avec la conquête par le juge de nouveaux champs et de nouveaux pouvoirs (notamment son immixtion dans l'exécution de ses décisions et, au delà, dans les suites qu'il entend donner à ses décisions).

### 3.2 Légitimer l'office étendu du juge administratif

Si « la vieille réticence du juge administratif à se comporter en administrateur s'estompe »<sup>75</sup>, elle implique en contrepartie de nouvelles obligations procédurales imposant au juge de s'expliquer davantage et de légitimer sa fonction de juge administrateur.

L'arrêt *El Bahi* impose ainsi au juge de solliciter les observations des parties lorsqu'il décide, de sa propre initiative, de procéder à une substitution de base légale<sup>76</sup>. En effet, l'intervention du juge administratif d'une part, rend inopérants les moyens invoqués par le requérant à l'appui de son recours contre la décision administrative et d'autre part, rend légale la décision attaquée. De même, la jurisprudence *AC*

! confère au juge le pouvoir de différer dans le temps les effets de l'annulation mais seulement *après avoir recueilli sur ce point les observations des parties et examiné l'ensemble des moyens, d'ordre public ou invoqués devant lui*. L'arrêt *CCI d'Angoulême* impose également au juge, lorsqu'il fait application d'une jurisprudence nouvelle du

<sup>74</sup> CE, 19 avril 2013, *CCI d'Angoulême*, n°340093. En l'espèce, l'application de la jurisprudence nouvelle, "*Beziers I*", s'avérait favorable à l'Etat et aux finances publiques, la Cour ayant jugé que "*l'Etat et la chambre de commerce et d'industrie étaient liés par une concession d'outillage public portant sur l'exploitation et l'entretien de l'aérodrome et que le vice tenant à l'incompétence du préfet pour accorder une telle concession, laquelle aurait dû résulter d'un arrêté pris par les ministres chargés de l'économie et de l'aviation marchande, n'était pas, dès lors qu'il résultait du dossier soumis à l'examen des juges du fond que les ministres concernés avaient approuvé l'opération, d'une gravité telle que le juge dût écarter le contrat*".

<sup>75</sup> D. Truchet, Office du juge et Distinction des contentieux: renoncer aux branches, RFDA 2015 p. 657, spéc. p. 658

<sup>76</sup> CE, Sect., 3 déc. 2003, *Préfet de la Seine-Maritime c/ El Bahi*, n°240367; rec. 479 concl. Stahl. En revanche, lorsque la possibilité d'une substitution a été évoquée dans les écritures des parties, notamment en appel, le juge est délié de son obligation d'en informer les parties.

Conseil d'Etat le conduisant à « régler l'affaire sur un terrain dont les parties n'avaient pas débattu »<sup>77</sup>, d'inviter les parties à « présenter leurs observations sur ce point

». Dans toutes ces hypothèses, l'information préalable des parties est une condition à l'extension de l'office du juge qui s'émancipe de l'argumentation des parties pour donner au litige la solution conforme au Droit. L'exigence de loyauté permet au juge de s'affranchir davantage des pièces du dossier et de l'argumentation des parties afin d'user pleinement de ses pouvoirs. La même logique explique l'extension du champ des moyens d'ordre public<sup>78</sup>. Dans des arrêts de plus en plus nombreux, le Conseil d'Etat qualifie les moyens soulevés d'office par le juge de moyens d'ordre public alors que ceux-ci ne résultaient pas « manifestement des pièces du dossier ». Ces moyens n'étaient en effet ni avancés par les parties ni même déductibles de ceux soulevés par elles<sup>79</sup>. En appliquant à ces moyens les dispositions de l'article R. 611-7 du CJA, le Conseil d'Etat n'entend pas brider le juge dans l'exercice de son office. L'application de ces dispositions conforte au contraire l'intervention du juge dans le procès. Ainsi, dans son arrêt du 3 août 2011, Mme Craye, le Conseil d'Etat pose d'abord le principe selon lequel « lorsque le tribunal a fait droit à une demande en se fondant sur un moyen inopérant, notamment en faisant application d'une règle de droit inapplicable, et que, pour contester le jugement de ce tribunal, l'appelant (en l'espèce, l'Administration) n'a pas invoqué le caractère inopérant du moyen retenu par les premiers juges, il appartient au juge d'appel de relever d'office cette inopérance pour censurer le motif retenu par le tribunal. Il précise ensuite « qu'il ne peut toutefois le faire qu'après en avoir préalablement informé les parties en application de l'article R. 611-7 du code de justice administrative

»<sup>80</sup>. En l'espèce, le jugement de première instance était favorable au requérant puisqu'il concluait à une décharge d'imposition. En appel, le juge après avoir soulevé un moyen d'ordre public, auquel le ministre ne faisait aucune allusion dans son recours, retient une solution inverse et confirme le redressement fiscal dont a fait l'objet la société requérante. La qualification de moyen d'ordre public et l'application de l'article L. 611-7 du CJA atténuent la brutalité de cette solution. L'intervention du juge entraînant le rejet de la requête de la société requérante qui avait obtenu satisfaction en première instance paraît, dans ces conditions, plus acceptable.

L'exigence de loyauté conditionne et légitime l'immixtion du juge. Parfois même, elle le contraint à agir. Le Conseil d'Etat a jugé dans son arrêt du 15 décembre

<sup>77</sup> L'application de cette jurisprudence nouvelle privait de sa portée l'argumentation des parties dans la mesure où celle-ci se fondait sur le terrain de la responsabilité extra-contractuelle alors que la jurisprudence "Béziers I" a pour objet de régler le litige, en priorité, sur le terrain de la responsabilité contractuelle.

<sup>78</sup> V. par exemple CE, 9 août 2006, Commune de Noyant la Gravoyère, n°258885; CE, 30 mai 2007, M. Boscher, n°274477. Noter que l'arrêt qualifie de MOP un moyen de défense soulevé d'office par le juge. Habituellement, la qualification de MOP concerne davantage les moyens d'attaque, c'est-à-dire l'hypothèse où le juge se substitue au requérant qui, dans le procès administratif, est généralement une personne privée, l'administration étant souvent en défense.

<sup>79</sup> V. par exemple CE, 9 août 2006, Commune de Noyant la Gravoyère et CE, 30 mai 2007, M. Boscher, précités n°326754.

<sup>80</sup> La solution est d'autant plus remarquable que le juge considère habituellement que la vérification que le requérant peut se prévaloir du texte qu'il invoque à l'appui de ses prétentions relève de son office et n'est pas soumise à l'information préalable des parties (CE, 2 juin 2010, Fondation de France, n°318014; CE, 15 oct. 1999, Wolff, n°198204; CE, 14 nov. 2001, SARL Pyroscénie, n°228587 concernant l'applicabilité au litige d'une instruction fiscale, alors que ce moyen n'est pas soulevé par l'administration fiscale).

2010 GIE Garde ambulancière 80<sup>81</sup> que la Cour ne « remplit la mission juridictionnelle qui est la sienne

» et commet une erreur de droit en rejetant des conclusions indemnitaires au seul motif que les éléments rapportés par le requérant ne lui permettent pas d'établir le montant du préjudice indemnizable. Il ajoute « *qu'il incombe au juge administratif dans une telle hypothèse à faire usage de ses pouvoirs d'instruction pour que soit précisée l'étendue de ce préjudice* ». La direction du procès n'est pas seulement, pour un juge administrateur, une simple faculté.

L'étude de l'exigence de loyauté dans le procès administratif conduit à une conclusion inattendue. Loin de gommer les spécificités du juge administratif, elle en accentue les traits distinctifs. Dès la requête, alors même qu'il n'examine pas encore le fond du litige, le juge administratif se comporte comme un administrateur. L'exigence de loyauté a pour objectif une lisibilité accrue du procès pour les parties dont le corollaire est une plus grande maîtrise de celui-ci par le juge. Elle permet ainsi au juge administratif qui demeure, y compris dans la direction de la procédure administrative contentieuse, le garant du Droit et de l'intérêt général, d'exercer pleinement son office de juge administrateur.

## REFERÊNCIAS

B. Pacteau, **Manuel de contentieux administratif**, Paris, PUF, 2014, spéc. n°183.

CE, 11 juill. 2011, Mme Montant, n°321225. A l'inverse, il « *incombe à l'administration de produire une argumentation de nature à démontrer que les agissements en cause sont justifiés par des considérations étrangères à tout harcèlement* ».

CE, Ass, 30 janv. 1959, Sieur Grange, rec. 85, concl. Chardeau; CE, 21 déc. 1960, Vicat blanc c/ Premier Ministre, n°49781; rec T 890.

CE, 4 juillet 1962, Plaisnel, n°43564; rec. T 1077; également, CE, 16 fév. 1966, Sieur Echernier, n°64729; rec. 112 : l'arrêt précise que le juge « n'est d'ailleurs même pas tenu légalement de répondre » à de telles conclusions.

CE, Sect., 24 fév. 1967 Gonthier, rec. 92

CE, Ass, 13 déc. 1968, Assoc. des propriétaires de Champigny-sur-Marne, rec. 646

CE, 7 mars 1969, Sieurs Faure et GrosPierre, rec. 145. Le juge ne peut s'abstenir de statuer sur une fin de non recevoir et ordonner une mesure d'instruction que s'il rejette, pour un autre motif, les conclusions dont il est saisi

(CE, 30 janv. 1970, Dame Veuve Herbe, rec. 73)

CE, Sect., 23 déc. 1988, Banque de France c/ Huberschwiller, rec. 464 : « *le caractère contradictoire de la procédure exige la communication à chacune des parties de toutes les pièces produites au cours de l'instance* »

CE, 26 juil. 1996, Sté entrepositaire parisienne, rec. 312. V. jurisprudence antérieure CE, 17 mai 1985, Sté Anastasia Diffusion, rec. 152

---

<sup>81</sup> CE, 15 déc. 2010, GIE Garde ambulancière 80 c/ Ministère du Travail, de l'Emploi et de la Santé, n° 330867

CE, 29 juil. 1998, Mme Esclatine, n°179635

CE, 29 juil. 1998, Syndicat des avocats de France, rec. 313

CE, 5 mars 1999, Valeri, rec. 52 : « *il appartient au juge de l'impôt de déterminer en fonction de l'objet du redressement et du déroulement de la procédure d'imposition le régime de dévolution de la charge de la preuve applicable au litige qui lui est soumis* »; également CE, Ass., 20 oct. 2009,

CE, 15 oct. 1999, Wolff, n°198204 .

CE, 15 mars 2000, Drannikova, rec. T 1184; n°185837). La jurisprudence considère par ailleurs que le juge n'est jamais tenu de communiquer les nouveaux mémoires n'apportant aucun élément nouveau pour la solution, notamment parce qu'ils « *ne contiennent ni conclusions, ni moyens nouveaux* »

CE, 14 nov. 2001, SARL Pyroscénie, n°228587 : la vérification par le juge de l'applicabilité d'une doctrine fiscale ne constitue pas un MOP préalablement communiqué aux parties

CE, 14 nov. 2001, SARL Pyroscénie, n°228587 concernant l'applicabilité au litige d'une instruction fiscale, alors que ce moyen n'est pas soulevé par l'administration fiscale).

CE, 12 juil. 2002, M. et Mme Leniau, rec. 278 et CE, Sect., 27 fév. 2004, Préfet des Pyrénées Orientales C/ Abounkhila, rec. 94

CE, 12 juillet 2002, M. et Mme Leniau, n°236125; rec. 278 : il s'agissait en l'espèce d'une note en délibéré produite après l'audience; CE, 21 nov. 2003, Mme Biord Genest, n°244820; rec. 936

CE, 30 juil. 2003, Min. de l'économie, des finances et de l'industrie, n°234452

CE, Sect., 3 déc. 2003, El Bahi. Le juge administratif est en revanche délié de cette obligation lorsque la possibilité d'une substitution a été évoquée dans les écritures des parties.

CE, Sect., 3 déc. 2003, Préfet de la Seine-Maritime c/ El Bahi, n°240367; rec. 479 concl. Stahl.

CE, Sect, 27 fév. 2004, Préfet des Pyrénées-Orientales c/ Abounkhila, n°252988

CE, Ass., 11 mai 2004, Association AC !, rec. 197

CE, 30 nov. 2005, Sieur Guitard, n°269546; rec. T. 1059 : en l'espèce l'absence de préjudice.

CE, 9 août 2006, Commune de Noyant la Gravoyère

CE, 9 août 2006, Commune de Noyant la Gravoyère, n°258885.

CE, 29 déc. 2006, Melle A, n°281206

CE, 30 mai 2007, M. Boscher, n°274477.

CE, 30 mai 2007, M. Boscher, n°326754.

CE, 2 juin 2010, Fondation de France, n°318014

CE, 2 juin 2010, Fondation de France, n°318014 .

CE, 15 déc. 2010, GIE Garde ambulancière 80 c/ Min. de l'emploi et de la santé, n°330867)

CE, 15 déc. 2010, GIE Garde ambulancière 80 c/ Ministère du Travail, de l'Emploi et de la Santé, n° 330867.

CE, 17 fév. 2012, Société Chiesi SA, n°332509

CE, 13 juil. 2012, Mme B., n°352115

CE, 26 nov. 2012, Mme Cordière, n°354108

CE, 17 février 2013, Sté Chiesi SA, n°332509

CE, Sect., 19 avril 2013, CCI D'Angoulême, n°340093 .

CE, 22 mai 2013, Clabaut, n°350551

CE, Sect., 21 juin 2013, Communauté d'agglomération du Pays de Martigues, n°352427

CE, Sect., 21 juin 2013, Communauté d'agglomération du Pays de Martigues, n°352427, spéc. cons. 7 : le Conseil d'Etat donne un véritable mode d'emploi sur les informations supplémentaires que les rapporteurs publics sont invités à fournir au titre de l'obligation de transmission du sens de conclusions.

CE, 27 oct. 2013, Vidon, n°346569

CE, 6 nov. 2013, Mme Kadi, n°351194

CE, 23 juin 2014, Sté Deny All, n°352504 : lorsque, à la suite de la réouverture de l'instruction par la communication d'un nouveau mémoire

CE, Sect., 16 juil. 2014, Ganem, n°352501 : L'autorité administrative (ici disciplinaire) « à laquelle il incombe d'établir les faits sur le fondement desquels elle a pris la décision litigieuse (en l'espèce, une sanction) peut apporter la preuve de ces faits devant le juge administratif par tous moyens ».

CE, 23 juil. 2014, Sté Octapharma France, n°349717 : le juge se reconnaît le pouvoir de différer les effets de sa décision juridictionnelle au profit seulement de certaines parties au procès;

CE, 1<sup>er</sup> oct. 2014, Erden, n°349560

CE, sect., 1<sup>er</sup> oct. 2014, Erden, n°349560

CE, 20 oct. 2014, Commune de Rueil-Malmaison, n°371493

CE, 27 mai 2015 n°386195

CE, 27 juil. 2015, M. B, req. n°367484 : reconnaissance d'un pouvoir d'injonction au juge saisi d'un recours indemnitaire pour faire cesser le comportement fautif de la personne publique et le préjudice qui en résulte.

D. Chabanol, **Du dialogue des juges et des parties. Réflexions sur la procédure administrative contentieuse**. Mélanges Labetoulle, Dalloz, Paris, 2007, p. 149

D. Truchet, **Office du juge et Distinction des contentieux : renoncer aux branches**, RFDA 2015 p. 657, spéc. p. 658

E. Langelier et A Virost-Landais, **Mérites et limites du recours à la régularisation des actes viciés**, JCP A 2015 n°2245

R. Chapus, **Contentieux administratif, Paris, Les Cours du droit**, 1981, fasc II spéc. p. 397.

R. Odent, **Contentieux administratif, Paris, Dalloz, Tome I** spéc. p. 710 et suiv sur « l'objet de la procédure »

X. Domino et A. Bretonneau, **Chronique de jurisprudence administrative – De la loyauté dans le procès administratif**, AJDA 2013 p. 1276

Submetido em: 02 jul. 2018. Aceito em: 15 dez. 2018.



# UNSETTLING EUROPEAN EPISTEMOLOGIES: MAPPING THE CONTOURS OF PARADIGMS FROM THE SOUTH

*Harikrishnan Gopinathan Nair*

“Y así entre todos logran, lo que era un imposible que todo el mundo sepa, que el Sur también existe”

## **Abstract**

This paper aims to discuss the Epistemologies from the South. For that, not only the thinking of Boaventura de Sousa Santos, but also Immanuel Wallerstein and Claude Alvares is studied. At the same time, a relationship is set between this theory and the Indian, Afro-Cuban and the Meso-American societies.

## **Keywords:**

Epistemologies of the South. Paradigms of the South. Societies of the South.

## **EPISTEMOLOGIAS EUROPÉIAS INQUIETANTES: MAPEAMENTO DOS CONTORNOS DOS PARADIGMAS DO SUL**

## **Resumo**

Esse artigo busca discutir as Epistemologias do Sul. Para tanto, não é estudado apenas o pensamento de Boaventura de Sousa Santos, mas também de Immanuel Wallerstein e Claude Alvares. Ao mesmo tempo, um relacionamento é traçado entre essa teoria e as sociedades indiana, afro-cubana e meso-americana.

## **Palavras-Chave**

Epistemologias do Sul. Paradigmas do Sul. Sociedades do Sul.

## **PART I**

I would like to talk about Epistemologies from the South, or Southern epistemologies, or *Epistemologias sur-sur*. Although I was interested in the politics of knowledge production, distribution, and consumption for quite a few years now, I became involved in this subject three years ago, when I came across a study by Claude Alvares – an Indian scholar from Goa, which is a former Portuguese colony on the West coast of India.

---

· Universidad Nacional Autónoma de México; Birla Institute of Technology and Science, Pilani.

In 2011, Alvares published a study titled “A critique of Eurocentric Social Science and the question of alternatives” in the *Economic and Political Weekly* (28 May 2011). His central argument was that although scholars do accept that Eurocentric epistemology has indeed a dominant presence in the Humanities and Social Sciences, little is done to challenge it. I wanted to verify his claim, and therefore I began a research project on exploring how scholars in the South - in Africa, Asia, and Latin America – have indeed challenged Euro-American epistemologies in the Humanities and Social Sciences.

However, I noted that despite original and exciting scholarship from the South, these have failed to influence the traditional disciplines of Humanities and Social Sciences across the world unless it passes through the transit points in the North. The trajectory of the knowledge economy is analogous to international air-travel. While travelling from Asia to America or vice versa, the easiest, and hence, the most feasible route is often via the North America or Europe. This asymmetry in the knowledge economy is partly because the circulation of knowledge through articles in journals, books by leading publishers, the traditional pedagogies and curricula in universities, and the new method of disseminating knowledge through Massive Online Courses are evidently controlled by the knowledge economy of the North while also being influenced by Euro American epistemologies, which are at times surreptitious and at other times less hidden.

In the course of this lecture, I would like to highlight salient aspects of the nature of the scholarship produced in the South that I have been profiling thus far. As I began working on this project, I also realized that some pioneering work on Southern Epistemologies has already been done by Immanuel Wallerstein and Boaventura Sousa Santos. Therefore, I would in good measure be looking at these issues from their shoulders as it would offer us a panoramic perspective. But, before I proceed further, let us rewind and take look at the arguments of Claude Alvares. His theses provide me a point of departure.

Alvarez noted that while people in the South tend to resist political and economic imperialism, there is very little resistance to academic imperialism. Academic scholars in the South are largely conservative and are often servile to northern epistemologies. This intellectual dependence is made worse because funding for research projects often originates in the developed world, and one who pays often determines the theoretical and methodological underpinnings of research conducted by the scholars in the South. Academic exchange programmes with fellowships to study in universities of the North have significantly influenced scholars in the Asia and Africa. Their research work is consequently based on Euro-American theoretical and methodological frameworks. Please allow me to enumerate some of the principal findings and conclusions of Claude Alvares.

UNESCO's *World Social Science Report* (2010) noted that social science research outside the non-Western world is so insignificant in quality that it is rarely cited.

The same report pointed out that North America cited zero research from Africa and Asia.

Knowledge still flows from apparently “advanced” cultures to “primitive” countries of the South, so many decades after the process of political decolonization began in Asia and Africa since the mid 20<sup>th</sup> century.

The struggle to occupy chairs in departments of world’s leading universities by scholars from the South are but small attempts in the struggle for epistemological independence as one is still caught up in the web of the same asymmetrical knowledge economy.

Universities in the South are merely upgraded versions of the factory school where categories, theories, and methodologies developed in America, Britain, France and Germany are regurgitated with little creativity and innovation. The time gap in the emulation of northern epistemologies was 20-25 years a generation ago but will be substantially reduced with the improvement in communication technology.

Two classes of people insist that Euro-American epistemes are superior: scholars of the North themselves and the academic community colonized by it. Nearly two centuries ago, the British colonial officer Thomas Macaulay, who devised English education for Indians said “[...] a single shelf of a good European library was worth the whole of native literature of India and Arabia. [...] and when we pass from the works of imagination to works in which facts are recorded and general principles investigated, the superiority of the European becomes absolutely immeasurable.” Ngugi wa Thiongo again warned us of this cultural imperialism in his work *Decolonizing the mind* as did Edward Said in his *Orientalism*. The long term effect of cultural colonialism has been to annihilate indigenous languages, cultures, and knowledge systems; and consequently, it destroyed the confidence of peoples in the South.

Thus, degree programmes in philosophy of many African and Asian universities concentrate on studying European philosophers at the cost of others including their own. Even if non-Western philosophies are taught, it is often done using parameters from the West.

Claude Alvares then proceeded to minutely analyse the Euro-American nature of the traditional university disciplines of Sociology, Economics and Political Science. His analysis and conclusions resonate with those of Immanuel Wallerstein. I will not detain us here with the details of those arguments except with an invitation to engage with their work. I believe that that their arguments are substantially valid.

If you agree with me, you might also agree with the conclusion of Alvares. He says therefore that the primary agenda of non-Western academics ought to be a resistance to the academic imperialism in the form of transcending Eurocentric discourse in our perception and understanding of reality. This would inevitably lead to plurality but that would be infinitely more exciting than the asphyxiating and homogenous epistemes that are in vogue today.

## PART II

Mahatma Gandhi taught those of us Indians, who were willing to learn that freedom or swaraj from British rule did not mean throwing out the British and be-

coming like them. Swaraj or autonomy begins with the self and through education, but that struggle for freedom must necessarily be non-violent. It must be non-violent not because Gandhi believed that non-violence was pious. Rather, his non-violence or ahimsa was based on the philosophy of *anekantavada* – the episteme of a small religious community known as the Jains. The Jains believed that reality is many-sided. If one accepts that truth is not singular but plural, it is bound to reduce conflicts in thought and word, and consequently in deed as well.

One of the principal purposes of Southern Epistemologies is to bring to the fore actors, whose agency has been reduced to nothingness. In India, we have had the most inhuman and oppressive system of castes – based on notions of purity of blood and hierarchy perpetuated through endogamic marriages. The most radical challenge to that came from the B.R. Ambedkar, one of the principal architects of the constitution of the republic of India. Ambedkar chose to describe the so-called low castes, the untouchables, and the unseeables as Dalits. What is in a name one might ask? Everything is, at least, in this case. The word Dalit means broken down or ground down. By this using this form of auto-nomenclature, the question arises who has oppressed whom? The Dalit identity from the world itself points to the oppressor. It also brings forth the necessity for change through the agency of the oppressed. If Paolo Friere discovered a pedagogy of the oppressed so did Ambedkar in fighting the laws and customs of caste Hindus. Today, Dalit Studies is a major discipline of research and teaching in India.

If Ambedkar excavated and brought forth the oppressed category of caste, so did Fernando Ortiz for race, but as a cultural category rather than as a biological one. In the late 19<sup>th</sup> and early 20<sup>th</sup> century, the Italian school of criminal anthropology led by Enrico Ferri and Cesare Lombroso had classified an entire race of people as criminal. Ortiz too initially held similar views with regard to Afro-Cubans. By with the passage of time, he began a serious endeavour of studying the music, dance, religion and culture of the Afro-Cubans. These studies ranged from the legal, criminological and penal through oral history and philology to economic history, sociology, ethnology, archaeology and anthropology.

What was most significant of this trajectory was the instance of intellectual moulting, when he shed his criminological perspective in studying Afro-Cuban society and focused on its cultural elements. This metamorphosis also aided the vindication of Afro-Cubans. In his studies on Afro-Cuban music, dance, religion and culture, Ortiz came to the conclusion that how the dominant classes in Cuba used terms such as “*mala vida*”, “*hampa afro-cubana*” and, adjectives like retrograde, savage, primitive, atavistic etc for continuously marginalizing the Afro-Cubans. The intellectual moulting of Ortiz gave rise to the concept of “*transculturación*”, with which he explained Cuban history as a complex process, wherein multiple cultures permanently interacted with each other. If Cuba was a microcosm of Latin America, what was true for Cuba could possibly be true for rest of the region as well.

What Ortiz did for people of African origin in Cuba, Jan Vansina – a Belgian historian, would do for people of the Congo. The aim of the discipline of history for a long time since Leopold van Ranke was to describe the past as it actually happened or study history objectively. For this, the emphasis was on sources that were almost

inevitably written documents. What about those people without writing? They had a past, but for historians peoples without written sources were people without history. At a time when leading universities in Europe and America did not study African history, Vansina evolved the method of writing history through oral traditions. His *Oral tradition* challenged fundamental episteme of history as it was understood until then.

In a like manner, challenges to traditional historiography also came from Miguel Leon Portilla around the same time. In the work *Vision de los vencidos* by Angel Garibay and Leon Portilla, the conquest of Mexico was relooked at from the perspective of the vanquished by a study of sources in Nahuatl. Their studies were launched within the scope of a seminar at the Universidad Nacional Autonoma de Mexico titled *Seminario Nahuatl*, but a few decades later, it would transform into a separate degree-awarding university discipline of Estudios Mesamericanos. Nathan Watchtel would emulate this method for the study of the Incas. These works in historical scholarship would prove to be a shot in the arm in sphere of politics as the Native Americans were now endowed with agency that was denied to them for over five hundred years.

Encouraged by these developments in the academia Carlos Lenkersdorf took a step in a different direction. By studying the structure of Mayan languages, especially Tojolobal, he came to the conclusion that the language itself influenced how the Mayans perceived reality. Unlike the Indo-European languages with its pronounced subject-object dichotomy, Tojolobal minimized this dichotomy. The subject-object dichotomy leads to an emphasis of mine versus your. In Tojolobal, what stands out is the sense of us or *nostroismo* – an intersubjectivity.

Another namesake of his, Carlos Montemayor, questioned the tendency to consider the languages of hegemonic peoples as more developed, while relegating the languages of those less fortunate as mere dialects. He insisted that Nahuatl has a linguistic system as complete as German, and that Purépecha was comparable to Greek. Montemayor analysed the legal system of the indigenous communities of the Ramuris and the Tarahumaras and compared it with Western legal systems. In the former, disputes were resolved by the participation of the entire community not through retribution but rather through restitution and reparation. His studies made a case for integration of these indigenous legal systems into the national juridical system of individual Latin American states. In some measure, this has been realized in the Bolivian Constitution of 2008. If Western constitutionalism is being challenged in South America, similar changes are happening on the other side of the globe as well. One need only to take a look at the Bhutanese Constitution of the same year. All these developments echo the concluding verses of Mario Benedetti's poem *El sur tambien existe*: "[...] and thus between all is achieved, what was once impossible. Let the whole world know that the South indeed exists."

**Submetido em: 31 maio. 2018. Aceito em: 15 dez. 2018.**





# COOPERAÇÃO JUDICIAL INTERNACIONAL E AS NOVAS FORMAS DE ATUAÇÃO INTERESTATAL NO CONTEXTO REGIONAL E GLOBAL: APONTAMENTOS SOBRE A UNIÃO EUROPEIA\*

*Elizabeth Accioly\**

A Segurança sem Liberdade é ditadura; a Liberdade sem Segurança e Justiça é a anarquia e não conseguimos conceber a Justiça sem Liberdade e Segurança. (Carlos Coelho)

## **Resumo**

O presente artigo busca tratar da cooperação jurídica internacional no âmbito da União Europeia a partir da análise de seus três pilares. Com esse escopo, são estudados especialmente os trabalhos da Eurojust e da Europol, bem com as decisões e resoluções de Direito Comunitário sobre o tema.

## **Palavras-chave**

Cooperação jurídica internacional. União Europeia. Direito Comunitário.

## **INTERNATIONAL JUDICIAL COOPERATION AND THE NEW FORMS OF INTERESTATAL ACTION IN THE REGIONAL AND GLOBAL CONTEXT: COMMENTS ON THE EUROPEAN UNION**

## **Abstract**

This paper aims to discuss the international legal cooperation in the space of action of the European Union. For that, an analysis of its three pillars is done. With this scope, the works of Eurojust and Europol are studied, and the decisions and resolutions of EU law on the theme as well.

**Keywords: International legal cooperation. European Union. Community law.**

A construção da Europa dos três pilares tem início com o Tratado da União Europeia (TUE), com uma dúzia de estados-membros<sup>1</sup>, também conhecido por Tratado de Maastricht, firmado nesta cidade holandesa, em 7 de fevereiro de 1992. Até então a

\* Palestra apresentada no âmbito do Seminário Internacional – Política Exterior, Segurança e Estratégia: as relações entre a América do Sul e a Europa, promovido pela Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, em outubro de 2018

\* Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (2003), área de concentração em Direito Internacional. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Diplomada em Estudos Europeus pelo Instituto Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (1996), Atualmente é Professora do Curso de Direito da Universidade Europeia de Lisboa e Professora do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Curitiba - UNICURITIBA. Atua na área de Direito Internacional Público, Direito da Integração, com ênfase no estudo da integração latino-americana, Direito da União Europeia, Direito Internacional Económico e Contencioso da União. Exerce a advocacia em Portugal e no Brasil

<sup>1</sup> França, Alemanha, Itália, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Reino Unido, Irlanda, Dinamarca, Grécia, Portugal e Espanha

edificação da Europa comunitária era estritamente supranacional, cimentada pelo Tratado de Roma, de 25 de março de 1957, com os seis emblemáticos sócios fundadores: França, Alemanha, a Itália, que foi peça chave para aproximar os dois grandes rivais da II Guerra Mundial, e os três países que já formavam um bloco económico desde 1944 – o BENELUX, com Bélgica, Holanda e Luxemburgo.

O TUE altera a construção de Roma, que respeitava os princípios da integração num quadro institucional único, erguendo mais dois pilares, ao lado do primeiro – o Pilar das Comunidades, que era composto por três comunidades: a Comunidade Económica Europeia (CEE), a Comunidade Europeia de Energia Atómica (CEEA) e a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), esta última extinta em julho de 2002, por força do que determinava o seu art. 97 sobre o prazo de vigência, estipulado em cinquenta anos.

O segundo pilar criado por Maastricht foi o da Política Externa e de Segurança Comum (PESC), na intenção de encontrar respostas comuns sobre questões de política internacional, ou seja, posições acima dos interesses dos Estados-membros, com uma Europa a falar a uma só voz.

O terceiro pilar, de que nos ocuparemos no presente trabalho, diz respeito à Justiça e Assuntos Internos (JAI), que nasce devido à preocupação com uma das liberdades mais caras da União – a livre circulação de pessoas, que ganha reforço no TUE, com a criação da cidadania da União. Era necessário controlar as fronteiras externas, dar segurança jurídica aos seus cidadãos, estabelecer regras para a imigração, para o asilo, para a cooperação aduaneira, para o combate do tráfico ilícito – desde às drogas aos seres humanos, para uma eficaz cooperação policial e judiciária entre os Estados membros.

Note-se que a estrutura dos três pilares, criada por Maastricht, escapa à lógica comunitária pura que se encontra no primeiro pilar, este supranacional, e assenta numa cooperação intergovernamental, obrigando a tomada de decisões por unanimidade nas matérias referentes à PESC (Política Externa e de Segurança Comum), à PCSD (Política Comum de Segurança e Defesa) e à JAI (Justiça e Assuntos Internos), justamente para acomodar algum desconforto “soberanófilo” que existia na altura e para conciliar os interesses dos Estados que preferiam o *status quo* e outros que pretendiam um avanço para uma Europa federal.

É interessante destacar que o Tratado de Maastricht foi resgatar um dos primeiros propósitos da velha Europa, quando, nos idos de 1954/1955, com a CECA já em pleno funcionamento, tentaram criar a Comunidade Europeia de Defesa – a CED, e a Comunidade Política Europeia – CPE. O Tratado da CED foi firmado em 27 de maio de 1952, ratificado por cinco Estados-membros e chumbado pelo Parlamento francês dois anos após a sua assinatura. Daí a opção pela integração económica – pelo falhanço da CED e da CPE. Argumentava o prestigiado deputado francês Édouard Henriot, que já tinha ocupado o cargo de primeiro-ministro daquele país, sobre a CED no debate travado no parlamento francês, no fatídico dia 30 de agosto de 1954:

“Temos motivos para nos opormos ao Tratado, sendo o principal a perda da soberania e independência do nosso país. O Tratado CED visa restaurar a soberania da Alemanha, mas representa um passo atrás para a França no

que respeita à sua própria soberania. Eu sei que as nações têm que fazer sacrifícios para que cresça o progresso europeu. Tantos quantos conhecem bem a história da lei sabem que esta evolução se faz através dos séculos. Apercebo-me de que será necessário, mais cedo ou mais tarde, empreender novos esforços para atingir este objetivo – mas tais esforços devem ser feitos por todas as nações europeias em conjunto (...) eu aviso-vos do fundo do meu coração – não cometam um ato que lamentarão mais tarde, e que não estarão então, em condições de desfazer(...) dir-me-ão: ‘Se não acredita na CED, não acredita na Europa’. Protesto contra tal conclusão. Vocês não encontrarão a paz, procurando o caminho da guerra. Queremos a paz pela paz, não o rearmamento de alguns países”.<sup>2</sup>

O debate sobre a criação de um exército europeu tem crescido, sobretudo após o resultado do referendo no Reino Unido tem sido liderado pela França, país responsável pelo fracasso da CED. Tem hoje o apoio incondicional da Alemanha, mas, desta feita, a desconfiança e a resistência vem de outros Estados-membros. Uma coisa é certa, se o BREXIT se concretizar, a Europa comunitária perde peso em termos de defesa, pois o Reino Unido é uma das maiores potências militares do mundo, e perde peso também no Conselho de Segurança da ONU, com apenas um país a ocupar uma cadeira permanente dentre os sócios da UE. Essas, dentre outras razões, tem levado a Europa a repensar a sua defesa e a reacender o debate da PCSD, que figura no TUE como um pilar intergovernamental, o que não deixa de ser um grande entrave para a sua efetiva concretização.

Se nos idos da década de 50, apenas com seis Estados-membros, houve uma resistência quanto ao tema da defesa comum, imagine numa Europa com 27 sócios. E já há vozes que vão ao encontro do discurso de Édouard Henriot, como a do investigador do Instituto Português de Relações Internacionais (IPRI), João Estevens : *“A criação de um exército europeu vai de algum modo em sentido contrário ao caminho que determinou a própria criação da Comunidade: uma instituição que pretendeu desde 1957 insistir em mecanismos de preservação da paz e não em instrumentos securitários”*<sup>3</sup> . O Embaixador português Seixas da Costa, por outro lado, critica a expressão utilizada por Emmanuel Macron: *“um exército europeu deixou com reservas todas as famílias políticas europeias, o que não aconteceria se o presidente francês tivesse falado da criação de forças conjuntas entre os estados-membros, que tivessem por função, possivelmente entre outras, assegurar a defesa das fronteiras e a intervenção europeia nos cenários de crise que importam à União”*<sup>4</sup> .

O 3º pilar - Justiça e Assuntos Internos (JAI), nasceu em Maastricht, para dar suporte à livre circulação de pessoas. Os então doze Estados-membros<sup>5</sup> pretendiam reforçar a proteção dos cidadãos numa nova etapa da construção europeia, sendo fundamental uma maior interligação entre a polícia e a justiça dos Estados-membros para tratar de temas prioritários quando se almeja um espaço sem controlo das fronteiras internas, tais como o asilo, a imigração, a criminalidade organizada, o terrorismo, o tráfico de estupefacientes, de armas, de pessoas, entre outras questões inevitáveis

<sup>2</sup> In *“60 Anos de Europa – os grandes textos da União Europeia”*. Publicação do Gabinete em Portugal do Parlamento Europeu. Lisboa, 2008, p. 30.

<sup>3</sup> In *Jornal Económico*. Lisboa: Portugal, 23 de novembro de 2018, p. 15

<sup>4</sup> In *Jornal Económico*. Lisboa: Portugal, 23 de novembro de 2018, p. 15

<sup>5</sup> Vide nota 3.

numa mobilidade das pessoas que faziam parte do Espaço Schengen. Porém, este pilar não previa, naquela altura, partilha de soberania.

O Tratado de Amesterdão, assinado em 2 de outubro de 1997, por então quinze Estados membros, depois da entrada da Áustria, da Finlândia e da Suécia, trouxe uma comunitarização parcial do 3º pilar, com a criação do Espaço de Liberdade Segurança e Justiça (ELSJ), conforme se depreende da leitura dos seus considerandos: “RESOLVIDOS a facilitar a livre circulação de pessoas, sem deixar de garantir a segurança dos seus povos, através da criação de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, nos termos das disposições do presente Tratado”.

O artigo B do TUE apontava, dentre os objetivos da UE:

“a manutenção e o desenvolvimento da União enquanto espaço de liberdade, de segurança e de justiça, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlo na fronteira externa, asilo e imigração, bem como de prevenção e combate a criminalidade”.

As decisões tomadas no 3º pilar de Maastricht sofreram alteração com o Tratado de Amesterdão e, posteriormente, com o Tratado de Nice, de 2001<sup>6</sup>, com a comunitarização das matérias relacionadas com o mercado interno (políticas sobre vistos, asilo, imigração, e cooperação judiciária em matéria civil) que passaram a ser decididas por maioria qualificada, seguindo o método do 1º pilar. Entretanto, a votação por unanimidade permaneceu quanto à Cooperação Judiciária em Matéria Penal e Cooperação Policial. Um grande progresso relacionado com a tomada de decisões do 3º pilar ocorreu 13 de dezembro de 2007, com a assinatura do Tratado de Lisboa que desmontou a construção dos três pilares, erguida por Maastricht. As mudanças institucionais reduziram-se apenas a algumas questões pontuais do 3º pilar que permaneceram com a regra da unanimidade. No entanto, a mesma determinação não houve com relação ao 2º pilar (PESC/PCSD que se manteve intergovernamental, conforme o disposto nos arts. 24º, n. 1 e 42º, n. 4, do TUE:

Art. 24º. 1. “A competência da União em matéria de política externa e de segurança comum abrange todos os domínios da política externa, bem como todas as questões relativas à segurança da União, incluindo a definição gradual de uma política comum de defesa que poderá conduzir a uma defesa comum. A política externa e de segurança comum está sujeita a regras e procedimentos específicos. É definida e executada pelo Conselho Europeu e pelo Conselho, que deliberam por unanimidade, salvo disposição em contrário dos Tratados”.

Art. 42º. 4. As decisões relativas à política comum de segurança e defesa, incluindo as que digam respeito ao lançamento de uma missão referida no presente artigo, são adotadas pelo Conselho, deliberando por unanimidade,

<sup>6</sup> A chegada de quase o dobro de Estados-membros levou os seus Estados membros a assinar um Tratado para acomodar e reestruturar as instituições da União Europeia. O Tratado de Nice, firmado aos 26 de fevereiro de 2001 pelos Quinze sócios, em vigor desde 1 de fevereiro de 2003, estava preparado para receber o maior alargamento da história da UE. Em 1 de maio de 2004 ingressam no Clube europeu a Estónia, a Letónia, a Lituânia, a Hungria, a República Checa, a Eslovénia, a Eslováquia, a Polónia, Malta e Chipre. No ano de 2007 foi a vez da Roménia e da Bulgária e em 2013 a Croácia, formando uma família de 28 Estados, na iminência de perder um de seus membros – o Reino Unido, que pediu a denúncia do Tratado.

sob proposta do Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança ou por iniciativa de um Estado-Membro.

O ELSJ começa a ganhar projeção com a entrada em vigor do Tratado de Amesterdão, em 1 de maio de 1999, com a criação da pasta da Justiça e Assuntos Internos na estrutura da Comissão Europeia. O primeiro comissário europeu a assumi-la foi o português António Vitorino, que explica a importância do ELSJ:

O objetivo de livre circulação dentro do espaço europeu é um objetivo de tal forma central que só pode ser integralmente cumprido se a livre circulação for assegurada em condições de liberdade, segurança e justiça. Mas como fazê-lo? A liberdade, neste contexto, implica a faculdade de viajar sem entraves. Mas há também que reconhecer que, quando abolimos as fronteiras internas entre diversos Estados, pouco sentido faz que cada um tenha uma política de imigração ou de asilo substancialmente diferente ou desordenada dos outros. E é fácil de perceber porquê: um Estado controla a entrada no país de cidadãos oriundos de países terceiros que entram pelas fronteiras externas da União (por exemplo, os aeroportos), mas não os que entram pelas fronteiras internas, porque foram abolidos os controlos (por exemplo, os que chegam de automóvel ou de comboio pela fronteira terrestre que separa dois Estados-membros). Nunca poderá ser inteiramente eficaz a política de imigração isolada dum determinado Estado quando esse Estado não pode controlar o fluxo de cidadãos no seu país. O mesmo se diga para o combate à imigração ilegal e ao tráfico de pessoas, que não beneficia nem os Estados, nem os imigrantes, mas tão-só as redes ilegais que os exploram sem escrúpulos. Além disso, não se pode, neste contexto, descurar considerações de segurança, já que a liberdade de circulação serve tanto aos que se deslocam com fins lícitos (de lazer ou trabalho) como aos que se deslocam com fins ilícitos. Deslocam-se tão livremente empresários ou trabalhadores, como criminosos.”<sup>7</sup>

Portanto, era uma das prioridades da UE conceber mecanismos que permitissem uma articulação entre os Estados Membros quanto às forças policiais e judiciais, de modo a assegurar que a liberdade de circulação não pudesse ser utilizada para fins ilícitos. O título VI do Tratado de Amesterdão, com a missão de dar suporte ao ELSJ, estabelece normas para uma Cooperação Policial e Judiciária em Matéria Penal (CPJMP):

“Sem prejuízo das competências da Comunidade Europeia, será objetivo da União facultar aos cidadãos um elevado nível de proteção num espaço de liberdade, segurança e justiça, mediante a instituição de ações em comum entre os Estados-Membros no domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal e a prevenção e combate do racismo e da xenofobia.

Este objetivo será atingido prevenindo e combatendo a criminalidade, organizada ou não, em especial o terrorismo, o tráfico de seres humanos e os crimes contra as crianças, o tráfico ilícito de droga e o tráfico ilícito de armas, a corrupção e a fraude, através de:

- uma cooperação mais estreita entre forças policiais, autoridades aduaneiras e outras autoridades competentes dos Estados-Membros, tanto direta-

<sup>7</sup> [https://infoeuropa.eu/ocid.pt/files/database/000021001-000022000/000021539\\_3.pdf](https://infoeuropa.eu/ocid.pt/files/database/000021001-000022000/000021539_3.pdf)

mente como através do Serviço Europeu de Polícia (Europol), nos termos do disposto nos artigos K.2 e K.4,

- uma cooperação mais estreita entre as autoridades judiciárias e outras autoridades competentes dos Estados-Membros, nos termos do disposto nas alíneas a) a d) do artigo K.3 e no artigo K.4.

Ora bem, controlar a criminalidade, zelar pelas fronteiras externas, coordenar as polícias, manter a ordem pública, aplicar decisões em matéria penal de outros Estados membros, investigar grupos organizados, desbaratar células terroristas, todas estas matérias requerem uma ação coordenada para o bom funcionamento do bloco europeu. Dentre as agências que cuidam dessas matérias destacamos a Europol e a Eurojust, que estão previstas no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), nos seus artigos 82 a 89.

A Europol foi criada no Tratado de Maastricht, no seu artigo K.1:

“Os Estados-Membros considerarão as seguintes áreas como questões de interesse comum: cooperação policial para prevenir e combater o terrorismo, tráfico ilícito de drogas e outras formas graves de criminalidade internacional, incluindo, se necessário, certos aspetos cooperação aduaneira, no âmbito da organização de um sistema de intercâmbio de informações a nível da União no âmbito de um Serviço Europeu de Polícia (Europol)”.

Iniciou as suas operações em 1993 com a Unidade de Drogas da Europol (UDE), com sede em Estrasburgo. Tinha por função auxiliar as forças policiais nacionais em investigações criminais. No ano de 1994 mudou-se para a Haia, na Holanda, onde tem a sua sede definitiva. Em 1995 foi assinada a Convenção Europol, que entrou em vigor em 1998, tendo sido a UDE incorporada ao Serviço Europeu de Polícia (Europol).

A Decisão 2009/371, do Conselho de Ministros da Justiça e Assuntos Internos da União Europeia, aprovada em 6 de abril de 2009, substituiu a Convenção Europol e alterou o seu estatuto para Agência, com maior poder e autonomia, pois cada vez mais há necessidade de uma maior cooperação por parte dos Estados-Membros na luta contra a criminalidade, que hoje ganha contornos cada vez mais sofisticados, como o cibercrime, para além dos graves problemas que o continente europeu vem enfrentando com a crise dos refugiados e com os grupos terroristas. Para tanto, foram sendo criados braços da Europol, como o Centro Europeu da Cibercriminalidade, em 2013; a Unidade de Sinalização de Conteúdos na Internet destinada a lutar contra a propaganda terrorista em linha e outras atividades extremistas, em 2015; e o Centro Europeu de Luta contra o Terrorismo (ECTC), que estabelece, pela primeira vez na Europa, um centro de operações para acompanhar todos movimentos em questões sensíveis de terrorismo.

A Decisão do Conselho do JAI de 2009 foi revogada após a aprovação do Regulamento (UE) 2016/794, que instituiu um novo quadro jurídico à Europol, atribuiu-lhe poderes adicionais na luta contra o terrorismo; na inclusão de programas de formação e intercâmbio para o pessoal; na criação de um sólido sistema de proteção de dados e no reforço do controlo do Parlamento sobre a Agência. Este regulamento, que entrou em vigor em 1 de maio de 2017, também alterou a sua nomenclatura para Agência da União Europeia para a Cooperação Policial (Europol).

A Eurojust (Unidade Europeia de Cooperação Judiciária) foi instituída em 2002, pela Decisão 2002/187/JAI, do Conselho dos Ministros da Justiça e Assuntos Internos, tendo sido alterada pela Decisão 2009/426/JAI, do mesmo Conselho, que trouxe um reforço dos seus poderes em termos operacionais e da cooperação judiciária, tendo por missão, segundo a redação do artigo 85 do TFUE:

“apoiar e reforçar a coordenação e a cooperação entre as autoridades nacionais competentes para a investigação e o exercício da ação penal em matéria de criminalidade grave que afete dois ou mais Estados-membros ou que exija o exercício de uma ação penal assente em bases comuns, com base nas operações conduzidas e nas informações transmitidas pelas autoridades dos Estados-membros e pela Europol”.

O recente Regulamento(UE) 2018/1727, de 14 de novembro de 2018, publicado no Jornal Oficial da União Europeia (JOCE) a 21 de Novembro de 2018 e, com entrada em vigor a partir de 12 de dezembro de 2018, trouxe um novo estatuto à Eurojust, promovendo-a a Agência, tal qual a sua parceira Europol, denominada Agência da União Europeia para a Cooperação Judiciária Penal (Eurojust).

A competência da Eurojust cobre designadamente os tipos de criminalidade e infrações relativamente aos quais a Europol atua, como por exemplo o terrorismo; o tráfico de drogas, de armas e de seres humanos; a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil; a fraude, a corrupção, o branqueamento de capitais e o cibercrime, no intuito de levar os criminosos a tribunal de forma mais rápida e eficaz. Daí a interligação das duas Agências – inclusivamente no espaço físico, tendo ambas a sua sede na Haia<sup>8</sup>.

Dentre as suas funções está a de solicitar o início de investigações criminais; a instauração de um procedimento penal conduzida pelas autoridades nacionais competentes; a coordenação de equipas de investigação conjunta; podendo ainda solicitar às autoridades nacionais informações que considere necessárias para o exercício das suas funções, tais como: registos criminais; registos de pessoas detidas; registos de inquérito; registos de ADN; e outros registos das autoridades públicas do seu Estado-Membro, caso essas informações sejam necessárias para o exercício das suas funções (art. 9º do Regulamento(UE) 2018/1727).

A Eurojust é composta por 28 Membros Nacionais, dentre magistrados e membros do Ministério Público destacados por cada Estado-Membro e que exercem as suas funções em permanente contacto com as autoridades nacionais dos Estados membros, numa via de mão dupla, respondendo a pedidos de auxílio e também solicitando aos Estados-Membros que investiguem ou exerçam a ação penal relativamente a

<sup>8</sup> Regulamento 2018/2717. **Considerando 56.** A fim de reforçar a cooperação operacional entre a Eurojust e a Europol e, em particular, a fim de estabelecer ligações entre os dados que se encontrem já na posse de qualquer destes organismos, a Eurojust deverá permitir à Europol o acesso, com base num sistema de respostas positivas/negativas, aos dados de que dispõe. A Eurojust e a Europol deverão tomar as medidas necessárias para otimizar a sua cooperação operacional, tendo devidamente em conta os respetivos mandatos e as limitações estabelecidas pelos Estados-Membros. Esses convénios de ordem prática deverão assegurar o acesso a todas as informações que tenham sido fornecidas pela Europol para fins de controlo cruzado, em conformidade com as salvaguardas específicas e com as garantias de proteção de dados previstas no presente regulamento. O acesso da Europol aos dados detidos pela Eurojust deverá ser limitado, por meios técnicos, às informações abrangidas pelos mandatos destes organismos da União. **Considerando 57.** A Eurojust e a Europol deverão manter-se mutuamente informadas de todas as atividades que envolvam o financiamento de equipas de investigação conjuntas.

fatos específicos. Presta ainda assistência na resolução de conflitos de jurisdição nos casos em que mais de uma autoridade nacional se encontrar em posição de investigar ou exercer a ação penal num determinado caso e por fim, mas não menos importante, tem por objetivo facilitar a execução de instrumentos judiciais internacionais, através do Mandado de Detenção Europeu, que tem funcionado de maneira exemplar e célere no espaço europeu.

O considerando 27 do Regulamento 2018/1727 chama a atenção para a necessidade de total entrosamento entre as autoridades nacionais e a Eurojust:

“Para estimular e reforçar a coordenação e a cooperação entre os ministérios públicos nacionais, é crucial que a Eurojust receba das autoridades nacionais as informações pertinentes e necessárias para o cumprimento da sua missão. Para o efeito, as autoridades nacionais competentes deverão informar os seus membros nacionais da criação e dos resultados das equipas de investigação conjuntas, sem demora injustificada. As autoridades nacionais competentes deverão igualmente informar os seus membros nacionais, sem demora injustificada, dos processos que relevem da competência da Eurojust que envolvam diretamente, pelo menos, três Estados-Membros e relativamente aos quais tenham sido transmitidos pedidos ou decisões em matéria de cooperação judiciária a pelo menos dois Estados-Membros. Em determinadas circunstâncias, deverão também informar os membros nacionais dos conflitos de jurisdição, de entregas controladas e repetidas dificuldades na cooperação judiciária”.

Interessante ainda destacar que a dimensão da Eurojust extrapola as fronteiras da União, podendo manter relações de cooperação com as autoridades competentes de países terceiros e com organizações internacionais, na medida do necessário ao cumprimento da sua missão<sup>9</sup>. Também pode coordenar, com a anuência dos Estados-Membros em causa, a execução dos pedidos de cooperação judiciária provenientes de um país terceiro, caso esses pedidos devam ser executados em pelo menos dois Estados-Membros no âmbito da mesma investigação. Esses pedidos podem também ser transmitidos à Eurojust pelas autoridades nacionais competentes, segundo previsto no art. 54 do Regulamento(UE) 2018/1727.

Uma questão interessante se põe com o BREXIT, posto que o Reino Unido já demonstrou interesse em permanecer nas Agências da Europol e Eurojust, conforme consta da Proposta de Resolução do Parlamento Europeu, apresentada na sequência da declaração sobre o quadro das futuras relações UE-Reino Unido, em 7 de março de 2018, no que diz respeito à segurança interna:

“Ponto 28. Considera que, no futuro, a cooperação pode ser desenvolvida com base em acordos de países não-Schengen, permitindo o intercâmbio de dados relevantes para a segurança e a cooperação operacional com organismos e mecanismos da UE (como a Europol e a Eurojust).<sup>10</sup> ”

<sup>9</sup> Regulamento 2018/1727. **Considerando 59.** A Eurojust deverá reforçar a cooperação com as autoridades competentes dos países terceiros e com as organizações internacionais, com base numa estratégia elaborada em consulta com a Comissão. Para esse efeito, a Eurojust poderá destacar magistrados de ligação para os países terceiros, a fim de cumprir objetivos similares aos dos magistrados de ligação destacados pelos Estados-Membros (v. artigo 53 do Regulamento 2018/1727).

<sup>10</sup> In <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+B8-2018-0135+0+DOC+XML+V0//PT>

Segundo o relatório anual de 2017<sup>11</sup>, a Eurojust registou 2306 casos em 2016 e 2550 em 2017, representando um aumento de 10,6%. Por exemplo, o número de casos abertos por iniciativa de Portugal na Eurojust foi de 74 em 2017, menos dois que em 2016, num universo de 2550 pedidos de assistência dos demais Estados-membros. Quanto ao tipo de crimes tratados pela Eurojust, a fraude ocupa o primeiro lugar com 700 casos, seguido pelo branqueamento de capitais (315) e de grupo criminoso organizado móvel com 208. Em termos percentuais a fraude ocupa 27,5% dos casos tratados, o tráfico de droga 12,7% e o terrorismo 3,4%. Em relação aos tipos de crimes abrangidos pelas Equipas de Investigação Conjuntas (EIC) houve um aumento significativo dos casos de terrorismo, passando para oito em 2017, contra apenas um em 2016. Comparativamente a 2015 e 2016, o número de casos de tráfico de seres humanos também aumentou de 79 para 123 em 2017 e os processos de terrorismo de 41 em 2015 para 87 no ano de 2017. Os casos que envolvem tráfico de droga desceram em 2016 para 254, mas em 2017 voltaram a subir, para 324.

O trabalho conjunto das Agências da União Europeia como a Eurojust e a Europol e o reforço que se verificou com os recentes regulamentos da União Europeia, em 2017 e 2018, trazidos no presente trabalho, denotam a necessidade cada vez maior de uma cooperação entre Estados-membros e entre Estados-membros e Estados terceiros, na área policial e judiciária em matéria penal, face aos acontecimentos que vamos assistindo desde o início do Século XXI, que aqui já destacamos.

É indiscutível que a livre circulação de pessoas trouxe problemas complexos de segurança no espaço europeu, mas também é inequívoco que a União Europeia tem procurado soluções adequadas para os novos desafios, que se expressam na sua legislação originária e derivada, nos órgãos e nas agências que vão sendo criados e fortalecidos, dando o embasamento indispensável ao Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça da União e, por consequência, à *cooperação judicial internacional e as novas formas de atuação interestatal no contexto regional e global*, tema do presente painel, apresentado no âmbito do Seminário Internacional – Política Exterior, Segurança e Estratégia: as relações entre a América do Sul e a Europa, promovido pela Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, em outubro de 2018.

**Submetido em: 30 nov. 2018. Aceito em: 17 dez. 2018.**

---

<sup>11</sup>

[http://eurojust.europa.eu/doclibrary/corporate/eurojust%20Annual%20Reports/Annual%20Report%202017/AR2017\\_PT.pdf](http://eurojust.europa.eu/doclibrary/corporate/eurojust%20Annual%20Reports/Annual%20Report%202017/AR2017_PT.pdf)





# CRISIS AMBIENTAL Y CASA COMÚN: UNA INTERPRETACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE A LA LUZ DE LA ENCÍCLICA *LAUDATIO SI*

*Álvaro Sanchez Bravo*

## **Resumen**

Este artículo busca discutir la encíclica Laudato Si y la doctrina ambiental de la Iglesia que expresa. Para ello, su contenido es analizado a fondo, con una atención especial a la defensa de una ecología integral. La necesidad de educación y espiritualidad también se ve reforzada.

Abstract

## **Palavras clave**

Encíclica Laudatio Si. Crisis Ambiental. Ecología integral.

## **Abstract**

This paper aims to discuss the Laudato si encyclical and the environmental doctrine of the Church it expresses. For that, its content is deeply analyzed, with a special attention to the defense of a integral ecology. The need of education and spirituality is also reinforced

## **Key words**

Encíclica Laudatio Si. Environmental Crisis. Integral Ecology.

## 1. INTRODUCCIÓN: EVANGELIO Y COMPROMISO SOCIOAMBIENTAL

“Laudatio Si”. Con estas simples, pero esclarecedoras palabras comienza la Encíclica del Papa Francisco, dedicada al medio ambiente, pero también a los desafíos de los nuevos modelos sociales, los valores en la sociedad tecnológica y el papel que todos, no sólo la Iglesia Católica, tenemos en la responsabilidad solidaria hacia la conservación del planeta, la *Casa Común* como la denomina el Santo Padre, y a la búsqueda de una sociedad más justa e inclusiva.

El medio ambiente considerado como “*bien colectivo, patrimonio de toda la humanidad y responsabilidad de todos*”<sup>1</sup>.

---

· Doctor en Derecho. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Presidente de la Asociación Andaluza de Derecho, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Miembro. Coeditor Revista Internacional de Direito Ambiental (RIDA). Expert European Research Council Executive Agency (ERECEA). European. Commission. EU. Académico Correspondiente da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho.

Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Sevilha. Presidente da Associação de Direito Andaluza, Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável. Membro, Coeditor da Revista Internacioal de Direito Ambiental (RIDA). Membro do Conselho Executivo Europeu (Agência Executiva. Membro da Comissão Acadêmica da União Européia. Correspondente da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho.

<sup>1</sup> CELS. 95, p.75.

Y esta preocupación se trasluce a lo largo de todo el texto, imbricando unas temáticas con otras, y teniendo como foco común no sólo la reflexión ante la crisis ecológica, sus causas y posibles soluciones, sino, sobre todo, el sentido radicalmente humanista y comprometido en la defensa de los pobres, de los marginados, de los desfavorecidos, que como bien se resalta en el texto, al referirse a la hermana nuestra madre tierra “ Hemos crecido pensando que éramos sus propietarios y dominadores, autorizados a explotarla. La violencia que hay en el corazón humano... también se manifiesta en los sistemas de enfermedad que advertimos en el suelo, en el agua, en el agua, en el aire y en los seres vivientes. Por eso entre los pobres más abandonados y maltratados, está nuestra oprimida y devastada tierra que <<gime y sufre dolores de parto>>”<sup>2</sup>.

Asumiendo y profundizando en la doctrina social de la Iglesia<sup>3</sup>, sobre la preservación de la naturaleza, y en los textos de sus predecesores en el Papado, Francisco de manera valiente y comprometida reconoce que “son inseparables la preocupación por la naturaleza, la justicia con los pobres, el compromiso con la sociedad y la paz interior”<sup>4</sup>. Asumiendo lo señalado por la conferencia episcopal neozelandesa nos recuerda, “qué significa el mandamiento <<no matarás>> cuando <<un veinte por ciento de la población mundial consume recursos en tal medida que roba a las naciones pobres y a las futuras generaciones los que necesitan para sobrevivir>>”<sup>5</sup>

A mayor abundamiento, al final de la primera parte del texto pontificio, al diseñar los temas que posteriormente abordará más profundamente, e incluso como síntesis anticipada, señala: “la íntima relación entre los pobres y la fragilidad del planeta, la convicción de que el mundo todo está conectado, la crítica al nuevo paradigma y a las formas de poder que derivan de la tecnología, la invitación a buscar otros modos de entender la economía y el progreso, el valor propio de cada criatura, el sentido humano de la ecología, la necesidad de debates sinceros y honestos, la grave responsabilidad de la política internacional y local, la cultura del descarte y la propuesta de un nuevo estilo de vida”<sup>6</sup>

Como especialmente relevante, debemos considerar también la visión del pontífice, respecto a una incorrecta interpretación histórica de la antropología cristiana que pudo fundamentar un uso arbitrario e injusto de nuestra naturaleza. Esta posición valiente, no exenta de polémica, sintetiza, de nuevo, ese compromiso con el humanismo cristiano, con la doctrina social, con la verdadera proximidad a Cristo: “Una presentación inadecuada de la antropología cristiana pudo llegar a respaldar una concepción equivocada sobre la relación del ser humano con el mundo. Se transmitió muchas veces un sueño prometeico de dominio sobre el mundo que provocó la impresión de que el cuidado de la naturaleza es cosa de débiles. En cambio, la forma correcta de interpretar el concepto del ser humano como <<señor>> del universo consiste en entenderlo como administrador responsable<sup>7</sup>... Al mismo tiempo, el pensamiento judío-cristiano desmitificó la naturaleza. Sin dejar de

<sup>2</sup> CELS. 2, p. 3.

<sup>3</sup> Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia, Pontificio Consejo “Justicia y Paz”. CAPÍTULO DÉCIMO. SALVAGUARDAR EL MEDIO AMBIENTE.  
[http://www.vicariadepastoral.org.mx/8\\_compendio\\_doctrina\\_social/cdsi\\_17.htm](http://www.vicariadepastoral.org.mx/8_compendio_doctrina_social/cdsi_17.htm)

<sup>4</sup> CELS. 10, p. 10.

<sup>5</sup> CELS. 95, p. 75.

<sup>6</sup> CELS, 16, p. 15.

<sup>7</sup> CELS. 116, p. 91.

admirarla por su esplendor y su inmensidad, ya no le atribuyó un carácter divino. De esa manera se destaca todavía más nuestro compromiso ante ella”<sup>8</sup>.

Ante esta constatación, es necesaria una nueva visión del cristianismo ante los problemas socioambientales, que se desgranar, sensible, pero contundentemente, en el Capítulo Segundo, que lleva por sugerente título: *El evangelio de la Creación*.

Así, partiendo de la radical e igual dignidad de todas las personas<sup>9</sup>, entronca con la preocupación del otro gran elemento axiológico de la existencia, la libertad. Esa libertad, considerada por algunos como bien absoluto, individual que abre la puerta a la apropiación insolidaria y egoísta de la naturaleza y sus frutos, cuando no, para otros, a una visión pacata de ultra ecologismo, de retorno aséptico a un pretendido estado de naturaleza. Ante esta tesitura, “un retorno a la naturaleza no puede ser a costa de la libertad y la responsabilidad del ser humano, que es parte del mundo con el deber de cultivar sus propias capacidades para protegerlo y desarrollar sus potencialidades”<sup>10</sup>.

Al contrario, la libertad debe ser el catalizador de una opción militante por la sostenibilidad, por la “apuesta positiva”, por un mundo mejor, frente a una loca huida hacia ninguna parte: “La libertad humana puede hacer su aporte inteligente hacia una evolución positiva, pero también puede agregar nuevos males, nuevas causas de sufrimiento y verdaderos retrocesos. Esto da lugar a la apasionante y dramática historia humana, capaz de convertirse en un despliegue de liberación, crecimiento, salvación y amor, o en un camino de decadencia y de mutua destrucción... <<debe proteger sobre todo al hombre contra la destrucción de sí mismo>>”<sup>11</sup>.

La apuesta por una vuelta a la naturaleza no es a una visión estática de ésta; es la apuesta por una integración, ya referida anteriormente, con los aspectos sociales y axiológicos, cuya no adecuado justiprecio puede causar enormes males y sufrimientos, pues “cuando se propone una visión de la naturaleza únicamente como objeto de provecho y de interés, esto también tiene serias consecuencias en la sociedad. La visión que consolida la arbitrariedad del más fuerte ha propiciado inmensas desigualdades, injusticias y violencia para la mayoría de la humanidad, porque los recursos pasan a ser del primero que llega o del que tiene más poder: el ganador se lleva todo”<sup>12</sup>.

Por tanto, el punto de partida, debe ser la incorporación de “una perspectiva social que tenga en cuenta los derechos fundamentales de los más postergados. El principio de la subordinación de la propiedad privada al destino universal de los bienes y, por tanto, el derecho universal a su uso es una <<regla de oro>> del comportamiento social y el <<primer principio de todo el ordenamiento ético-social>>”<sup>13</sup><sup>14</sup>.

Però la fuerza de su mensaje, no se reduce a estas importantes consideraciones generales, sino que hace un apelo a cada uno de nosotros, a nuestro compromiso per-

<sup>8</sup> CELS. 78, p. 61.

<sup>9</sup> “La inmensa dignidad de cada persona humana, que <no es solamente algo, sino alguien. Es capaz de conocerse, de poseerse y de darse libremente y entrar en comunión con otras personas>”. CELS. 65, p. 51.

<sup>10</sup> CELS. 78, p. 61.

<sup>11</sup> CELS. 79, p. 62.

<sup>12</sup> CELS. 82, p. 64.

<sup>13</sup> CELS. 93, p. 73.

<sup>14</sup> La Encíclica sigue en este punto las enseñanzas de San Juan Pablo II, quien en su Carta Encíclica *Centesimus annus*, establece enfáticamente que “Dios ha dado la tierra a todo el género humano para que ella sustente a todos sus habitantes, *sin excluir a nadie ni privilegiar a ninguno*”. Vid. Carta Enc. *Centesimus annus* (1 de mayo de 1991), 31: AAS 83 (1991), 831. La negrita es nuestra.

sonal, a valorar lo que tenemos, sin alardear de ello, sin falsas apariencias, para ser conscientes, sensiblemente conscientes, que *“algunos se arrastran en una degradante miseria, sin posibilidades reales de superación, mientras otros ni siquiera saben qué hacer con lo que poseen, ostentan vanidosamente una superioridad y dejan tras de sí un nivel de desperdicio que sería imposible generalizar sin destrozar el planeta. Seguimos admitiendo en la práctica que unos se sientan más humanos que otros, como si hubieran nacido con mayores derechos”*<sup>15</sup>.

## 2. CRISIS ECOLÓGICA, TECNOCRACIA Y RELATIVISMO

Nos encontramos ante nuevos modelos sociales, nuevas formas de relacionarnos que determinan la forma en que percibimos e interactuamos con el planeta y con nuestros semejantes.

Ahora bien, no todos los avances tecnológicos suponen un avance en la titularidad y el ejercicio de los derechos, en la solidaridad, en la consecución de un mundo mejor.

Como señaló premonitoriamente Pérez Luño, el progreso tecnológico no puede considerarse de manera ideal, pues junto a innegables progresos y mejoras, ha puesto en evidencia fenómenos de agresión a los derechos y libertades de los ciudadanos<sup>16</sup>. Pues, como continúa señalando el profesor de la Hispalense, *“en las sociedades informatizadas del presente el poder no reside ya en el ejercicio de la fuerza física, sino en el uso de informaciones que permiten influir y controlar las actividades de los ciudadanos. De ahí que las posibilidades de intercambio en los procesos sociales, económicos y políticos se determinen realmente por el acceso a la información. La información deviene poder y ese poder se hace decisivo cuando transforma informaciones parciales y dispersas en informaciones en masa y organizadas”*<sup>17</sup>.

Poder, que como señala el Santo Padre, *“dan a quienes tienen el conocimiento, y sobre todo el poder económico para utilizarlo, un dominio impresionante sobre el conjunto de la humanidad y del mundo entero. Nunca la humanidad tuvo tanto poder sobre sí misma y nada garantiza que vaya a utilizarlo bien, sobre todo si se considera el modo como lo está haciendo”*<sup>18</sup>. Así, siguiendo a Guardini<sup>19</sup>, la Encíclica señala nítidamente como *“se tiende a creer que <<todo incremento del poder constituye sin más un progreso, un aumento de seguridad, de utilidad, de bienestar, de energía vital, de plenitud de los valores>><sup>20</sup>...el hecho es que <<el*

<sup>15</sup> CELS. 90, p. 71.

<sup>16</sup> PEREZ LUÑO, A.E., “La contaminación de las libertades en la sociedad informatizada y las funciones del Defensor del Pueblo”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 4, 1986-87, p. 259. SANCHEZ BRAVO, A., *Internet y la sociedad europea de la información: implicaciones para los ciudadanos*, Universidad de Sevilla, Servicio de Publicaciones, 2001; y BELLOSO MARTÍN, N., “Reflexiones sobre la conveniencia de una nueva declaración universal de derechos humanos y de una declaración de derechos humanos en la Red”, en la obra colectiva *O impacto das novas tecnologias nos direitosfundamentais/ organizadores Narciso Leandro Xavier Baez ... [et al.]*, pp. 13-40, Editora Unoesc, Joaçaba- SC, 2015.

<sup>17</sup> PEREZ LUÑO, A.E., “Nuevos derechos fundamentales de la era tecnológica: la libertad informática”, en *Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos*, núm. 2, 1989-90, p. 172; y *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 7ª edic., Tecnos, Madrid, p. 347. SANCHEZ BRAVO, A., “Control tecnológico en el ciberespacio: de redes y espías”, en la obra colectiva *O impacto das novas tecnologias nos direitosfundamentais/ organizadores Narciso Leandro Xavier Baez ... [et al.]*, pp. 41-70, Editora Unoesc, Joaçaba- SC, 2015.

<sup>18</sup> CELS. 104, p. 81.

<sup>19</sup> GUARDINI, R., *Obras Selectas. Tomo I -Europa: tarea y realidad - El ocaso de la Edad Moderna - El poder - La obra de arte*, Ediciones Cristiandad, Madrid, 1981.

<sup>20</sup> CELS.104, p.81.

*hombre moderno no está preparado para utilizar el poder con acierto>>, porque el inmenso crecimiento tecnológico no estuvo acompañado de un desarrollo del ser humano en responsabilidad, valores, conciencia. Cada época tiende a desarrollar una escasa autoconciencia de sus propios límites”<sup>21</sup>.*

La preocupación se centra por tanto, en la doble manifestación de una visión tecnocrática unidimensional, homogeneizante y acrítica que asume la tecnología como un elemento indispensable para el crecimiento, que hay que asumir asépticamente; y un sistema económico basado sólo en el rédito inmediato, en el uso sin límites, en el derroche, que tiene en la tecnología el nuevo *golem* que garantizará su éxito en los mercados. La postura papal es ciertamente contundente en la contemplación de estas realidades y su conexión con el deterioro ambiental: *“la intervención humana en la naturaleza siempre ha acontecido, pero durante mucho tiempo tuvo la característica de acompañar, de plegarse a las posibilidades que ofrecen las cosas mismas. Se trataba de recibir lo que la realidad natural de suyo permite, como tendiendo la mano. En cambio ahora lo que interesa es extraer todo lo posible de las cosas por la imposición de la mano humana, que tiende a ignorar u olvidar la realidad misma de lo que tiene delante”<sup>22</sup>.*

Esta actitud conlleva que se piensa que será fácil, y adecuado, un crecimiento infinito. Pero como se señala en el texto, *“supone la mentira de la disponibilidad infinita de los bienes del planeta, que lleva a estrujarlo hasta el límite y más allá del límite”<sup>23</sup>*

Se olvida que la tecnología no es neutra, que condiciona y determina, de manera sibilina en numerosas ocasiones, nuestra vida y relaciones, al servicio de grupos de poder, que controlan las relaciones sociales, propiciando que *“la capacidad de decisión, la libertad más genuina y el espacio para la creatividad alternativa de los individuos se ven reducidos”<sup>24</sup>.*

Son justamente las lógicas de dominio tecnocrático las que llevan a destruir la naturaleza y a explotar a las personas y las poblaciones más débiles. *“El paradigma tecnocrático también tiende a ejercer su dominio sobre la economía y la política”<sup>25</sup>, impidiendo reconocer que “el mercado por sí mismo no garantiza el desarrollo humano integral y la inclusión social”<sup>26</sup>.*

---

<sup>21</sup> CELS. 105, p. 82.

<sup>22</sup> CELS. 106, p. 83.

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> CELS. 108, p. 85.

<sup>25</sup> CELS. 109, p. 85.

<sup>26</sup> *Ibid.* *“El paradigma tecnocrático también tiende a ejercer su dominio sobre la economía y la política. La economía asume todo desarrollo tecnológico en función del rédito, sin prestar atención a eventuales consecuencias negativas para el ser humano. Las finanzas ahogan a la economía real. No se aprendieron las lecciones de la crisis financiera mundial y con mucha lentitud se aprenden las lecciones del deterioro ambiental. En algunos círculos se sostiene que la economía actual y la tecnología resolverán todos los problemas ambientales, del mismo modo que se afirma, con lenguajes no académicos, que los problemas del hambre y la miseria en el mundo simplemente se resolverán con el crecimiento del mercado. No es una cuestión de teorías económicas, que quizás nadie se atreva hoy a defender, sino de su instalación en el desarrollo fáctico de la economía. Quienes no lo afirman con palabras lo sostienen con los hechos, cuando no parece preocuparles una justa dimensión de la producción, una mejor distribución de la riqueza, un cuidado responsable del ambiente o los derechos de las generaciones futuras. Con sus comportamientos expresan que el objetivo de maximizar los beneficios es suficiente. Pero el mercado por sí mismo no garantiza el desarrollo humano integral y la inclusión social. Mientras tanto, tenemos un «superdesarrollo derrochador y consumista, que contrasta de modo inaceptable con situaciones persistentes de miseria deshumanizadora», y no se elaboran con suficiente celeridad instituciones económicas y cauces sociales que permitan a los más pobres acceder de manera regular a los recursos básicos. No se termina de advertir cuáles son las raíces más profundas de los actuales desajustes, que tienen que ver con la orientación, los fines, el sentido y el contexto social del crecimiento tecnológico y económico”.*

Los saberes especializados de la tecnología parcelan el conocimiento, impidiéndonos valorizar el conjunto, *“las relaciones entre las cosas”*<sup>27</sup>. Por ello es imprescindible que el conocimiento sea integrador, que recoja lo que otras áreas del conocimiento han generado, sin olvidar la filosofía y la ética social. Sólo de esta manera podrá generarse una nueva cultura ecológica que constituya una *“una mirada distinta, un pensamiento, una política, un programa educativo, un estilo de vida y una espiritualidad que conformen una resistencia ante el avance del paradigma tecnocrático”*<sup>28</sup>. Es por ello la apuesta de pontífice, clara e inequívoca, por la *“urgencia de avanzar en una valiente revolución cultural. La ciencia y la tecnología no son neutrales, sino que pueden implicar desde el comienzo hasta el final de un proceso diversas intenciones o posibilidades, y pueden configurarse de distintas maneras. Nadie pretende volver a la época de las cavernas, pero sí es indispensable aminorar la marcha para mirar la realidad de otra manera, recoger los avances positivos y sostenibles, y a la vez recuperar los valores y los grandes fines arrasados por un desenfreno megalómano”*<sup>29</sup>.

En la raíz de todo ello puede diagnosticarse en la época moderna un exceso de antropocentrismo: el ser humano ya no reconoce su posición justa respecto al mundo, y asume una postura autorreferencial, centrada exclusivamente en sí mismo y su poder.

Esto conduce, en palabras del Santo Padre, a una *“esquizofrenia, que va de la exaltación tecnocrática que no reconoce a los demás seres un valor propio, hasta la reacción de negar todo valor peculiar al ser humano. Pero no se puede prescindir de la humanidad. No habrá una nueva relación con la naturaleza sin un nuevo ser humano. No hay ecología sin una adecuada antropología”*<sup>30</sup>

El ser humano ya no reconoce su posición justa respecto al mundo, y asume una postura autorreferencial, centrada exclusivamente en sí mismo y su poder. De ello deriva una lógica *“usa y tira”* que justifica todo tipo de descarte, sea éste humano o ambiental, que trata al otro y a la naturaleza como un simple objeto y conduce a una infinidad de formas de dominio. Es la lógica que conduce a la explotación infantil, el abandono de los ancianos, a reducir a otros a la esclavitud, a sobrevalorar las capacidades del mercado para autorregularse, a practicar la trata de seres humanos, el comercio de pieles de animales en vías de extinción, y de *“diamantes ensangrentados”*. Es la misma lógica de muchas mafias, de los traficantes de órganos, del narcotráfico y del descarte de niños que no responde al deseo de sus padres<sup>31</sup>.

Ahora bien el antropocentrismo desaforado, no nos debe hacer caer, en un *“biocentrismo”*, pues sólo conseguiríamos, a modo de péndulo, generar nuevos problemas. Es necesario reflexionar sobre la idea de que, *“si la crisis ecológica es una eclosión o una manifestación externa de la crisis ética, cultural y espiritual de la modernidad, no podemos pretender sanar nuestra relación con la naturaleza y el ambiente sin sanar todas las relaciones básicas del ser humano”*<sup>32</sup>.

---

<sup>27</sup> CELS. 110, p. 87.

<sup>28</sup> CELS. 111, p. 88.

<sup>29</sup> CELS. 114, p. 90.

<sup>30</sup> CELS. 118, p. 92.

<sup>31</sup> CELS. 123, pp. 95-96.

<sup>32</sup> CELS. 119, p. 93

Se advierte en el texto una gran preocupación ante el hecho de que junto al poder tecnocrático y la hedonización del poder sin límites, los seres humanos están subyugados por un relativismo que les hace percibir como relevantes sólo aquellos intereses que pueden satisfacerse de manera inmediata.<sup>33</sup>

Desde esta perspectiva, la Encíclica afronta dos problemas cruciales para el mundo de hoy. En primer lugar, el trabajo: *“En cualquier planteo sobre una ecología integral, que no excluya al ser humano, es indispensable incorporar el valor del trabajo”*<sup>34</sup>, pues *“Dejar de invertir en las personas para obtener un mayor rédito inmediato es muy mal negocio para la sociedad”*<sup>35</sup>.

En segundo lugar, los límites del progreso científico, con clara referencia a los Objetivos Generales del Milenio, que son *“una cuestión ambiental de carácter complejo”*. Si bien *“en algunas regiones su utilización ha provocado un crecimiento económico que ayudó a resolver problemas, hay dificultades importantes que no deben ser relativizadas”*, por ejemplo *“una concentración de tierras productivas en manos de pocos”*. El Papa Francisco piensa en particular en los pequeños productores y en los trabajadores del campo, en la biodiversidad, en la red de ecosistemas, en los cultivos transgénicos<sup>36</sup>. Es por ello necesario asegurar *“una discusión científica y social que sea responsable y amplia, capaz de considerar toda la información disponible y de llamar a las cosas por su nombre»*, a partir de *«líneas de investigación libre e interdisciplinaria”*<sup>3738</sup>

### 3. CRISIS ECOLÓGICA

Como señala la Encíclica, *“si la crisis ecológica es una eclosión o una manifestación externa de la crisis ética, cultural y espiritual de la modernidad, no podemos pretender sanar nuestra relación con la naturaleza y el ambiente sin sanar todas las relaciones básicas del ser humano”*<sup>39</sup>.

Vivimos en un mundo acelerado, con una intensidad de ritmos de vida, trabajo y relaciones, que está propiciando el deterioro del mundo y de nuestra calidad de vida, al menos para gran parte de la humanidad.

<sup>33</sup> *“La cultura del relativismo es la misma patología que empuja a una persona a aprovecharse de otra y a tratarla como mero objeto, obligándola a trabajos forzados, o convirtiéndola en esclava a causa de una deuda... Es también la lógica interna de quien dice: « Dejemos que las fuerzas invisibles del mercado regulen la economía, porque sus impactos sobre la sociedad y sobre la naturaleza son daños inevitables »”* CELS. 123, p. 95.

<sup>34</sup> CELS. 124, pp. 96-97.

<sup>35</sup> CELS. 128, p. 100.

<sup>36</sup> *“Si bien no hay comprobación contundente acerca del daño que podrían causar los cereales transgénicos a los seres humanos, y en algunas regiones su utilización ha provocado un crecimiento económico que ayudó a resolver problemas, hay dificultades importantes que no deben ser relativizadas. En muchos lugares, tras la introducción de estos cultivos, se constata una concentración de tierras productivas en manos de pocos debido a « la progresiva desaparición de pequeños productores que, como consecuencia de la pérdida de las tierras explotadas, se han visto obligados a retirarse de la producción directa». Los más frágiles se convierten en trabajadores precarios, y muchos empleados rurales terminan migrando a miserables asentamientos de las ciudades. La expansión de la frontera de estos cultivos arrasa con el complejo entramado de los ecosistemas, disminuye la diversidad productiva y afecta el presente y el futuro de las economías regionales. En varios países se advierte una tendencia al desarrollo de oligopolios en la producción de granos y de otros productos necesarios para su cultivo, y la dependencia se agrava si se piensa en la producción de granos estériles que terminaría obligando a los campesinos a comprarlos a las empresas productoras”*. CELS. 134, pp. 104-105.

<sup>37</sup> CELS, 132-136, pp.103-106.

<sup>38</sup> <http://www.conferenciaepiscopal.es/index.php/materiales-de-interes/resumenes-de-documentos/4389-resumen-de-la-enciclica-laudato-si.html>

<sup>39</sup> CELS. 119, p. 93.

Debemos asumir los descubrimientos científicos más recientes en materia ambiental como manera de escuchar el clamor de la creación, para “convertir en sufrimiento personal lo que le pasa al mundo, y así reconocer cuál es la contribución que cada uno puede aportar”<sup>40</sup>. Se acometen así “varios aspectos de la actual crisis ecológica”:

-Contaminación, basura y cultura del descarte: asumiendo de nuevo la crítica al sistema económico, se reitera como la tecnología, ligada a un sistema financiero injusto, hace que, la contaminación sea un problema grave, producto de nuestros sistemas productivos, que no es convenientemente considerado. Así, “la tierra, nuestra casa, parece convertirse cada vez más en un inmenso depósito de porquería”<sup>41</sup>.

La etiología de este fenómeno, debe buscarse en la cultura de descarte, que afecta tanto a las personas excluidas, como a las cosas que se sustituyen muy rápido por otras, deviniendo basura, pues, “el sistema industrial, al final del ciclo de producción y de consumo, no ha desarrollado la capacidad de absorber y reutilizar residuos y desechos. Todavía no se ha logrado adoptar un modelo circular de producción que asegure recursos para todos y para las generaciones futuras, y que supone limitar al máximo el uso de los recursos no renovables, moderar el consumo, maximizar la eficiencia del aprovechamiento, reutilizar y reciclar”<sup>42</sup>.

-Cambio climático: El clima es un bien común, de todos y para todos. No obstante, “el cambio climático es un problema global con graves dimensiones ambientales, sociales, económicas, distributivas y políticas, y plantea uno de los principales desafíos actuales para la humanidad”<sup>43</sup>.

Pero los efectos del cambio climático, manifiesta de manera contundente el texto, se ceban especialmente con los más pobres, que pierden sus medios de subsistencia, con lo que carecen de acceso a otros recursos sociales y de protección. Además no se le reconoce el status de refugiados, quedando al albur de los impactos, sin ninguna posibilidad de escapar o aminorar sus efectos<sup>44</sup>, pues muchos de los que “tienen más recursos y poder económico o político parecen concentrarse sobre todo en enmascarar los problemas o en ocultar los síntomas”<sup>45</sup>.

Pero no debemos olvidar que “la falta de reacciones ante estos dramas de nuestros hermanos y hermanas es un signo de la pérdida de aquel sentido de responsabilidad por nuestros semejantes sobre el cual se funda toda sociedad civil”<sup>46</sup>.

-Agua: El Papa afirma sin ambages que “el acceso al agua potable y segura es un derecho humano básico, fundamental y universal, porque determina la sobrevivencia

---

<sup>40</sup> CELS. 19, p. 18.

<sup>41</sup> CELS, 21, p. 19.

<sup>42</sup> CELS. 22, p. 20.

<sup>43</sup> CELS. 25, p. 22.

<sup>44</sup> “Muchos pobres viven en lugares particularmente afectados por fenómenos relacionados con el calentamiento, y sus medios de subsistencia dependen fuertemente de las reservas naturales y de los servicios ecosistémicos, como la agricultura, la pesca y los recursos forestales. No tienen otras actividades financieras y otros recursos que les permitan adaptarse a los impactos climáticos o hacer frente a situaciones catastróficas, y poseen poco acceso a servicios sociales y a protección....Es trágico el aumento de los migrantes huyendo de la miseria empeorada por la degradación ambiental, que no son reconocidos como refugiados en las convenciones internacionales y llevan el peso de sus vidas abandonadas sin protección normativa alguna”. CELS. 25, p. 23. Vid. SANCHEZ BRAVO, A. y LERENA MISAILIDIS, M. (Organizadores), *Os Direitos Fundamentais Dos Refugiados (Deslocados) Ambientais e da Exclusao Socio-Economica.*, Sao Paulo-Sp; Brasil, Verbatim, 2012.

<sup>45</sup> CELS. 26, p. 24.

<sup>46</sup> CELS. 25, p. 23.

de las personas, y por lo tanto es condición para el ejercicio de los demás derechos humanos<sup>47</sup>. Reiterando su compromiso con los más pobres, el texto reitera la deuda con los más desfavorecidos, que no tienen acceso al agua potable, o cuando tienen acceso, el agua es de calidad ínfima, lo que supone “negarles el derecho a la vida radicado en su dignidad inalienable<sup>49</sup>”.

La preocupación también se manifiesta en dos problemas relevantes: en primer lugar, “una mayor escasez de agua provocará el aumento del costo de los alimentos y de distintos productos que dependen de su uso”; en segundo lugar, “los impactos ambientales podrían afectar a miles de millones de personas, pero es previsible que el control del agua por parte de grandes empresas mundiales se convierta en una de las principales fuentes de conflictos de este siglo<sup>50</sup>”.

-Pérdida de Biodiversidad: la forma de entender la economía y las actividades comerciales y consumo está generando la depredación de nuestra diversidad, plantas y animales, que pueden constituir recursos muy valiosos para nuestra alimentación, así como para nuestra salud, dada la importancia de los servicios ecosistémicos que proporcionan. Es por ello, la opción por no considerarlos sólo como “recursos”, sino como elementos indispensables de la necesaria interrelación entre los elementos de la naturaleza.

Infelizmente, “cada año desaparecen miles de especies vegetales y animales que ya no podremos conocer, que nuestros hijos ya no podrán ver, perdidas para siempre. La inmensa mayoría se extinguen por razones que tienen que ver con alguna acción humana. Por nuestra causa, miles de especies ya no darán gloria a Dios con su existencia ni podrán comunicarnos su propio mensaje. No tenemos derecho<sup>51</sup>”.

La consideración de la biodiversidad, con especial énfasis en las selvas, la flora y los océanos y mares tropicales, requiere de una “mirada que vaya más allá de lo inmediato, porque cuando se busca un rédito económico rápido y fácil, a nadie le interesa realmente su preservación<sup>52</sup>”.

-Deterioro de la calidad de vida humana y degradación social: la radical consideración de las personas como seres biológicos, garantizando su derecho a vivir y ser feliz, determina que debemos considerar los efectos de la degradación ambiental, de nuestro modelo económico y de consumo en la vida de las personas.

Así las ciudades de han convertido en lugares inhabitables sin contacto físico con la naturaleza, engullendo los espacios rurales que, privatizados para una élite, se convierten en guetos, infranqueables para los excluidos<sup>53</sup>.

---

<sup>47</sup> CELS. 30, p. 26.

<sup>48</sup> Vid. SANCHEZ BRAVO, A. (Editor), *Agua: un Recurso Escaso*, Arcibel, Sevilla, 2006; *Agua & Derechos Humanos*, Arcibel, Sevilla, 2012; y SANCHEZ BRAVO, A. y CORDEIRO LOPES, A. (Editores), *Agua: Estudios & Experiencias*, Arcibel, Sevilla, 2011.

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> CELS. 31, p. 27.

<sup>51</sup> CELS. 33, p. 28.

<sup>52</sup> CELS. 36, p. 30

<sup>53</sup> “Hoy advertimos, por ejemplo, el crecimiento desmedido y desordenado de muchas ciudades que se han hecho insalubres para vivir, debido no solamente a la contaminación originada por las emisiones tóxicas, sino también al caos urbano, a los problemas del transporte y a la contaminación visual y acústica. Muchas ciudades son grandes estructuras ineficientes que gastan energía y agua en exceso. Hay barrios que, aunque hayan sido construidos recientemente, están congestionados y desordenados, sin espacios verdes suficientes. No es propio de

Además, el crecimiento no ha supuesto automáticamente una mejora de localidad de vida ni de las relaciones sociales, dominadas por los medios digitales, que suele generar “un nuevo tipo de emociones artificiales, que tienen que ver más con dispositivos y pantallas que con las personas y la naturaleza. Los medios actuales permiten que nos comuniquemos y que compartamos conocimientos y afectos. Sin embargo, a veces también nos impiden tomar contacto directo con la angustia, con el temblor, con la alegría del otro y con la complejidad de su experiencia personal. Por eso no debería llamar la atención que, junto con la abrumadora oferta de estos productos, se desarrolle una profunda y melancólica insatisfacción en las relaciones interpersonales, o un dañino aislamiento”<sup>54</sup>.

-Inequidad Planetaria: la degradación ambiental no puede ser valorada de forma adecuada sin considerar las causas que determinan la degradación humana y social. Y sobre todo en el impacto sobre los más desfavorecidos (que no tienen espacio suficiente en las agendas del mundo), que llega hasta la muerte. Por ello, el Papa Francisco, alerta que “no suele haber conciencia clara de los problemas que afectan particularmente a los excluidos. Ellos son la mayor parte del planeta, miles de millones de personas”<sup>55</sup>.

Por ello, que es imprescindible conectar una conciencia ecológica con un planteamiento social, para integrar la justicia en los debates ambientales, para “escuchar tanto el clamor de la tierra como el clamor de los pobres”.

A nivel internacional, existe una verdadera deuda ecológica, especialmente entre el Norte y el Sur, que conforme valiente y contundentemente expone el Papa, es el resultado de la depredación histórica de los recursos naturales por parte de algunos países hegemónicos<sup>56</sup>, apoyados por intereses de multinacionales que no se preocupan con los impactos de sus actividades<sup>57</sup>, y sostenidos por un sistema económico que no tiene en cuenta la deuda ecológica. Por ello, la apuesta clara por “fortalecer la con-

---

*habitantes de este planeta vivir cada vez más inundados de cemento, asfalto, vidrio y metales, privados del contacto físico con la naturaleza.*

45. *En algunos lugares, rurales y urbanos, la privatización de los espacios ha hecho que el acceso de los ciudadanos a zonas de particular belleza se vuelva difícil. En otros, se crean urbanizaciones « ecológicas » sólo al servicio de unos pocos, donde se procura evitar que otros entren a molestar una tranquilidad artificial. Suele encontrarse una ciudad bella y llena de espacios verdes bien cuidados en algunas áreas « seguras », pero no tanto en zonas menos visibles, donde viven los descartables de la sociedad* CELS. 44-45, p. 35.

<sup>54</sup> CELS. 47, p. 37.

<sup>55</sup> CELS. 49, p. 38.

<sup>56</sup> *“La inequidad no afecta sólo a individuos, sino a países enteros, y obliga a pensar en una ética de las relaciones internacionales. Porque hay una verdadera « deuda ecológica », particularmente entre el Norte y el Sur, relacionada con desequilibrios comerciales con consecuencias en el ámbito ecológico, así como con el uso desproporcionado de los recursos naturales llevado a cabo históricamente por algunos países. Las exportaciones de algunas materias primas para satisfacer los mercados en el Norte industrializado han producido daños locales, como la contaminación con mercurio en la minería del oro o con dióxido de azufre en la del cobre. Especialmente hay que computar el uso del espacio ambiental de todo el planeta para depositar residuos gaseosos que se han ido acumulando durante dos siglos y han generado una situación que ahora afecta a todos los países del mundo”*. CELS. 51, pp. 40-41.

<sup>57</sup> *“A esto se agregan los daños causados por la exportación hacia los países en desarrollo de residuos sólidos y líquidos tóxicos, y por la actividad contaminante de empresas que hacen en los países menos desarrollados lo que no pueden hacer en los países que les aportan capital: « Constatamos que con frecuencia las empresas que obran así son multinacionales, que hacen aquí lo que no se les permite en países desarrollados o del llamado primer mundo. Generalmente, al cesar sus actividades y al retirarse, dejan grandes pasivos humanos y ambientales, como la desocupación, pueblos sin vida, agotamiento de algunas reservas naturales, deforestación, empobrecimiento de la agricultura y ganadería local, cráteres, cerros triturados, ríos contaminados y algunas pocas obras sociales que ya no se pueden sostener »”* *Ibid.*

ciencia de que somos una sola familia humana...y por eso mismo tampoco hay espacio para la globalización de la indiferencia”<sup>58</sup>.

Conociendo las profundas divergencias que existen respecto a estas problemáticas, el Papa Francisco se muestra profundamente impresionado por la “debilidad de las reacciones” frente a los dramas de tantas personas y poblaciones: “Estas situaciones provocan el gemido de la hermana tierra, que se une al gemido de los abandonados del mundo, con un clamor que nos reclama otro rumbo”<sup>59</sup>.

Señala “un cierto adormecimiento y una alegre irresponsabilidad” producto de una ecología superficial o aparente<sup>60</sup>. Faltan una cultura adecuada<sup>61</sup>, se mantiene la justificación de injusto sistema mundial<sup>62</sup>, a la vez que urge “crear un sistema normativo que incluya límites infranqueables y asegure la protección de los ecosistemas, antes que las nuevas formas de poder derivadas del paradigma tecnoeconómico terminen arrasando no sólo con la política sino también con la libertad y la justicia”<sup>63</sup>.

#### 4. ECOLOGÍA INTEGRAL

El punto de partida para el establecimiento de una correcta ecología, ambiental, económica y social, debe partir de la consideración del medio ambiente, reiterado en el texto, como una relación entre la naturaleza y la sociedad que la habita.

El núcleo de la propuesta de la Encíclica<sup>64</sup> es una ecología integral como nuevo paradigma de justicia, una ecología que “incorpore el lugar peculiar del ser humano en este mundo y sus relaciones con la realidad que lo rodea”<sup>65</sup>. De hecho no podemos “entender la naturaleza como algo separado de nosotros o como un mero marco de nuestra vida”<sup>66</sup>. Así pues, “el análisis de los problemas ambientales es inseparable del análisis de los contextos humanos, familiares, laborales, urbanos, y de la relación de cada persona consigo misma”<sup>67</sup>, porque “no hay dos crisis separadas, una ambiental y la otra social, sino una única y compleja

<sup>58</sup> “La deuda externa de los países pobres se ha convertido en un instrumento de control, pero no ocurre lo mismo con la deuda ecológica. De diversas maneras, los pueblos en vías de desarrollo, donde se encuentran las más importantes reservas de la biosfera, siguen alimentando el desarrollo de los países más ricos a costa de su presente y de su futuro. La tierra de los pobres del Sur es rica y poco contaminada, pero el acceso a la propiedad de los bienes y recursos para satisfacer sus necesidades vitales les está vedado por un sistema de relaciones comerciales y de propiedad estructuralmente perverso...Las regiones y los países más pobres tienen menos posibilidades de adoptar nuevos modelos en orden a reducir el impacto ambiental, porque no tienen la capacitación para desarrollar los procesos necesarios y no pueden cubrir los costos” CELS. 52, p. 42.

<sup>59</sup> CELS. 53, p. 43.

<sup>60</sup> CELS. 59, p. 47.

<sup>61</sup> “El problema es que no disponemos todavía de la cultura necesaria para enfrentar esta crisis y hace falta construir liderazgos que marquen caminos, buscando atender las necesidades de las generaciones actuales incluyendo a todos, sin perjudicar a las generaciones futuras”. CELS. 53, p. 43.

<sup>62</sup> “Mientras tanto, los poderes económicos continúan justificando el actual sistema mundial, donde priman una especulación y una búsqueda de la renta financiera que tienden a ignorar todo contexto y los efectos sobre la dignidad humana y el medio ambiente...Por eso, hoy « cualquier cosa que sea frágil, como el medio ambiente, queda indefensa ante los intereses del mercado divinizado, convertidos en regla absoluta »...Es previsible que, ante el agotamiento de algunos recursos, se vaya creando un escenario favorable para nuevas guerras, disfrazadas detrás de nobles reivindicaciones. La guerra siempre produce daños graves al medio ambiente y a la riqueza cultural de las poblaciones, y los riesgos se agigantan cuando se piensa en las armas nucleares y en las armas biológicas”. CELS.56-57, p. 45.

<sup>63</sup> CELS. 53, p. 43.

<sup>64</sup> <http://www.conferenciaepiscopal.es/index.php/materiales-de-interes/resumenes-de-documentos/4389-resumen-de-la-enciclica-laudato-si.html>

<sup>65</sup> CELS. 15, p. 16.

<sup>66</sup> CELS. 139, p. 108.

<sup>67</sup> CELS 141, p. 110.

crisis socio-ambiental. Las líneas para la solución requieren una aproximación integral para combatir la pobreza, para devolver la dignidad a los excluidos y simultáneamente para cuidar la naturaleza”<sup>68</sup>.

Esto vale para todo lo que vivimos en distintos campos: en la economía y en la política, en las distintas culturas, en especial las más amenazadas, e incluso en todo momento de nuestra vida cotidiana.

La perspectiva integral incorpora también una ecología de las instituciones. «Si todo está relacionado, también la salud de las instituciones de una sociedad tiene consecuencias en el ambiente y en la calidad de vida humana: “Cualquier menoscabo de la solidaridad y del civismo produce daños ambientales”<sup>69</sup>.

Especial atención debe prestarse, conforme reflexiona el pontífice, a la ecología cultural. La economía global tiende a homogeneizar la visión consumista de los seres humanos, y consecuentemente, las culturas, debilitando el multiculturalismo<sup>70</sup>. Por ello, debe incorporarse la garantía del respeto a los derechos de los pueblos<sup>71</sup>, que a través, de la degradación ambiental, sufren también la pérdida de modos de vida ancestrales<sup>72</sup>; especialmente para las poblaciones indígenas<sup>73</sup>.

Con muchos ejemplos concretos el Papa Francisco ilustra su pensamiento: hay un vínculo entre los asuntos ambientales y cuestiones sociales humanas, y ese vínculo no puede romperse. Esta ecología ambiental “es inseparable de la noción de bien común”<sup>74</sup>. El bien común entendido, siguiendo lo señalado en el Concilio Vaticano II, como “el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección”<sup>75</sup>. Y todo ello basado en el respeto de los derechos básicos e inalienables de todos los seres humanos, el mantenimiento de la paz social y el compromiso de las instituciones<sup>76</sup>

---

<sup>68</sup> CELS. 139, p. 108.

<sup>69</sup> CELS. 142, pp. 110-111.

<sup>70</sup> SANCHEZ BRAVO, A. y CERVI, J.R., (Editores), *Multiculturalismo, Tecnología y Medio Ambiente*, Punto Rojo Libros, Sevilla, 2015.

<sup>71</sup> “Hace falta incorporar la perspectiva de los derechos de los pueblos y las culturas, y así entender que el desarrollo de un grupo social supone un proceso histórico dentro de un contexto cultural y requiere del continuado protagonismo de los actores sociales locales desde su propia cultura. Ni siquiera la noción de calidad de vida puede imponerse, sino que debe entenderse dentro del mundo de símbolos y hábitos propios de cada grupo humano”. CELS. 144, p. 113.

<sup>72</sup> “Muchas formas altamente concentradas de explotación y degradación del medio ambiente no sólo pueden acabar con los recursos de subsistencia locales, sino también con capacidades sociales que han permitido un modo de vida que durante mucho tiempo ha otorgado identidad cultural y un sentido de la existencia y de la convivencia. La desaparición de una cultura puede ser tanto o más grave que la desaparición de una especie animal o vegetal. La imposición de un estilo hegemónico de vida ligado a un modo de producción puede ser tan dañina como la alteración de los ecosistemas”. *Ibid.*

<sup>73</sup> “En este sentido, es indispensable prestar especial atención a las comunidades aborígenes con sus tradiciones culturales. No son una simple minoría entre otras, sino que deben convertirse en los principales interlocutores, sobre todo a la hora de avanzar en grandes proyectos que afecten a sus espacios. Para ellos, la tierra no es un bien económico, sino don de Dios y de los antepasados que descansan en ella, un espacio sagrado con el cual necesitan interactuar para sostener su identidad y sus valores. Cuando permanecen en sus territorios, son precisamente ellos quienes mejor los cuidan. Sin embargo, en diversas partes del mundo, son objeto de presiones para que abandonen sus tierras a fin de dejarlas libres para proyectos extractivos y agropecuarios que no prestan atención a la degradación de la naturaleza y de la cultura”. CELS. 146, p. 114.

<sup>74</sup> CELS. 159, p. 122.

<sup>75</sup> CELS. 156, p. 121.

<sup>76</sup> “El bien común presupone el respeto a la persona humana en cuanto tal, con derechos básicos e inalienables ordenados a su desarrollo integral. También reclama el bienestar social y el desarrollo de los diversos grupos intermedios, aplicando el principio de la subsidiariedad. Entre ellos destaca especialmente la familia, como la célula básica de la sociedad. Finalmente, el bien común requiere la paz social, es decir, la estabilidad y seguridad de un cierto orden, que no se produce sin una atención particular a la justicia distributiva, cuya violación siempre

Pero el bien común debe comprenderse de manera concreta: en el contexto de hoy en el que *“donde hay tantas inequidades y cada vez son más las personas descartables, privadas de derechos humanos básicos”*, esforzarse por el bien común significa hacer opciones solidarias sobre la base de una *“opción preferencial por los más pobres”*<sup>77</sup>. El bien común implica tener en cuenta las generaciones futuras, pues *“no puede hablarse de desarrollo sostenible, sin una solidaridad intergeneracional”*. Lo explica gráficamente el Santo Padre, al señalar como: *“no podemos pensar sólo desde un criterio utilitarista de eficiencia y productividad para el beneficio individual. No estamos hablando de una actitud opcional, sino de una cuestión básica de justicia, ya que la tierra que recibimos pertenece también a los que vendrán”*<sup>78</sup> y enfatizando que *“se requiere advertir que lo que está en juego es nuestra propia dignidad. Somos nosotros los primeros interesados en dejar un planeta habitable para la humanidad que nos sucederá. Es un drama para nosotros mismos, porque esto pone en crisis el sentido del propio paso por esta tierra”*<sup>79</sup>.

Este es el mejor modo de dejar un mundo sostenible a las próximas generaciones, no con las palabras, sino por medio de un compromiso de atención hacia los pobres de hoy como había subrayado Benedicto XVI: *“además de la leal solidaridad intergeneracional, se ha de reiterar la urgente necesidad moral de una renovada solidaridad intrageneracional”*<sup>80</sup>.

La ecología integral implica también la vida cotidiana, a la cual la Encíclica dedica una especial atención, en particular en el ambiente urbano. El ser humano tiene una enorme capacidad de adaptación y *“es admirable la creatividad y la generosidad de personas y grupos que son capaces de revertir los límites del ambiente...aprendiendo a orientar su vida en medio del desorden y la precariedad”*<sup>81</sup>. Sin embargo, un desarrollo auténtico presupone un mejoramiento integral en la calidad de la vida humana: espacios públicos, vivienda, transportes, etc.<sup>82</sup>

También *“nuestro propio cuerpo nos sitúa en una relación directa con el ambiente y con los demás seres vivientes. La aceptación del propio cuerpo como don de Dios es necesaria para acoger y aceptar el mundo entero como regalo del Padre y casa común; mientras una lógica de dominio sobre el propio cuerpo se transforma en una lógica a veces sutil de dominio”*<sup>83</sup>

## 5. EL CAMINO A SEGUIR: ORIENTACIONES Y ELEMENTOS PARA LA ACCIÓN.

Debemos *“concebir el planeta como patria y la humanidad como pueblo que habita una casa de todos... procurar que las soluciones que se propongan desde una perspectiva global y no sólo en defensa de los intereses de algunos países. La interdependencia nos obliga a pensar en un solo mundo, en un proyecto común”*<sup>84</sup>.

---

*genera violencia. Toda la sociedad –y en ella, de manera especial el Estado– tiene la obligación de defender y promover el bien común”*. CELS. 157, p. 121

<sup>77</sup> CELS. 158, p. 122.

<sup>78</sup> CELS. 159, p. 123.

<sup>79</sup> CELS. 160, p. 124.

<sup>80</sup> BENEDICTO XVI, Mensaje para la Jornada Mundial de la Paz 2010, 8: AAS 102 (2010), 45.

<sup>81</sup> CELS. 148, p. 115

<sup>82</sup> CELS. 150-154, pp. 116-120.

<sup>83</sup> CELS. 155, p. 120.

<sup>84</sup> CELS. 164, pp. 127-128.

Este capítulo afronta la pregunta sobre qué podemos y debemos hacer<sup>85</sup>. Los análisis no bastan: se requieren propuestas “de diálogo y de acción que involucren tanto a cada uno de nosotros como a la política internacional”<sup>86</sup> y “que nos ayuden a salir de la espiral de autodestrucción en la que nos estamos sumergiendo”<sup>87</sup>. Para el Papa Francisco es imprescindible que la construcción de caminos concretos no se afronte de manera ideológica, superficial o reduccionista. Para ello es indispensable el diálogo, término presente en el título de cada sección de este capítulo: “Hay discusiones sobre cuestiones relacionadas con el ambiente, donde es difícil alcanzar consensos...la Iglesia no pretende definir las cuestiones científicas ni sustituir a la política, pero [yo] invito a un debate honesto y transparente, para que las necesidades particulares o las ideologías no afecten al bien común”<sup>88</sup>.

Sobre esta base el Papa Francisco no teme formular un juicio severo sobre las dinámicas internacionales recientes: “las Cumbres mundiales sobre el ambiente de los últimos años no respondieron a las expectativas porque, por falta de decisión política, no alcanzaron acuerdos ambientales globales realmente significativos y eficaces”<sup>89</sup>.

Cuestionándose, ya desde el inicio de la Encíclica “¿Para qué se quiere preservar hoy un poder que será recordado por su incapacidad de intervenir cuando era urgente y necesario hacerlo?”<sup>90</sup>. Son necesarios, como los Pontífices han repetido muchas veces a partir de la Encíclica *Pacem in terris*<sup>91</sup>, formas e instrumentos eficaces de gobernanza global, más responsable<sup>92</sup>: “necesitamos un acuerdo sobre los regímenes de gobernanza global para toda la gama de los llamados “bienes comunes globales”<sup>93</sup>, dado que “la protección ambiental no puede asegurarse sólo en base al cálculo financiero de costos y beneficios. El ambiente es uno de esos bienes que los mecanismos del mercado no son capaces de defender o de promover adecuadamente. Una vez más, conviene evitar una concepción mágica del mercado, que tiende a pensar que los problemas se resuelven sólo con el crecimiento de los beneficios de las empresas o de los individuos”<sup>94</sup>.

Igualmente en este capítulo, el Papa Francisco insiste sobre el desarrollo de procesos de decisión honestos y transparentes, para poder “discernir” las políticas e iniciativas empresariales que conducen a un “auténtico desarrollo integral”<sup>95</sup> (185). En particular, el estudio del impacto ambiental de un nuevo proyecto “requiere procesos políticos transparentes y sujetos al diálogo, mientras la corrupción, que esconde el

---

<sup>85</sup> <http://www.conferenciaepiscopal.es/index.php/materiales-de-interes/resumenes-de-documentos/4389-resumen-de-la-enciclica-laudato-si.html>

<sup>86</sup> CELS. 15, p. 14.

<sup>87</sup> CELS. 163, p. 127.

<sup>88</sup> CELS. 188, p. 144.

<sup>89</sup> CELS. 166, p. 129.

<sup>90</sup> CELS. 57, p. 46.

<sup>91</sup> CARTA ENCÍCLICA PACEM IN TERRIS DE SU SANTIDAD JUAN XXIII. Sobre la paz entre todos los pueblos que ha de fundarse en la verdad, la justicia, el amor y la libertad, San Pedro de Roma, Vaticano, 11 de abril de 1963.

<sup>92</sup> “Necesitamos una reacción global más responsable, que implica encarar al mismo tiempo la reducción de la contaminación y el desarrollo de los países y regiones pobres. El siglo XXI, mientras mantiene un sistema de gobernanza propio de épocas pasadas, es escenario de un debilitamiento de poder de los Estados nacionales, sobre todo porque la dimensión económico-financiera, de características transnacionales, tiende a predominar sobre la política. En este contexto, se vuelve indispensable la maduración de instituciones internacionales más fuertes y eficazmente organizadas, con autoridades designadas equitativamente por acuerdo entre los gobiernos nacionales, y dotadas de poder para sancionar.” CELS. 175, p. 134-135.

<sup>93</sup> CELS. 174, p. 134.

<sup>94</sup> CELS. 190, p. 145.

<sup>95</sup> CELS. 185, p. 142.

verdadero impacto ambiental de un proyecto a cambio de favores, suele llevar a acuerdos espurios que evitan informar y debatir ampliamente”<sup>96</sup>.

Ese diálogo debe partir de la asunción por el Estado de sus funciones esenciales<sup>97</sup>, basado en el Derecho<sup>98</sup>, con una perspectiva temporal que obvie el inmediatismo<sup>99</sup>, para implementar las mejores prácticas, entre las que se encuentra la salvaguarda del principio de precaución<sup>100</sup>. En este marco, “la grandeza política se muestra cuando, en momentos difíciles, se obra por grandes principios y pensando en el bien común a largo plazo. Al poder político le cuesta mucho asumir este deber en un proyecto de nación”<sup>101</sup>.

Llegados a este punto, la Encíclica se detiene en una reflexión capital: ante estos nuevos retos y anhelos, ¿cuál es el papel que corresponde a la política y a la economía? Asumiendo la contundencia de los poderes económicos y políticos, por encima del Derecho y del Estado, se señala explícitamente como “la política no debe someterse a la economía y ésta no debe someterse a los dictámenes y al paradigma eficientista de la tecnocracia. Hoy, pensando en el bien común, necesitamos imperiosamente que la política y la economía, en diálogo, se coloquen decididamente al servicio de la vida, especialmente de la vida humana”<sup>102</sup>.

En materia ambiental debe abandonarse la visión de la naturaleza, de la biodiversidad como mero suministrador de recursos económicos, relevantes para los mercados financieros, desconsiderando sus impactos personales, sociales y culturales.

Ahora bien, frente a la críticas<sup>103</sup> de estar contra el progreso y el desarrollo, el Santo Padre, muestra su compromiso con nuevos modelos de progreso, “necesitamos cambiar el modelo de desarrollo global”<sup>104</sup>. No bastan términos medios, ni medias palabras, y la conclusión es clara y sin lugar a dudas: “Un desarrollo tecnológico y eco-

---

<sup>96</sup> CELS. 182. p. 140.

<sup>97</sup> “Ante la posibilidad de una utilización irresponsable de las capacidades humanas, son funciones impostergables de cada Estado planificar, coordinar, vigilar y sancionar dentro de su propio territorio”. CELS. 177. p. 136.

<sup>98</sup> “Un factor que actúa como moderador ejecutivo es el derecho, que establece las reglas para las conductas admitidas a la luz del bien común. Los límites que debe imponer una sociedad sana, madura y soberana se asocian con: previsión y precaución, regulaciones adecuadas, vigilancia de la aplicación de las normas, control de la corrupción, acciones de control operativo sobre los efectos emergentes no deseados de los procesos productivos, e intervención oportuna ante riesgos inciertos o potenciales. Hay una creciente jurisprudencia orientada a disminuir los efectos contaminantes de los emprendimientos empresariales”. *Ibíd.* Ahora bien, el Derecho no es suficiente, y precisa de la sociedad civil, y del control de los ciudadanos de la actividad política. “Dado que el derecho a veces se muestra insuficiente debido a la corrupción, se requiere una decisión política presionada por la población. La sociedad, a través de organismos no gubernamentales y asociaciones intermedias, debe obligar a los gobiernos a desarrollar normativas, procedimientos y controles más rigurosos. Si los ciudadanos no controlan al poder político –nacional, regional y municipal–, tampoco es posible un control de los daños ambientales.” CELS. 179, p.138.

<sup>99</sup> “El drama del inmediatismo político, sostenido también por poblaciones consumistas, provoca la necesidad de producir crecimiento a corto plazo (CELS. 178, p. 136)...La miopía de la construcción de poder detiene la integración de la agenda ambiental con mirada amplia en la agenda pública de los gobiernos. Se olvida así que «el tiempo es superior al espacio»” CELS.178, p. 137.

<sup>100</sup> “Este principio precautorio permite la protección de los más débiles, que disponen de pocos medios para defenderse y para aportar pruebas irrefutables. Si la información objetiva lleva a prever un daño grave e irreversible, aunque no haya una comprobación indiscutible, cualquier proyecto debería detenerse o modificarse”. CELS. 186, p.143.

<sup>101</sup> *Ibíd.*

<sup>102</sup> CELS. 189, p.144.

<sup>103</sup> “Cuando se plantean estas cuestiones, algunos reaccionan acusando a los demás de pretender detener irracionalmente el progreso y el desarrollo humano. Pero tenemos que convencernos de que desacelerar un determinado ritmo de producción y de consumo puede dar lugar a otro modo de progreso y desarrollo. Los esfuerzos para un uso sostenible de los recursos naturales no son un gasto inútil, sino una inversión que podrá ofrecer otros beneficios económicos a medio plazo”. CELS. 191, p.146.

<sup>104</sup> CELS. 194, p.148.

nómico que no deja un mundo mejor y una calidad de vida integralmente superior no puede considerarse progreso”<sup>105</sup>.

Por su parte, la política debe disciplinar, abandonando los reproches mutuos acerca de la responsabilidad del deterioro ambiental y de la pobreza, la economía, para establecer una preocupación sincera por el medio ambiente, sin la cual no podremos salir de esta profunda crisis que nos ahoga, dado que “en el vigente modelo “exitista” y “privatista” no parece tener sentido invertir para que los lentos, débiles o menos dotados puedan abrirse camino en la vida”<sup>106</sup>.

## 6. ABRAZO ENTRE EDUCACIÓN Y ESPIRITUALIDAD EN LA DEFENSA AMBIENTAL.

Necesitamos de la conversión ecológica a la que nos invita el Santo Padre en el capítulo final de la Encíclica. La raíz de la crisis es permanente y profunda<sup>107</sup> y no es fácil rediseñar hábitos y comportamientos<sup>108</sup>. La educación y la formación siguen siendo desafíos básicos: “*todo cambio necesita motivaciones y un camino educativo*”.<sup>109</sup>

El punto de partida es “*apostar por otro estilo de vida*”<sup>110</sup>(203-208), que abra la posibilidad de “*ejercer una sana presión sobre quienes detentan el poder político, económico y social*” (206).

La educación ambiental ahora nos debe llevar a “*recuperar los distintos niveles del equilibrio ecológico: el interno con uno mismo, el solidario con los demás, el natural con todos los seres vivos, el espiritual con Dios*”<sup>111</sup>.

Especialmente relevante es la reflexión respecto al papel del Derecho, y su función educativa respecto al respeto al medio ambiente. Así, es necesario que los ciudadanos se sientan representados por el Derecho, y que aquéllos, la asuman personalmente como elemento de transformación. La conexión con la teoría habermasiana parece evidente<sup>112</sup>.

La conversión ecológica no puede articularse desde el individualismo, debe ser comunitaria, “*no basta que cada uno sea mejor para resolver una situación tan compleja como*

---

<sup>105</sup> *Ibíd.*

<sup>106</sup> CELS. 196, p.150.

<sup>107</sup> “*El consumismo obsesivo es el reflejo subjetivo del paradigma tecnoeconómico...Tal paradigma hace creer a todos que son libres mientras tengan una supuesta libertad para consumir, cuando quienes en realidad poseen la libertad son los que integran la minoría que detenta el poder económico y financiero*”. CELS. 203, p. 155.

<sup>108</sup> <http://www.conferenciaepiscopal.es/index.php/materiales-de-interes/resumenes-de-documentos/4389-resumen-de-la-enciclica-laudato-si.html>

<sup>109</sup> CELS. 15, p. 14.

<sup>110</sup> CELS. 203-208, pp. 155-159.

<sup>111</sup> CELS. 210, p.160.

<sup>112</sup> “*La existencia de leyes y normas no es suficiente a largo plazo para limitar los malos comportamientos, aun cuando exista un control efectivo. Para que la norma jurídica produzca efectos importantes y duraderos, es necesario que la mayor parte de los miembros de la sociedad la haya aceptado a partir de motivaciones adecuadas, y que reaccione desde una transformación personal. Sólo a partir del cultivo de sólidas virtudes es posible la donación de sí en un compromiso ecológico*”. *Ibíd.* Sobre Habermas, vid., entre su extensa obra, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (5ª ed.), Trotta, 1998; *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*, Paidós Ibérica, 2003; *Historia y Crítica de la opinión pública*, Gustavo Gili, 2004; *La lógica de las ciencias sociales* (4ª ed.), Tecnos, 2007; *Teoría y Praxis: Estudios de Filosofía Social*, Tecnos, 2008; *Ciencia y Técnica como ideología* (6ª ed.), Tecnos, 2009; *Carta al Papa. Consideraciones sobre la Fé*, Paidós Iberica, 2009; *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Cátedra, 2011; *Israel o Atenas: Ensayos sobre Religión, Teología y Racionalidad* (2ª ed.), Trotta, 2011; y, *Mundo de la Vida, Política y Religión*, Trotta, 2015.

la que afronta el mundo actual. Los individuos aislados pueden perder su capacidad y su libertad para superar la lógica de la razón instrumental y terminan a merced de un consumismo sin ética y sin sentido social y ambiental. A problemas sociales se responde con redes comunitarias, no con la mera suma de bienes individuales”<sup>113</sup>.

“Una ecología integral también está hecha de simples gestos cotidianos donde rompemos la lógica de la violencia, del aprovechamiento, del egoísmo”<sup>114</sup>. Todo ello será más sencillo si parte de una mirada contemplativa que viene de la fe. “Para el creyente, el mundo no se contempla desde afuera sino desde adentro, reconociendo los lazos con los que el Padre nos ha unido a todos los seres. Además, haciendo crecer las capacidades peculiares que Dios le ha dado, la conversión ecológica lleva al creyente a desarrollar su creatividad y su entusiasmo”<sup>115</sup>.

El Santo Padre, expone en la parte final de su Encíclica, una sabia, honesta y emocionante reflexión: “la felicidad requiere saber limitar algunas necesidades que nos atontan, quedando así disponibles para las múltiples posibilidades que ofrece la vida”<sup>116</sup>. De este modo se hace posible “sentir que nos necesitamos unos a otros, que tenemos una responsabilidad por los demás y por el mundo, que vale la pena ser buenos y honestos”<sup>117</sup>.

## 7. A MODO DE CONCLUSIÓN

Una nueva voz de la conciencia recorre el mundo: el Papa Francisco.

La Encíclica, cuyos contenidos, resumidamente, hemos intentado desglosar en nuestra exposición constituye la expresión del sentimiento personal, íntimo, pero también teológico de su autor. Es un texto valiente, comprometido, escrito en un lenguaje accesible, donde llama a cada cosa por su nombre, pero sin perder la erudición y el basamento en la doctrina social de la Iglesia.

Pero lo más emocionante es que, la defensa ambiental pivota sobre la defensa del ser humano, y de entre ellos, de los más pobres, olvidados, abandonados. Magistralmente se asume la nueva dimensión de la protección ambiental desde la dinámica correcta que no sólo está a procura de la defensa de los elementos naturales, de una manera estática, sino de la interacción con los habitantes que la comparten, la usan, la disfrutan, e infelizmente, la asaltan, la depredan, la violan... surge así el nuevo paradigma, la nueva perspectiva de la responsabilidad socioambiental. Como señala la erudita profesora colombiana Cristina Sánchez León, nos indica un “camino que no evita, sino que exige un ritmo distinto, y una actitud de mirar el paisaje desde otro lugar”<sup>118</sup>.

Por eso es admirable su delicada disección de la realidad del planeta, de los efectos casi irreversibles de algunas de nuestras conductas. Y digo nuestras, pues si se muestra especialmente crítico con Estados, empresas (sobre todo multinacionales), la política y/o la economía, también nos exhorta a una mudanza sustancial en nuestras

---

<sup>113</sup> CELS. 219, p. 166.

<sup>114</sup> CELS. 230, p. 173.

<sup>115</sup> CELS. 220, p. 166.

<sup>116</sup> CELS. 223, p. 169.

<sup>117</sup> CELS. 229, p. 172.

<sup>118</sup> SANCHEZ LEÓN, M.C., “De los caminos a las huellas: Heidegger y las letras de un romántico lugar”, en curso de publicación, cuyo original debo a la deferencia de su autora.

actitudes individuales y colectivas, cotidianas, pues nosotros somos responsables también del deterioro ambiental, de la injusticia. Estamos llamados a asumir un rol, como cristianos los que militamos en la fe de Cristo, y como seres humanos, los que profesen otra fe, o ninguna, en la defensa de nuestra tierra común, de nuestra casa, pero de manera proactiva, militante, consecuente y solidaria. Lo expone de una manera muy hermosa, al señalar: *“se puede generar una mayor responsabilidad, un fuerte sentido comunitario, una especial capacidad de cuidado y una creatividad más generosa, un entrañable amor a la propia tierra, así como se piensa en lo que se deja a los hijos y a los nietos”*.

Porque si hay un rasgo que merece también destacarse del escrito papal es su ecumenismo, y su pensar en todos como seres igualados en dignidad y derechos, que, sin embargo, sometidos a los embates del mercado y de los avatares políticos sucumben ante la injusticia, la degradación, el hambre la miseria.

Pongámonos en marcha. El santo Padre no invita y nos señala el camino para una “conversión ecológica”, para iniciar una nueva relación con la naturaleza y nuestros hermanos. Todos juntos podremos revertir la situación, y luchar por un mundo mejor. Pues al final, lo que está en juego es nuestra propia dimensión humana, nuestro reconocimiento en la naturaleza y en los otros, nuestro papel en esta maravillosa y única experiencia que es la vida.

Permítaseme terminar con el recuerdo de los cielos estrellados, límpidos, de las noches extremeñas, cuando en compañía de mi padre, y los queridos maestros, desaparecidos en lo material, pero siempre vivos en los afectos, Zacarías y Cándido, recorríamos las dehesas, en el noble oficio de la saca de corcho. Esto me ha recordado el Santo Padre, cuando señala *“Quien ha crecido entre los montes, o quien de niño se sentaba junto al arroyo a beber, o quien jugaba en una plaza de su barrio, cuando vuelve a esos lugares, se siente llamado a recuperar su propia identidad”*.

## REFERÊNCIAS

BELLOSO MARTÍN, N., “Reflexiones sobre la conveniencia de una nueva declaración universal de derechos humanos y de una declaración de derechos humanos en la Red”, en la obra colectiva **O impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais**/ organizadores Narciso Leandro Xavier Baez ... [et al.], pp. 13-40, Editora Unoesc, Joaçaba- SC, 2015.

BENEDICTO XVI, **Mensaje para la Jornada Mundial de la Paz 2010**, 8: AAS 102 (2010), 45.

CARTA ENC. CENTESIMUS ANNUS (1 de mayo de 1991), 31: AAS 83 (1991), 831

CARTA ENCÍCLICA **PACEM IN TERRIS DE SU SANTIDAD JUAN XXIII**. Sobre la paz entre todos los pueblos que ha de fundarse en la verdad, la justicia, el amor y la libertad, San Pedro de Roma, Vaticano, 11 de abril de 1963.

**Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia**, Pontificio Consejo “Justicia y Paz”. CAPÍTULO DÉCIMO. SALVAGUARDAR EL MEDIO AMBIENTE. [http://www.vicariadepastoral.org.mx/8\\_compendio\\_doctrina\\_social/cdsi\\_17.htm](http://www.vicariadepastoral.org.mx/8_compendio_doctrina_social/cdsi_17.htm)

GUARDINI, R., **Obras Selectas. Tomo I -Europa: tarea y realidad - El ocaso de la Edad Moderna - El poder - La obra de arte**, Ediciones Cristiandad, Madrid, 1981.

- HABERMAS, Jurgen. **Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso** (5ª ed.), Trotta, 1998.
- HABERMAS, Jurgen; **La ética del discurso y la cuestión de la verdad**, Paidós Ibérica, 2003.
- HABERMAS, Jurgen, **Historia y Crítica de la opinión pública**, Gustavo Gili, 2004.
- HABERMAS, Jurgen, **La lógica de las ciencias sociales** (4ª ed.).
- HABERMAS, Jurgen, Tecnos, 2007; **Teoría y Praxis: Estudios de Filosofía Social**, Tecnos, 2008.
- HABERMAS, Jurgen, **Ciencia y Técnica como ideología** (6ª ed.), Tecnos, 2009.
- HABERMAS, Jurgen, **Carta al Papa. Consideraciones sobre la Fé**, Paidós Iberica, 2009.
- HABERMAS, Jurgen, **Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos**, Cátedra, 2011.
- HABERMAS, Jurgen, **Israel o Atenas: Ensayos sobre Religión, Teología y Racionalidad** (2ª ed.), Trotta, 2011.
- HABERMAS, Jurgen, y, **Mundo de la Vida, Política y Religión**, Trotta, 2015.
- PEREZ LUÑO, A.E., "La contaminación de las libertades en la sociedad informatizada y las funciones del Defensor del Pueblo", en **Anuario de Derechos Humanos**, núm. 4, 1986-87
- PEREZ LUÑO, A.E., "Nuevos derechos fundamentales de la era tecnológica: la libertad informática", en **Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos**, núm. 2, 1989-90, p. 172; y **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**, 7ª edic., Tecnos, Madrid, p. 347.
- SANCHEZ BRAVO, A., "Control tecnológico en el ciberespacio: de redes y espías", en la obra colectiva **O impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais/ organizadores Narciso Leandro Xavier Baez ... [et al.]**, pp. 41-70, Editora Unoesc, Joaçaba- SC, 2015.
- SANCHEZ BRAVO, A. (Editor), **Agua: un Recurso Escaso**, Arcibel, Sevilla, 2006; **Agua & Derechos Humanos**, Arcibel, Sevilla, 2012; y SANCHEZ BRAVO, A. y CORDEIRO LOPES, A. (Editores), **Agua: Estudios & Experiencias**, Arcibel, Sevilla, 2011.
- SANCHEZ BRAVO, A. y CERVI, J.R., (Editores), **Multiculturalismo, Tecnología y Medio Ambiente**, Punto Rojo Libros, Sevilla, 2015.
- SANCHEZ BRAVO, A. y LERENA MISAILIDIS, M. (Organizadores), **Os Direitos Fundamentais Dos Refugiados (Deslocados) Ambientais e da Exclusao Socio-Economica.**, Sao Paulo-Sp; Brasil, Verbatim, 2012.
- SANCHEZ BRAVO, A., **Internet y la sociedad europea de la información: implicaciones para los ciudadanos**, Universidad de Sevilla, Servicio de Publicaciones, 2001;
- SANCHEZ LEÓN, M.C., "De los caminos a las huellas: Heidegger y las letras de un romántico lugar", en curso de publicación, cuyo original debo a la deferencia de su autora.
- RESUMEN-DE-LA-ENCICLICA-LAUDATO-SI. Disponível em:  
<http://www.conferenciaepiscopal.es/index.php/materiales-de-interes/resumenes-de-documentos/4389-resumen-de-la-enciclica-laudato-si.html>

• **Recebido em 27 dez. 2018.**





# LA RÉPUBLIQUE POPULAIRE ET DÉMOCRATIQUE DE CORÉE (RPDC) FACE À LA RECONFIGURATION DES RAPPORTS DE FORCES INTERNATIONAUX

*Derek Elzein*

## **Abstract**

This paper aims to reflect on the ways North Korea may take as a consequence of the international forces new configuration. In this sense, some characteristics of the country will be brought. At first, the State ideology will be studied. In the second part, the relationship between North Korea and China, Europe and the United States is analysed. At last, it is concluded that the regime is seeking to renew itself.

## **Keywords**

**North Korea. State Ideology. International Affairs. China. USA.**

## **Resumo**

Esse artigo busca refletir sobre os caminhos que a Coreia do Norte pode tomar como consequência da nova configuração de forças internacionais. Nesse sentido, algumas características do país serão trazidas. Na segunda parte, o relacionamento entre Coreia do Norte e China, Europa e Estados Unidos é analisado. Ao final, é concluído que o regime está buscando se renovar.

## **Palavras-Chave**

**Coréia do Norte. Ideologia Estatal. Relações Internacionais. China. Eua**

## 1 INTRODUCTION

Depuis fin mai 2013, alors que Tokyo souhaitait reprendre l'initiative du dialogue avec la RPDC et qu'un émissaire du dirigeant nord-coréen rencontrait un haut dirigeant chinois pour tenter d'obtenir un entretien de Kim Jong-Un avec le président Xi Jinping, la situation semble à nouveau se crispier entre la RPDC et une grande partie de la communauté internationale. Même la République Populaire de Chine, traditionnelle alliée de la RPDC, semblait avoir pris dernièrement ses distances avec la politique de sa voisine. En effet, sous la pression des États-Unis à la suite d'un sommet en Californie qui eut lieu entre les présidents Barack Obama et Xi Jinping les 7 et 8 juin 2013 et au cours duquel le sujet de la paix dans la péninsule coréenne aurait été évoqué, la Chine semblait vouloir faire pression sur la RPDC pour qu'elle se normalise au regard de ladite communauté internationale.

---

· Professeur à l'université Paris Descartes, CPSC, Paris (Paris 5). Maître de conférences. Spécialités : Sciences politiques. Responsabilités : Directeur du DU Gestion de la Sécurité-Sûreté dans l'espace ouvert au public. Principaux thèmes de recherche : Développement, Relations internationales, Monde arabe. Mestre de Conferências. Tem a Ciência Política como especialidade. Dentre as suas responsabilidades, dirige o diploma universitário em gestão da segurança nos espaços abertos ao público. Seus principais temas de pesquisa são: desenvolvimento, relações internacionais e mundo árabe.

Les tirs de fusées, réussis pour certains, les divers essais nucléaires, les nombreuses initiatives vécues comme des provocations par tous les voisins plus ou moins lointains de la RPDC et le durcissement corrélatif et désormais traditionnel des sanctions internationales<sup>1</sup>, incitent pourtant les observateurs à ne jamais user d'optimisme quant à une possible pacification, pourtant à terme nécessaire, de la péninsule coréenne.

Pire, aux yeux de nombreux observateurs, les diverses sanctions internationales paraissent demeurer inefficaces à l'encontre de la RPDC qui semble peu à peu s'émanciper politiquement et économiquement. En réalité, depuis l'arrivée de Kim Jung-Un à la tête du pays fin 2012, la Corée du Nord s'applique à démontrer au monde entier qu'elle mérite le statut de puissance à part entière, détachée, avec plus ou moins de succès, des envies et des contraintes du reste de la communauté internationale.

Pourtant, se montrant de plus en plus agressive sur la scène internationale et de plus en plus isolée, la fuite en avant semble inévitable. Ce qui est qualifié par certains observateurs de « politique du bord du gouffre » est plus que jamais le mode d'interaction choisi par la RPDC avec le reste du monde, mêlant la provocation à la négociation in extremis pour tenir en haleine les opinions publiques du reste du monde ainsi que pour donner des raisons de fierté à sa propre population. Aussi, dans la plus grande tradition des défilés militaires de l'époque soviétique, le pays a une fois de plus rendu hommage au parti unique le 10 octobre 2015 pour le 70<sup>e</sup> anniversaire du Parti des travailleurs de Corée.<sup>2</sup> Ces dernières années, le leader Kim-Jong-Un, semble avoir consolidé son pouvoir auprès de l'armée et au sein des structures dirigeantes du pays. Les épurations<sup>3</sup> et les défections<sup>4</sup> ont pourtant été nombreuses et il est légitime de se demander si leur fréquence et les personnes concernées ne démontrent pas une grande fébrilité du régime face à l'ouverture que le pays est contraint de subir. En réalité, face à la pression internationale, mais également face aux tentatives souvent réussies de développer l'économie de la RPDC, le régime fait preuve de pragmatisme et tente d'organiser sa survie, tantôt de manière brutale face aux conservateurs qui risquent de crispier les masses ayant goûté aux joies de l'ouverture sur les nombreux marchés noirs tolérés par le pouvoir, tantôt de manière plus mesurée dans la poursuite et l'expansion des relations économiques avec ses grands voisins.

---

<sup>1</sup> La résolution 2087 adoptée par le Conseil de sécurité le 22 janvier 2013 «condamne le tir auquel a procédé la République populaire démocratique de Corée, le 12 décembre 2012, en recourant à la technologie des missiles balistiques, en violation des résolutions 1718 (2006) et 1874 (2009)». La résolution 2094 adoptée par le Conseil de sécurité le 7 mars 2013 «condamne le tir auquel a procédé la République populaire démocratique de Corée, le 12 décembre 2012, en recourant à la technologie des missiles balistiques, en violation des résolutions 1718 (2006) et 1874 (2009)». <https://www.un.org/sc/suborg/fr/sanctions/1718>

<sup>2</sup> «La Corée du Nord fête le 70<sup>e</sup> anniversaire du parti unique» [http://www.lemonde.fr/asiе-pacifique/article/2015/10/10/la-coree-du-nord-fete-le-70e-anniversaire-du-parti-unique\\_4786704\\_3216.html](http://www.lemonde.fr/asiе-pacifique/article/2015/10/10/la-coree-du-nord-fete-le-70e-anniversaire-du-parti-unique_4786704_3216.html), *Le Monde*, le 12 octobre 2015

<sup>3</sup> Parmi de nombreux autres, l'exemple de Hyon Yong Chol, «Un ministre nord coréen exécuté au canon anti-aérien» <http://www.lapresse.ca/international/asiе-oceanie/201505/12/01-4869172-un-ministre-nord-coreen-execute-au-canon-anti-aerien.php>, *La presse*, le 13 mai 2015

<sup>4</sup> La défection en aout 2016 du numéro deux de l'ambassade de Corée du Nord en Grande-Bretagne

## 2 UNE RELIGION D'ÉTAT OMNIPRÉSENTE

La dynastie des Kim, comme certains la désignent, sert de liant mystique à la RPDC, de substitut au fait religieux qui a remplacé depuis longtemps les dogmes socialo-marxistes qui jadis servirent de fondement au régime. En effet, depuis les années 1970, le modèle de développement endogène coréen *juchéen*, même s'il est d'inspiration marxiste-léniniste, se veut avant tout original et coréen. Il est ainsi aisé de constater que la part du nationalisme est prépondérante dans ce modèle de développement nord coréen. Malgré toute l'originalité de ce modèle, sans bienfaits pour la population, celle-ci finirait par se soulever. La difficulté pour le régime se situe alors dans le fait de réussir à se maintenir au pouvoir par la force mais également par la séduction tout en autorisant des évolutions et des initiatives individuelles sur le plan économique, ce qui avait déjà été amorcé sous le régime de Kim Jong Il, notamment dans le domaine agricole.

Les ambitions nucléaires enfin, servent le régime autant vis-à-vis de la fierté qu'ils doivent faire ressentir à la population de la RPDC qu'à la crainte que les opinions publiques du monde doivent ressentir en retour. Ainsi, le 11 septembre 2016, la RPDC a effectué son cinquième essai nucléaire, à une date qui ne laisse rien au hasard et qui se veut influencer les opinions publiques occidentales en ce sens.

Par conséquent, les relations entre la RPDC et le reste du monde, particulièrement les États-Unis, sont marquées par plusieurs faits découlant d'un comportement jugé provocateur de la part de Pyongyang. Après quatre tentatives infructueuses en deux mois au cours de l'année 2016, c'est le 22 juin 2016, que le pays réussit à tirer deux missiles à moyenne portée MUSUDAN. Une action que la RPDC justifie auprès du secrétaire général de l'ONU comme un acte d'autodéfense face aux provocations des États-Unis et non comme une provocation de sa part.<sup>5</sup> Poursuivant son objectif de développement de ses capacités de lancement de son arsenal conventionnel et nucléaire, la Corée du Nord procède au lancement de trois missiles balistiques au large de sa côte en août 2016. Le leader nord-coréen Kim-Jong-Un a exprimé sa « *grande satisfaction après l'exercice réussi de tirs de missiles balistiques* », qui d'après lui servait à démontrer la capacité de son armée de lancer « *une attaque préventive contre ses ennemis, à n'importe quel moment, de n'importe quel endroit* ». <sup>6</sup> Le régime a bien conscience que sa sécurité et sa pérennité reposent sur ses capacités nucléaires pour lesquelles le pays dans son ensemble a fourni et continue de fournir de nombreux sacrifices.

## 3 DES PROVOCATIONS DE MOINS EN MOINS ACCEPTÉES PAR LA COMMUNAUTÉ INTERNATIONALE.

Les divers essais militaires entrepris par la Corée du Nord ont mené le conseil onusien à adopter les sanctions encore plus lourdes à l'encontre de Pyongyang cette

<sup>5</sup> Bulletin d'information Délégation Générale de la République Populaire Démocratique de Corée en France, "Le porte-parole du MAE de la RPDC rejette catégoriquement le communiqué du CS de l'ONU" No DG-20-16

<sup>6</sup> L'agence de presse officielle KCNA (Korean Central News Agency). [http://www.lemonde.fr/asiapacifique/article/2016/09/06/l-onu-condamne-fermement-les-tirs-de-missile-nord-coreens\\_4993594\\_3216.html#dTODMH5t9UtsVsMy.99](http://www.lemonde.fr/asiapacifique/article/2016/09/06/l-onu-condamne-fermement-les-tirs-de-missile-nord-coreens_4993594_3216.html#dTODMH5t9UtsVsMy.99)

année 2016.<sup>7</sup> En effet, les mesures votées viennent compléter celles déjà en vigueur et concernent l'embargo sur les armes et le matériel militaire, la non-prolifération du réseau nucléaire, l'expulsion vers la Corée du Nord de nombreux diplomates représentants du gouvernement et autres ressortissants de la RPDC, plusieurs interdictions liées au transport en provenance ou à destination de la Corée du Nord, le gel des avoirs, l'interdiction de voyager pour de nombreux ressortissants de la RPDC, plusieurs mesures de rétorsion financières, l'interdiction de fournir aux ressortissants de Corée du Nord un enseignement ou une formation spécialisée dans les disciplines pouvant favoriser les activités nucléaires, un embargo sur le charbon et les carburants ainsi qu'un embargo sur les produits de luxe.<sup>8</sup>

Malgré la dureté de ces sanctions, l'ONU ne semble pas être en mesure de briser la volonté de la RPDC. De multiples raisons peuvent expliquer cela, parmi lesquelles se trouvent sans doute la volonté de tout un peuple, certes instrumentalisée par le régime, mais réelle néanmoins, de refuser toute domination étrangère vécue comme une ingérence impérialiste dans la souveraineté du pays. L'extrême brutalité de l'expansionnisme japonais dans toute la région au cours du siècle précédent, mais également la présence des Etats-Unis au sud de la péninsule coréenne depuis la fin de la seconde guerre mondiale, ne sont que quelques éléments parmi de nombreux autres permettant d'expliquer le sentiment d'un peuple se sentant assiégé et en danger permanent depuis l'indépendance de la RPDC.

Ainsi, tous les moyens sont par conséquent utilisés pour tenter de rompre l'encerclement. A titre d'exemple, le gouvernement sud-coréen a annoncé dernièrement, que les services secrets de Pyongyang avaient réactivée la diffusion de messages codés datant de la guerre froide. Pendant quelques minutes, en juillet 2016, la Corée du Nord émettait en effet, des messages codés depuis une station radio à ondes courtes.<sup>9</sup> Nul ne peut en revanche déterminer l'effet que ces transmissions ont pu avoir en réalité.

#### 4 L'OBLIGATION MORALE DE LA COMMUNAUTÉ INTERNATIONALE FACE AUX POPULATIONS EN DANGER

La situation politique dans laquelle se trouve la Corée du Nord ne doit cependant pas peser sur les besoins humanitaires auxquels ont droit tous les individus au nom de la solidarité internationale face aux catastrophes naturelles ou humanitaires. Ainsi, les demandes pressantes de l'ONU d'élargir et de faire respecter les sanctions à l'encontre de la RPDC, n'empêchent en rien la communauté internationale d'accéder à la demande de la Croix Rouge afin de venir en aide à la population nord coréenne victime d'inondations importantes en septembre 2016 et qui a fait près de 200 morts de 500 portés disparus. La Croix-Rouge a estimé les besoins à 15,5 millions de dollars

<sup>7</sup> "Deux missiles nord-coréens s'abiment en mer du Japon" [http://www.lemonde.fr/asi-pacifique/article/2016/06/22/deux-missiles-nord-coreens-s-abiment-en-mer-du-japon\\_4955405\\_3216.html](http://www.lemonde.fr/asi-pacifique/article/2016/06/22/deux-missiles-nord-coreens-s-abiment-en-mer-du-japon_4955405_3216.html), *Le Monde et l'AFP* le 22 juin 2016

<sup>8</sup> <https://www.un.org/sc/suborg/fr/sanctions/1718>

<sup>9</sup> Rousseau (Yann) "Pyongyang réveille ses espions avec des messages radio codés de la Guerre froide"; <http://www.lesechos.fr/monde/asi-pacifique/0211143070966-pyongyang-reveille-ses-espions-avec-des-messages-radio-codes-de-la-guerre-froide-2015737.php>, *Les échos* le 20 juillet 2016

américains pour faire face à cette catastrophe naturelle<sup>10</sup>. Régulièrement touchée par des catastrophes de ce type, la RPDC fait par conséquent appel à la solidarité internationale. Ainsi, en 2012, un évènement similaire avait plongé le pays dans une grave pénurie alimentaire, compensée par l'action de nombreuses ONG. Il est important et incontournable de ne pas confondre sanctions contre un régime et aide aux populations. Les populations souffrent bien trop souvent de manière disproportionnée des conséquences de sanctions inefficaces visant les infrastructures étatiques et qui paradoxalement servent à renforcer la légitimité du régime dans le regard de la population. L'aide humanitaire internationale au sens large, si elle est souvent détournée d'une manière ou d'une autre au profit des régimes autoritaires, représente également une manière de briser l'isolement et de produire une nécessaire contre propagande.

La situation précaire de la Corée du Nord n'empêche pas ce pays de multiplier les coups d'éclats militaires sensés démontrer à quel point ses avancées en ce domaine sont de plus en plus importantes. La RPDC n'avait par exemple encore jamais testé de missile balistique intercontinental, alors qu'elle avait pourtant présenté récemment un exemplaire de ce type de missile, le KN-O8, lors de défilés à Pyongyang. Le 3 août 2016, elle en était à son quatrième tir en mer du Japon. Le 19 juillet 2016, d'après le gouvernement sud-coréen, la Corée du Nord a procédé à un tir de trois missiles balistiques pour simuler des frappes nucléaires préventives sur des ports et des aérodromes sud-coréens ou sont stationnés matériel et troupes américains.<sup>11</sup> À cette menace, la réponse de la porte parole du département d'Etat américain s'est faite plus que rapide. Elle a en effet annoncé la volonté pour les Etats Unis de protéger ses alliés « *Nous avons l'intention de partager nos préoccupations devant les Nations Unies afin de renforcer la volonté internationale de tenir responsable la République populaire démocratique de Corée pour ces actions provocatrices (...)* Notre engagement à défendre nos alliés, y compris la République de Corée du Sud et le Japon, reste inflexible

»<sup>12</sup>. Le premier ministre japonais, Shinzo Abe, inquiet lorsqu'un des missiles nord coréen s'est abattu à environ 250 kilomètres de la côte nord japonaise et à l'intérieur de la zone économique exclusive de l'archipel, a pour sa part dénoncé « *un acte scandaleux qui ne saurait être toléré (...)* une menace sérieuse à la sécurité du pays ». C'est la première fois depuis 1998 qu'un missile nord-coréen s'abîmait dans cette partie de l'espace maritime japonais.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> Le courrier international "Inondations en Corée du Nord: la Croix-Rouge lance un appel à des fonds d'urgence" publié le 20 septembre 2016, <http://www.courrierinternational.com/depeche/inondations-en-coree-du-nord-la-croix-rouge-lance-un-appel-des-fonds-durgence.afp.com>.

<sup>11</sup> AFP et Reuters "Nouveau tir de missiles balistiques en Corée du Nord", <http://www.lemonde.fr/asiapacifique/article/2016/08/03/nouveau-tir-de-missile-balistique-en-coree-du-nord>, *Le Monde*, le 03 août 2016

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> Ibid.

## 5 LA CHINE, UN ALLIÉ POUR L'AVENIR ?

La Chine<sup>14</sup> a, quand à elle, mis en garde la Corée du Nord contre « toute action qui pourrait déboucher sur une escalade des tensions » depuis plusieurs mois.<sup>15</sup> En effet, « l'Empire du milieu » reste un verrou majeur dans le durcissement ou non des sanctions prises par l'ONU à l'encontre de la Corée du Nord. Fermement décidée à ne pas se laisser dicter la marche à suivre dans ses relations avec celle-ci par les Etats-Unis, la Chine considère le régime de RPDC comme un précieux allié dans la sécurisation de ses approvisionnements en minerais et en terres rares. Mais les relations aujourd'hui très anciennes entre ces deux pays servent autant les intérêts de la Chine qu'elles ne les encombrant. C'est dans ce contexte que le 1<sup>er</sup> juin 2016, une rencontre entre Ri Su-Yong, directeur du département international du Parti des travailleurs de Corée et membre de son bureau politique, et de hauts responsables chinois, a été organisée aux fins de déterminer les modalités futures de la collaboration entre ces deux pays sur les plans diplomatique, économique et stratégique<sup>16</sup>. N'oublions pas non plus qu'il n'est de l'intérêt d'aucun des acteurs de la région d'assister à une réunification pacifique de la péninsule coréenne. En effet, nombreux sont les pays qui profitent aujourd'hui de cette partition et qui seraient menacés par le potentiel économique de la péninsule qui serait de nature à faire de l'ombre à tous les pays avoisinants, Chine incluse.

## 6 L'EUROPE, ENTRE SUIVISME ET EXEMPLARITÉ RELATIVE

L'Europe quant à elle adopte un comportement proche de celui des Etats-Unis face à la Corée du Nord<sup>17</sup>. La RPDC de son côté déplore les relations économiques importantes entre la Corée du Sud et l'Europe tout particulièrement dans le domaine aérospatial et militaire. Elle accuse ainsi l'Europe d'être à la fois celle qui poursuit le « désir de paix et de sécurité de l'humanité », mais en même temps celle qui par ses partenariats militaires notamment, vise à exploiter le « malheur d'autrui ».<sup>18</sup> Pire encore, l'Union Européenne est accusée de fermer les yeux sur ce qui est qualifié d'esclavagisme moderne dans un rapport présenté le 6 juillet 2016 par l'ONG Alliance européenne pour les droits de l'Homme en Corée du Nord (EAHRNK). En effet, ce rapport accuse la RPDC d'avoir envoyé des centaines, voire des milliers, de personnes travailler en tant qu' « esclaves d'Etat » dans des pays de l'Union européenne, dont la Pologne<sup>19</sup>. L'ambassade de Corée du Nord à Varsovie dément les propos de l'ONG.

<sup>14</sup> dont la région frontalière avec la Corée du nord est surnommé la "troisième Corée", in Philippe Pons "Corée du Nord, un État-guérilla en mutation" Éditions Gallimard, 2016

<sup>15</sup> Source AFP, "Kim- Jong- Un se vante de pouvoir frapper les bases américaines du Pacifique" [http://www.lepoint.fr/monde/kim-jong-un-se-vante-de-pouvoir-frapper-les-bases-americaines-du-pacifique-23-06-2016-2048970\\_24.php](http://www.lepoint.fr/monde/kim-jong-un-se-vante-de-pouvoir-frapper-les-bases-americaines-du-pacifique-23-06-2016-2048970_24.php), *Le Point* le 23 juin 2016

<sup>16</sup> Pedroletti (Bruce), « La Chine entrouvre le dialogue avec la Corée du Nord », *Le Monde*, [http://www.lemonde.fr/asi-pacifique/article/2016/06/06/la-chine-entrouvre-le-dialogue-avec-la-coree-du-nord\\_4938661\\_3216.html#tdAraBODgj8V3FY.99](http://www.lemonde.fr/asi-pacifique/article/2016/06/06/la-chine-entrouvre-le-dialogue-avec-la-coree-du-nord_4938661_3216.html#tdAraBODgj8V3FY.99), le 06 juin 2016

<sup>17</sup> Réponse du porte parole du MAE, Bulletin d'information Délégation Générale de la République Populaire Démocratique de Corée en France, "Un commentaire de l'ATCC critique la vente d'armes européennes à la Corée du Sud" 2016.06.27 No-DG-21-16

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> "Des esclaves nord coréens en plein cœur de l'Europe", <http://www.lesechos.fr/monde/europe/0211103452046-des-esclaves-nord-coreens-en-plein-coeur-de-leurope-2012737.php?vAAuFP33dAMcD659.99>, *Les Echos*, le 06 juillet 2016

Malte, l’Autriche, l’Italie, les Pays-Bas seraient eux aussi, selon le rapport, complices d’avoir acceptés que s’organise sur leur territoire ce type de travaux forcés<sup>20</sup>. Si ces informations sont vérifiées et si les pays concernés ne réagissaient pas fermement, ces pays membres de l’Union Européenne feraient une bien mauvaise publicité à cet espace politique occidental qui se veut être un précurseur dans de nombreux domaines dont celui de la protection des libertés fondamentales.

## 7 DES RELATIONS AVEC LES ETATS-UNIS EN VOIE D’AMÉLIORATION ?

Le moins qu’on puisse en dire est que les relations entre la Corée du Nord et les États-Unis sont depuis de nombreuses années marquées par une détestation réciproque. Les essais nucléaires en sont un exemple concret. Pour autant depuis les campagnes électorales aux États-Unis pour l’élection présidentielle de 2016, Pyongyang est apparue plus modérée et soutenant le candidat du parti républicain, élu à la présidence depuis.<sup>21</sup> Il semblerait d’après le site du parti unique *DPRK Today*, que la Corée du Nord se soit montrée favorable à la candidature de Donald Trump à la Maison-Blanche<sup>22</sup>, allant même jusqu’à se réjouir des bénéfices stratégiques potentiels d’une présidence du milliardaire républicain et allant même jusqu’à le décrire comme un « *sage politicien, que devront élire les américains le huit novembre prochain.* »<sup>23</sup> Ce soutien prend son sens dans les propositions de campagne de Donald Trump dont celle du retrait des troupes américaines en poste à Séoul. L’avenir nous dira si cette promesse de campagne sera réalisée et si dans une collaboration avec la Russie de Vladimir Poutine, la RPDC pourra tirer quelques bénéfices de ce changement majeur dans le paysage politique international. Tant il est vrai que les relations entre la RPDC et les États-Unis sont particulièrement conflictuelles et que les négociations entre ces deux pays reposent comme souvent sur des hommes. Dans ce contexte, la disparition du diplomate nord-coréen Kang Sok-Ju qui décédait d’un cancer le 20 mai 2016, n’est pas une bonne nouvelle. En effet, Il avait négocié avec les États-Unis l’accord de 1994 qui gelait le programme de Pyongyang sous surveillance de l’Agence internationale de l’énergie atomique (AIEA)<sup>24</sup>. Sujet sensible s’il en est, cette disparition ne facilitera pas les négociations futures dans ce domaine hautement sensible et symbolique.

Par ailleurs, la multiplication des menaces de la part de la RPDC entraîne Washington et Séoul à s’entendre sur un accord de déploiement de bouclier antimissile américain en Corée du Sud.<sup>25</sup> Aucune date n’est pour le moment précisé et il est permis de douter depuis les dernières élections présidentielles américaines que cette date ne soit fixée dans un avenir proche. Mais à l’annonce de ce déploiement futur, qui se défend de viser un pays en particulier mais qui se conçoit comme un moyen de dé-

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> “Elections américaines Pyongyang vote Trump” [http://www.lemonde.fr/elections-americaaines/article/2016/06/01/elections-americaaines-pyongyang-vote-trump\\_4930343\\_829254.html#yXLfKq9pcPgJTOu.99](http://www.lemonde.fr/elections-americaaines/article/2016/06/01/elections-americaaines-pyongyang-vote-trump_4930343_829254.html#yXLfKq9pcPgJTOu.99), *Le Monde*, le 01 juin 2016

<sup>22</sup> <http://mobile.reuters.com/article/idUSKCN0YN35S>

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> “Mort de Kang – sok – ju, diplomate nord coréen” [http://www.lemonde.fr/disparitions/article/2016/05/24/mort-de-kang-sok-ju-diplomate-nord-coreen\\_4925551\\_3382.html](http://www.lemonde.fr/disparitions/article/2016/05/24/mort-de-kang-sok-ju-diplomate-nord-coreen_4925551_3382.html), *Le Monde*, le 24 mai 2016

<sup>25</sup> “Washington va déployer un système antimissile avancé en Corée du Sud” *Le Monde*, le 08 juillet 2016

fense contre que de potentielles attaques venues de Corée du Nord,<sup>26</sup> Pékin a d'ores et déjà exprimé sa « forte condamnation » quant à ce dispositif qui va « nuire gravement » à la sécurité en Asie du Nord-Est. Moscou a également exprimé ses plus vives inquiétudes au vu des « conséquences irréparables » de ce bouclier, estimant qu'il « portait atteinte à l'équilibre de la région ».<sup>27</sup>

Dans une même mesure, le porte-parole du ministère des Affaires étrangères de la RPDC a répondu le 15 juin 2016 au sujet de la possibilité d'un raid aérien américain menaçant leurs installations nucléaires : « *Nous les écraserons sans merci et par une mesure de rétorsion sans merci* »<sup>28</sup>

L'escalade des provocations a pris une nouvelle tournure quand, le 6 juillet 2016, les États-Unis ont annoncé des sanctions financières contre la RPDC pour violation des Droits de l'Homme.<sup>29</sup> Pourtant, ses mesures de rétorsion n'ont pas de réel impact sur la Corée du Nord. Le 19 juin, le porte-parole de la RPDC rapportait l'intention pour le pays de continuer à élargir et à développer ses relations avec les pays africains notamment l'Ouganda, malgré la demande appuyée d'embargo de la part des États-Unis lors d'une visite sur le sol ougandais.<sup>30</sup> Si la politique des États-Unis venait à se normaliser vis à vis de la RPDC dans le cadre peut être d'un grand découpage du monde en zones d'influences régionales, alors la Corée du Nord pourrait trouver sa place entre ses deux alliés du moment que sont la Chine et la Russie.

## 8 UN RÉGIME POLITIQUE EN QUÊTE DE RENOUVEAU.

Le régime semble avoir de beaux jours devant lui puisque ni un soulèvement populaire ne semble se dessiner, ni une intervention occidentale ne semble être réaliste dans la mesure où elle déstabiliserait toute la région et forcerait la Chine continentale à intervenir militairement pour assurer ses intérêts nationaux. Un des rares facteurs d'instabilité serait la lutte au sommet des instances dirigeantes de la RPDC qui irait au delà de la figure du leader et qui serait attisée par l'appât du gain possible au sein de cette économie en pleine mutation, mais dirigée par un parti unique sans opposition intérieure ni internationale crédible. L'activité économique représente un des piliers de développement tant intérieur qu'extérieur de la RPDC. Grâce aux relations internationales économiques, particulièrement sino - nord coréennes, il n'est pas impossible de prendre la mesure de la situation en Corée du Nord. Les prises de positions et provocations internationales entre le pays et le reste du monde ont tendance à perturber l'appréciation qu'il est possible d'avoir des relations, notamment économiques, qu'entretien le régime avec sa propre population. L'économie parallèle, tolérée, voire même promue au profit des populations, prend de ce fait une place incontournable dans la société nord coréenne. Alors qu'elle y est encore très dépendante de

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> Réponse du porte parole du MAE, Bulletin d'information Délégation Générale de la République Populaire Démocratique de Corée en France 2016.6.17 n°17 N° DG 17-16

<sup>29</sup> Les Echos, <http://www.lesechos.fr/monde/asi-pacifique/0211103739258-les-etats-unis-mettent-a-lamende-le-leader-nord-coreen-kim-jong-un-2012728.php#xtor=CS1-25>

<sup>30</sup> Réponse du porte parole du MAE, Bulletin d'information Délégation Générale de la République Populaire Démocratique de Corée en France 2016.6.20 n°19 N° DG 19-16

la bonne volonté des détenteurs du pouvoir politique, ce dernier y voit un instrument de paix sociale permettant de maintenir le régime politique en place.

Dans un tout autre registre que celui très guerrier de la prolifération des armes atomiques et de la menace que peut représenter un pays comme la RPDC pour les pays voisins et au delà, l'attention de nombreux pays occidentaux est également attirée sur les restrictions et les brimades infligées à la population de ce pays. D'après le rapport du journaliste et philosophe André Vltchek, la Corée du Nord serait ainsi diabolisée par l'Occident, allant jusqu'à prôner la déshumanisation de celle-ci. Vltchek constate ainsi à l'occasion de son voyage en Corée du Nord l'existence d'une vie sociale où les loisirs par exemple existent, mais de manière limitée. Inutile bien entendu de préciser qu'un fossé entre la vie sociale et culturelle des deux Corées existe aujourd'hui. Pourtant, tout porte à croire que la Corée du Nord continue son ouverture vers une modernisation de sa société favorisée notamment par la présence chinoise dans le pays. Les nord-coréens disposant d'une connexion au réseau intranet « Kwangmyong », pourront par exemple d'ici peu accéder à la télévision à la demande de la chaîne d'état nord coréenne baptisé « *Manbang* »<sup>31</sup> (partout). Par ailleurs, le 21 septembre, une faille dans les serveurs nord coréens, a ouvert l'intranet (comprenant 28 sites), aux utilisateurs du monde entier.<sup>32</sup> Ces derniers ont ainsi pu découvrir des sites de cuisine, de films et plus généralement de culture nord coréenne, confirmant le fait que le développement qui se veut autarcique de ce pays n'empêche pas la volonté de faire profiter sa population d'une modernité encadrée. S'il n'est par conséquent pas discutable que les conditions de vie de la population et les traitements infligés aux « opposants » sont incompatibles avec les standards de nos pays occidentaux, il convient malgré tout de prendre avec mesure les témoignages, parfois instrumentalisés, de transfuges nord-coréens.

La RPDC, vue par beaucoup comme un reliquat de la guerre froide, est plus que jamais un paradoxe pour le reste du monde. En effet, si une trop rapide analyse du pays pourrait faire penser à un musée *grandeur nature* de l'Union Soviétique des années 1950, c'est pourtant bien le nationalisme et l'anticolonialisme qui y sont les plus prégnants. Les revendications identitaires sont ainsi centrales dans la construction de la RPDC depuis 1948. L'équilibre des forces dans la région pourrait être modifié par une attitude différente des Etats-Unis de Donald Trump à l'égard de leurs alliés habituels mais aussi de leurs « ennemis » plus ou moins clairement désignés comme tels. Dans cette mesure la RPDC pourrait tenter de négocier une nouvelle place moins en marge de la communauté internationale au risque de représenter un danger pour ses soutiens historiques.

---

<sup>31</sup> Mesmer (Philippe) "La Corée du Nord lance son service de télévision à la demande" Le Monde, <http://www.lemonde.fr/m-moyen-format/article/2016/09/07/la-coree-du-nord-lance-son-service-de-television-a-la-de->

mande\_4993723\_4497271.html?utm\_medium=Social&utm\_campaign=Echobox&utm\_source=Facebook&utm\_term=Autofeed#link\_time=1473237802 Le 07 septembre 2016

<sup>32</sup> Blin (Simon) "La Corée du Nord ouvre accidentellement son intranet au monde entier" Libérations publié le 21 septembre 2016 [http://www.liberation.fr/planete/2016/09/21/la-coree-du-nord-ouvre-accidentellement-son-intranet-au-monde-entier\\_1505261](http://www.liberation.fr/planete/2016/09/21/la-coree-du-nord-ouvre-accidentellement-son-intranet-au-monde-entier_1505261)

## RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

Charvin (Robert), Dujardin (Guillaume), «**La Corée vers la réunification**», L'Harmattan, 2010

Delisle (Guy), «**Pyongyang**», L'association, 2002

Pons (Philippe) «**Corée du Nord, un État-guérilla en mutation** », Gallimard, 2016

Rigoulot (Pierre), «**Corée du Nord, Etat voyou**», Buchet / Chastel, 2003

\* Recebido em 19 dez. 2018.



# DIFFICULT PATHS OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE: EXERCISE OF CRIMINAL JURISDICTION AGAINST THE CONSTITUTIONAL BODIES IN OFFICE CHARGED WITH INTERNATIONAL CRIMES IN SPECIAL TRIBUNAL FOR SIERRA LEONE.

*Dimitris Liakopoulos*

## **Abstract**

The present research is characterized by the attempt to make a *de jure* seasoned reconstruction that avoids the easy temptation to interpret in an overly extensive manner the jurisprudential practice, both internal and international, in favor of overcoming the rules on immunity, seen as a "hateful privilege" to be fought at any cost. Indeed, the recognition of the judicial exemption, protecting the State and the bodies acting on its behalf, has allowed, over time, the preservation of international relations and, ultimately, the same peaceful coexistence of the international community.

## **Keywords**

**State Head immunities, STSL, ICC, ICTY, ICTR, international criminal law, UN Charter.**

## **CAMINHOS ÁRDUOS DA JUSTIÇA CRIMINAL INTERNACIONAL: Exercício da jurisdição criminal em face de órgãos constitucionais processados por crimes internacionais no Tribunal Especial para Serra Leoa**

## **Resumo**

A presente pesquisa se caracteriza pela tentativa de fazer uma reconstrução "a de jure seasoned" que evita tendências de interpretação extensiva as práticas jurisprudenciais, tanto internas como internacionais, sendo a favor de superar as normas sobre imunidade, vistas como "privilégio odioso" que se deve combater a qualquer custo. De fato, o reconhecimento de isenção judicial, protegendo o Estado e os órgãos atuando em seu nome, tem permitido, ao longo do tempo, a preservação de relações internacionais e, por fim, a mesma coexistência pacífica da comunidade internacional.

---

Full professor of European Union Law in Fletcher School-Tufts University. Full professor in international criminal law and criminal procedural law in De Haagse Hogeschool-Aja. Attorney at law in New York and Bruxelles. Orcid ID: 0000-0002-1048-6468.

Professor pleno de Direito da União Europeia na Universidade Flecher School-Tufts. Professor pleno de direito penal internacional e de processo penal na De Haagse Hogeschool-Aja. Advogado em Nova Iorque e em Bruxelas. Orcid ID: 0000-0002-1048-6468.

## 1 INTRODUCTION

The international community has recognized head of State immunity as absolute for a very long time since the origin of such immunity. However, with the development of international crimes, the community also has developed *opinio juris* in holding perpetrators accountable. The international tribunals, in fact, have prosecuted a number of heads of state by denying their immunity. Although immunity should not mean impunity, heads of states still practically enjoy impunity because of the notion of functional and personal immunity. This requirement of categorizing international crime committed by a head of state as private or functional allows him to possibly evade criminal prosecution forever. Since this categorization is vague, and does not promote bringing justice to the international community, we should eliminate this categorization requirement when a head of state commits an international crime. Usually international tribunals are not responsive in prosecuting responsible heads of states for international crimes because of its procedural and jurisdictional requirements, and that's the reason why we need to utilize domestic courts to prosecute heads of States.

Looking at the prosecution of heads of states and other officials in hybrid tribunals, which had similarities with domestic courts, the international community should trust domestic courts' ability in handling the same cases. Although removing head of state immunity does bring risks of degrading the state's status and political influence, we should prosecute heads of states in domestic courts, and further develop the trend of holding perpetrators of international crimes accountable. We can achieve this goal by not categorizing a head of state's act as private or functional, and removing all immunity when he commits an international crime. Our research aims to answer the following questions: What is the legal rationale and accompanying state obligations regarding personal Head of State immunity governed by international customary law? What is the legal rationale and accompanying state obligations regarding personal Head of State immunity before international criminal courts and tribunals? What is the legal rationale and accompanying state obligations regarding personal Head of State immunity before the International Criminal Court (ICC)? Specifically, what is art. 27(2) and 98(1) of the Rome Statute scope of application and what is the relationship between them?

## 2. THE IRRELEVANCE OF THE OFFICIAL POSITION OF THE ACCUSED IN THE STATUTES OF THE HYBRID CRIMINAL TRIBUNALS.

The issue of the relevance to be attributed to the official qualification held by a top individual-body accused by the commission of serious international crimes has also been referred to the international and Hybrid Criminal Tribunals, such as the Special Court of Sierra Leone (SCSL), the Special Panels of East Timor, the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC) and Kosovo Specialist Chambers. Generally, all the Statutes and regulations applicable by these tribunals contain

norms aimed at sanctioning the irrelevance of the position held by the accused in the state organization and of the immunities (*immunitas*) connected to it<sup>6</sup>.

The hybrid criminal Tribunals are different institutions, with respect to which they can be reconstructed in unitary terms, but there are still some differences in doctrine points of view<sup>7</sup>. The Special Court for Sierra Leone (SCSL) was formally established by an agreement settled between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a SCSL, concluded in 2002 in order to prosecute the perpetrators of the serious crimes committed in the territory of the country<sup>8</sup>, in which the Security Council, substantially, became a promoter. Based on Resolution 1315/2000 the Security Council, reaffirming that the situation in the country continued to pose a threat to international peace and security, without using the powers set out in Chapter VII of the Charter of the UN, "requested" to the Secretary General of the United Nations to negotiate with Sierra Leone an agreement for the establishment of a High Court, "consistent"<sup>9</sup> with the indications contained in Resolution<sup>10</sup>. Our investigation will focus on the SCSL, the only instance in which the problem of recognition of the personal immunity of a constitutional body of the State has been placed<sup>11</sup>.

### 3. THE PROSECUTOR V. TAYLOR CASE IN FRONT OF THE SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE.

In 2003, shortly after the start of the activity of the SCSL<sup>12</sup>, the Prosecutor obtained the issuing of an arrest warrant against the President-in-Office of Liberia, Charles Ghankay Taylor<sup>13</sup>, while he was on a state visit in Ghana<sup>14</sup>. The President, through his own defense, claimed the recognition of personal immunity asking for the annulment of the provision. The issue was addressed by the Appeals Chamber of SCSL which, with the Decision on immunity from jurisdiction of May 31, 2004, rejected Taylor's application<sup>15</sup>.

In the relevant proceedings, the circumstance that both the defense and the accusation attribute to the ruling of the International Court of Justice (ICJ) in the Arrest Mandate case<sup>16</sup> is an almost binding precedent value, making constant reference to it almost as if it were a text regulatory. In fact, both the parties' discussion and the ICJ decision focused on the two circumstances identified in the ICJ ruling in order to be able to proceed against a top management body: the international nature of the Court and the legal basis for the exercise of its powers<sup>17</sup>. According to the judges of the Hague, a constitutional body of the state can be submitted to trial in the following situations: in its own country; in the event that the country of origin has renounced immunity<sup>18</sup>; at the termination of office but only for acts carried out privately; before an ICJ with jurisdiction<sup>19</sup>. Actually, the ICJ did not specify the exact scope of the asserted non-application of personal immunities before international courts and tribunals. In fact, the ICJ did not distinguish between the power of an international court to issue an arrest warrant and the obligations of states to disregard the customary rules of international law on immunities in order to comply with a request for arrest and surrender issued by such court or tribunal. These hypotheses do not always appear to be connected with the respect of the immunity norms and the exceptions for its application provided by international law<sup>20</sup>. In the first hypothesis, in fact, the situation clear-

ly remains an internal phenomenon, unrelated to the dynamics of international law. The second concerns the waiver of immunity by the same State holding the relevant right and therefore can not obviously be counted as a practice with regard to the consolidation of an exception to the immunity rules. The third hypothesis concerns functional immunity<sup>21</sup>. The only hypothesis in which the ICJ seems to admit the possibility of proceeding against a constitutional body in charge accused of international crimes, by way of derogation from the general regime on immunities. The ICJ in indicating a hypothesis in which immunity *ratione personae* can not be invoked has failed to clarify the two main issues of the proposed case: the indication of the principle by which to identify the international nature of a ICJ and the criterion to evaluate its jurisdiction over the case.

In the same spirits returning to the reasoning made by the judges of Freetown in the decision in the commentary unfolds according to an argumentative process that tends to greatly enhance the elements that accumulate the SCSL to ad hoc criminal tribunals and which, overall, it seems difficult to share<sup>22</sup>.

The Appeals Chamber brings back the powers exercised by the SCSL to the United Nations Charter and, in particular, to the action of the Security Council for the maintenance of international peace and security. This organ, it is argued in the motivation, carries out its activity on behalf of all the members of the United Nations, for which the Agreement between the United Nations and Sierra Leone would be rebuilt as an agreement between all the members of the United Nations and the Sierra Leone. From this data, in the interpretation of the Chamber of Appeals, derives the "truly international" nature of SCSL<sup>23</sup>.

Analyzing the internal legal basis of UN Charter, the Chamber of Appeals overcomes the absence of references to the exercise of the powers referred to in Chapter VII, stating that the creation of an international court is to be found in art. 39<sup>24</sup>, which recognizes to the Security Council the power to determine the existence of a threat or violation of international peace and security<sup>25</sup>. The possible reference to the powers referred to in Chapter VII, according to the judges of Freetown, is only necessary to establish obligations of cooperation, with the established court, to be charged to the member states of the United Nations<sup>26</sup>.

The Appeals Chamber after having thus argued the legal basis of SCSL itself, concludes by the irrelevance from the official position held by President Taylor at the time of issuance of the arrest warrant, by virtue of the provision referred to in article 6 (2) of Statute of SCSL (StSCSL). Similar to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) and the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) Statutes, art. 6 StSCSL includes the Nuremberg formula<sup>27</sup>. In contrast to the ICTY and the ICTR, the authority of the SCSL is not enhanced through a resolution in accordance with the UN Charter Chapter VII<sup>28</sup>. The SCSL is "a treaty-based sui generis court of hybrid jurisdictions and composition"<sup>29</sup>. The SCSL is established on the legal basis of the Agreement on the Establishment of a SCSL. Therefore, there is no established obligation for UN member states to comply with any requests by the SCSL. The SCSL in the case *Prosecutor v. Taylor* addressed the issue of arrest warrants and immunities. According to our opinion a general exception based on the court's international nature breaches the *fundamental pacta tertiis* rule codified in art. 34 of the

VCLT. We believe that the reasoning by the SCSL fails to explain how the fairness of the tribunal can disregard important immunity principles of international law and we have doubts whether the international mandate can remove established immunity rules under international law.

According to a formula that is now considered "classical", this provision states that "the official position of an accused, as head of state or government or of a government official in a position of responsibility, does not exempt him from criminal responsibility or mitigate it the penalty"<sup>30</sup>. In declaring this provision applicable, the Appeals Chamber retraces the different stages of the evolution of the principle of the irrelevance of the official position held by the accused<sup>31</sup>. The provision in question is compared with those in the ad hoc Tribunal Statutes and, firstly, in the Statutes of the Nuremberg and Tokyo Courts. The judges of Freetown seem to want to point out the historical continuity existing between the norm of its own Statute and those that have instituted the other international criminal tribunals without, however, getting to affirm its *expressis verbis* the correspondence to a norm of customary law<sup>32</sup>.

Now, the conclusions reached by the Appeals Chamber regarding the identification of the pre-eminence role that the Security Council has played in the establishment of the SCSL can be shared. However, the argument used appears, in some respects, artificial and presents several critical points. Moreover, as will be demonstrated, even though it may lead to the establishment of the SCSL to the Security Council of the United Nations, the extension of the provisions contained in its Statute to the prerogatives of a head of state in charge of a formally third State is excessive compared to the Agreement establishing the SCSL. In order to justify its jurisdiction, the Freetown judges considered the Agreement concluded between the United Nations and Sierra Leone directly imputable to the Member States of UN, making a total overlap between the will expressed by the international organization and that of the Member States of the Nations United in the conclusion of the treaty. This argument, assessed in the light of the general principles of international organizations' law, according to which an act carried out by an international organization that is subject to international law is directly attributable only to the latter and not to the Member States too excessively extensive<sup>33</sup>, and therefore makes difficult to share what emerges from the actual content of the UN-Sierra Leone Agreement.

According to the writer, in fact, the Appeals Chamber could have reached the conclusion of bringing the United Nations and Sierra Leone Agreement back to the action of the Security Council on the maintenance of peace and international security, by configuring Resolution 1315 (2000) as a delegation of functions to the Secretary General by the Security Council. Article 98 of the Charter of the UN provides that the Secretary General may perform, in addition to the functions that are proper to him, those entrusted to him by the other main organs of the United Nations. The practice offers numerous examples of delegation of functions to the Secretary General by the Security Council, in the field of international peace and security, particularly in the case of peace-keeping operations<sup>34</sup>. From this case it shows that there is no formal model of delegation, on the basis of which the legal basis established by art. 98 of UN Charter<sup>35</sup>.

In fact, the cases in which the Security Council "permit"<sup>36</sup> o "requests" o "invites"<sup>37</sup> the Secretary General to carry out activities are also reconstructed as delegations of functions<sup>38</sup>. In addition to the defense elements now defined in the International Criminal Court Statute (StICC), it is worth keeping the basic distinction analyzed by the ICTY. In particular, between the invocation of the defense in the context of the *ius ad bellum* on the lawfulness of a defense firm of a State or a quasi-State entity which is intended to lead subsequently to the legal defense and to the person of the defendant and the rights of the person in the defense that does not depend on the legitimacy of collective action, but refers to the personal right of the accused to defend himself or a third person from an illegal assault. By combining the categories of this distinction, it has been proposed to recognize a third category that defines defense in international criminal law and deals with acts of self-defense in bello in order to examine ad hoc each time the assistance conditions for the exercise of this right, taking into account the specificities of international crime<sup>39</sup>.

In Resolution 1315 (2000) the Security Council<sup>40</sup>, after having noted the existence of a threat to international peace and security, in point 1 "requests" to the Secretary General to negotiate an agreement establishing an independent court with Sierra Leone, specifying- and this is what matters most -that this agreement must be "consistent with this resolution". The delegation conferred to the Secretary-General, therefore, also poses a series of specific directives and conditions that he is obliged to follow during the negotiations.

This last element, constituted by the presence of criteria and limits to be followed compulsorily in the negotiations for the establishment of the SCSL, is the main argument that allows to demonstrate how the conclusion, by the Secretary General, of the Agreement establishing the SCSL, it can not be framed among the powers exercisable by them freely and discretionally, but represents the exercise of a function delegated to him by the Security Council. It remains, however, to consider the fact that although the establishment of the SCSL can be attributed to the action of the Security Council in the above terms, it is not possible to derive obligations of cooperation towards States that have remained formally unrelated to the Agreement given the absence in Resolution 1315 (2000) of any reference to the powers envisaged by Chapter VII of UN<sup>41</sup> on the basis of which derive obligations on third States with respect to the SCSL institution. If, in fact, a delegation of functions may be envisaged in order to negotiate the establishment of an ICC, any obligations arising for third States (such as Liberia, the State of President Taylor's membership at the time the arrest warrant was issued against him) should be explicitly evinced by the normative content of the act. Immunity *ratione personae* recognized by general international law to certain organs of state leadership represents a subjective legal position of the State of belonging.

This distinction appears in the motivation of the Freetown judges who propose some interesting considerations on the personal immunity of a head of state in office. This is the differentiation that the judges operate between the relationship between the SCSL and the State of belonging of the individual-body, on the one hand, and those with the third States required to execute the coercive measure issued. The first is regulated by the StSCSL standard which establishes the irrelevance of the official

position of the organs of the summit, by waiving the rule on personal immunity directly opposable only to the country of belonging of Taylor as the establishment of the SCSL stands as a measure response to a threat to international peace and security. However, any cooperation obligations between third States and SCSL could exist only if expressly provided for in a binding instrument, represented by a Resolution of the Security Council adopted pursuant to Chapter VI of the UN<sup>42</sup>.

The distinction proposed by the Appeals Chamber between vertical and horizontal relationships with respect to SCSL appears, in theory, correct but it is incorrectly applied to its own statement. In fact, formally Liberia remains a foreign State with respect to the UN-Sierra Leone Agreement. The removal of Taylor's personal immunity, therefore, can not be based on the consideration that the establishment of the SCSL is brought back to the exercise of the functions of the Security Council in matters of international peace and security. The mere acknowledgment of the existence of a threat to peace and international security contained in Resolution 1315 (2000), in fact, does not appear sufficient in itself to cause mandatory effects to fall in the absence of a specific reference to the powers referred to in Chapter VII of Charter of the UN<sup>43</sup>.

In practice, after the issuing of the arrest warrant against President Taylor, the Security Council has, in a certain way, "endorsed" the work of SCSL with the approval of Resolution 1638 (2005) adopted pursuant to of Chapter VII of the UN Charter<sup>44</sup>. With this act, the Security Council has expanded the mandate of UNMIL, the peacekeeping force present in Liberia, assigning it the task of arresting Taylor and transferring it to Sierra Leone for the celebration of the trial before the SCSL<sup>45</sup>. At the time of the approval of Resolution 1638 (2005), the Security Council decided to follow up the arrest warrant issued by the SCSL.

We could say that the personal Head of State immunity under customary international law will continue to be subjected to intense scrutiny, and perhaps there will be sufficient evidence of state practice for an exception under customary international law removing personal immunity before international courts in the future. The ICC has provided for a conclusion not affecting customary international law as such. Instead, it concluded that the Rome Statute is applicable in a situation referred to the ICC by the UNSC. When the Rome Statute is applicable, customary international law on personal immunity pursuant to art. 27(2) of the Rome Statute<sup>47</sup> is not applicable, leaving the latter legal regime unchanged in substance. Instead, the scope of the application of customary international law before the ICC is clarified. As such, the rationale of personal Head of State immunity under customary international law renders unchanged, applicable absolute before both domestic and international courts. However, it is not applicable before an ICC established by a Statute where State Parties to the Statute has agreed upon this fact, or in the case of a UNSC referral, agreed upon the international community as a whole to make the Rome Statute the legal regime applicable to a situation referred. The Pre-Trial Chamber provides a credible legal rationale of the legal question in its two latest decision, through both textual and teleological interpretation, including considerations of customary international law, UN law and the Rome Statute. With this legal rationale, the legal effect of a UNSC resolution referring a situation to the ICC is that the Rome Statute is applicable in its

entirety to that situation, and is also binding upon the relevant non-party. Thus, art. 27(2) is applicable (both with regards to jurisdiction and arrest warrants) when a Head of State is subjected to prosecution pursuant to such referral, prohibiting that state to invoke immunity as a procedural bar. Thus, leaving art. 98(1) inapplicable, as well as customary international law on personal immunities<sup>58</sup>.

The provision contained in the provision in question follows the objectives pursued with the establishment of the ICC and indicated in the Preamble of the Rome Statute<sup>59</sup>, where the will to end the impunity of the perpetrators of the serious international crimes that threaten peace and security is reaffirmed international and are a cause for alarm for the entire international community.

The labile border between impunity and immunity, already highlighted by the ICJ in the Arrest mandate judgment, has made it necessary to provide for the possibility of proceeding to ascertain the personal criminal liability of the individual-organ, overcoming the traditionally recognized jurisdictional exemption to the high offices of the foreign state<sup>60</sup>. Moreover, the ICC will not find the exception to have carried out the international crimes contested in the exercise of their functions, since the individual-body will have to answer for its conduct even when this could, in the abstract, involve the international responsibility of the State, although it may proceed to ascertain this additional profile in other appropriate locations.

In the drafting of the norm, it is clear that the former have been preceded by strenuous negligent sentences of the ad hoc criminal tribunals (article 7 (2) ICTY<sup>61</sup> and art. 6 (2) ICTR) and art. 7 StICC<sup>62</sup>. In fact, in the context of the Preparatory Committee for the Rome Statute, the question of the importance to be attributed to the official qualification of an individual-body subject to trial, was strongly placed after the two judicial experiences in question<sup>63</sup>.

Indeed, the norm of the Rome Statute is characterized by having a more specific formulation. In addition to the traditional assertion of the irrelevance of the official position held as exemption from personal criminal liability, in fact, the standard specifies a paragraph expressly dedicated to ensuring that the immunities traditionally inherent to official offices, provided for by both domestic and international law, do not represent a limit to the exercise of jurisdiction by the ICC.

The scope *ratione materiae* of art. 27 was interpreted according to different opinions. A first approach reconstructs the first paragraph of the norm as aimed at sanctioning the irrelevance of functional immunity and the second the personal one<sup>64</sup>. Another thesis, instead, moving from the literal data, underlines that only in the second paragraph the immunities from the jurisdiction are expressly mentioned, for which this paragraph must be considered a derogation of both immunity regimes inferring, from the general tenor of the norm, that from the point of view of the procedure before the criminal justice system established by the Rome Statute, the distinction between personal and functional immunity is irrelevant. This second reconstruction appears to be endorsed by the ICC's first practice that the problem of the application of art. 27 it was placed, it was generally referred to the provision without making distinctions between the two immunities in question<sup>65</sup>.

The application *ratione personae* of the provision contained in the art. 27 StICC can be emphasized in three distinct hypotheses, each of which poses different problems that need to be analyzed separately<sup>56</sup>.

The first hypothesis is in the case where a State party is required to arrest or deliver to the ICC its own individual-body, in office or terminated by the function. The solution is basically peaceful and finds a solution in terms of adaptation of domestic law to international law. In fact, here are highlighted the immunities provided by the domestic law to which the States parties have renounced with the ratification of the Rome Statute. Therefore, this hypothesis is not relevant for the purposes of this study. The other two cases occur when a State is required to comply with the enforcement of a coercive measure issued against a constitutional body of another State. In this case, the immunities provided for by international law are highlighted. However, a distinction must be made between the hypothesis in which the state of belonging of the individual-organ is part of the Rome Statute from that in which the State has not adhered to it. Furthermore, the provision contained in art. 27-in the Part of the Statute dedicated to personal criminal liability-must be adequately coordinated with art. 98, par. 1, entitled "cooperation with regard to the waiver of immunity and consent to surrender"<sup>57</sup> which, in the first sub-paragraph states "the Court can not make a request for delivery and assistance which implies for the requested State to act contrary to its obligations under international law with respect to the immunity of a state or diplomatic of a person or of an asset of a third State, unless the ICC obtains in advance the cooperation of that third State which renounces the immunity it enjoys (...) "<sup>58</sup>.

This provision, inserted in Part IX of the Rome Statute that regulates "international judicial cooperation and assistance" at the instigation of the US delegation<sup>59</sup>, is aimed at resolving the conflict between obligations on the State party required to execute an arrest warrant against a individual-body of a third State providing for the obligation of the ICC not to issue decisions that place the States parties in the situation of not being able to comply with the rules on immunity from jurisdiction, both of the State and its individual bodies, provided by international general law<sup>60</sup>. The terminology adopted by the first paragraph of the standard in question raises some interpretative problems regarding the definition of "third State" which could be considered, in a first hypothesis, to any other State other than the one to which the request is made, independently of participation in the system of ICC or, secondly, to foreign States only with respect to the Rome Statute. The doubt arises due to the overall ambiguity of the language used in the Statute. In fact, in some norms the term "third state" appears to refer to all the States outside the conventional system, while at other times the reference to the States that do not adhere to the Rome Statute is unequivocally expressed with the formulas "Non-Contracting States" or "States not parts of the Bylaws"<sup>61</sup>.

The lack of uniformity in the terminology used is due to a lack of coordination in the editorial office between the various subcommittees of the Diplomatic Conference, in which the two provisions were drafted<sup>62</sup>. Therefore, not allowing a reconstruction of the actual meaning to be attributed to the phrase "following the ordinary meaning to be attributed to the terms of the treaty" it is necessary to proceed by in-

vestigating further interpretative clues, also through the aid of complementary interpretation tools<sup>63</sup>.

A first argument, of general application, which supports the idea that the term "third state" refers to the non-party states of the Rome Statute can be drawn from the definitive provisions of art. 2 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) of 1969, whose letter h) states that the term "third State" refers to a state that is not a party to the treaty. This first element in favor of interpretation for which the exemption provided by art. 98 does not operate in the relations between States Parties of the Statute is not, in itself, proving because the States are free to use the phrase in comment according to a definition different from that provided for in the VCLT (article 32)<sup>64</sup>.

A more stringent argument is obtained through an interpretation consistent with the object and purpose of the treaty which imposes the attribution to the norms of the Rome Statute of the sense that allows its wider application as an instrument for the repression of international crimes and which, therefore, imposes a restrictive interpretation of any norm suitable to block, or limit, its application<sup>65</sup>.

This is confirmed by a logical argument. With the ratification of the Rome Statute, the States have renounced the possibility of opposing the immunity of domestic law to the ICC, agreeing to consider irrelevant any benefit associated with the official position held by an individual suspected of having committed serious international crimes. It would be at least contradictory to conclude that the immunities provided for under international law remain in force if the individual-body of a State party is to be found on the territory of another State party to the ICC. Article 98 can not be invoked by a State party to the Rome Statute if it is required to comply with an act of a coercive nature against a top management body of another State party<sup>66</sup>. The problem of the value to be attributed to the norm, therefore, will arise only with respect to the States that have not joined the ICC for which the Rome Statute represents *res inter alios acta*<sup>67</sup>.

It follows that the ICC can issue an arrest warrant, or other act of a coercive nature, against individuals-organs of States parties to the Rome Statute, requesting indiscriminately the execution both to the State of belonging of the organ and to the other States Parties to the Treaty. Instead, by virtue of the clause contained in art. 98, par. 1 StICC, when the State party is required to implement an arrest warrant issued against individuals/organs of third States with respect to the Rome Statute, may give precedence to the rules on immunity from jurisdiction, thus overcoming the situation of conflict between customary and conventional obligations<sup>68</sup>.

Now, the hypothesis considered here, or the request addressed to a State party to execute an arrest warrant issued against a top-level body of another State party to the Rome Statute, can not be counted among those relevant for the purposes of the present survey since, as has been shown above, the irrelevance of the customary rules on the personal immunity of the constitutional bodies must here refer to the general renunciation made by the State of belonging of the individual-organ at the time of ratification of the Rome Statute. These conclusions cover only the case in which the "conventional" operating system established by the Rome Statute is taken into consi-

deration, represented by the cases in which the ICC exercises its jurisdiction on the basis of the consensual criteria envisaged by art. 13, lett. a) and c)<sup>69</sup>.

On the other hand, we come to different conclusions when we take into consideration the other, more articulated mechanism of activation of the jurisdiction of the ICC constituted by the initiation of a proceeding following the referral of the Security Council.

#### 4. ISSUING OF ARREST WARRANTS FROM THE ICC. THE IRRELEVANCE OF THE OFFICIAL QUALIFICATION OF THE ACCUSED IN THE MOTIVATIONS OF THE I PRE-TRIAL CHAMBER

The StICC provides, in art. 13 lett. (b) that its jurisdiction may be exercised if "a situation in which one or more of the aforementioned crimes appears to be committed, is submitted to the Prosecutor by the Security Council acting under Chapter VII of the Charter of the UN (...)"<sup>70</sup>.

The referral institute, which creates a close link between the Security Council's action on international peace and security and the ICC, is based on the experience of the two ad hoc Tribunals, whose model is clearly inspired<sup>71</sup>. The discussion about the introduction of such a provision in the Rome Statute began immediately after the experiences of ICTY and ICTR in order to avoid that, faced with the repetition of serious situations, the Security Council was forced to set up new ad hoc criminal tribunals<sup>72</sup>. In this sense, the judicial model created in this way has been defined as a permanent ad hoc Tribunal. Therefore, within the ICC, two different models of jurisdiction operate. The first, based on the consensual element, operates on the basis of the will of the state expressed through the ratification of the Rome Statute and is characterized by the general relationship of complementarity between national and international jurisdiction<sup>73</sup>. The beginning of an investigation by the ICC, in this case, follows the reporting of a situation by a State Party or the launching of a proper investigation by the Prosecutor. The second, defined as "sanctions", is implemented in the provision of art. 13 lett. (b) of the Statute and is reconnected to the traditional postulate according to which each State has a perfect subjective right to respect for its state organization which, by pursuing its organ-individuals, the other States would violate as a countermeasure against the commission of offenses qualified.

The hypotheses, not expressly contemplated by the Rome Statute, of the so-called "autoreferral"<sup>74</sup>, which constituted the first investigations carried out by the Prosecutor after the entry into force of the Statute (Democratic Republic of the Congo, Uganda, Central African Republic). In these cases, on the legitimacy of which is discussed, the initiation of the investigation was requested by the State itself of international crimes pertaining to the ICC. Thus, two normative modules have been proposed to proceed with the repression of individuals who are responsible for international crimes. The first, to which one adheres in the research, postulates the existence of a subjective right of States to respect their internal organization which the other States would violate, as a form of "privative" guarantee or sanction, pursuing its individual organs. Its foundation, therefore, is linked to the considerations already expressed about the two ad hoc Tribunals<sup>75</sup>.

During the work of the Diplomatic Conference the model of functioning of the ICC taken into consideration, primarily, was the consensual one. The entire statutory structure in matters of cooperation and assistance of States, assumption of the means of proof, execution of the decisions of the ICC, therefore, is structured to operate with respect to this system. The relationship between the Security Council and the ICC, on the other hand, although it represents one of the most "delicate" steps in the compromise reached in Rome, has not been the object of a complete discussion, so that various issues will have to be addressed and resolved by the interpreter<sup>76</sup>.

In spite of the pessimistic forecasts formulated at the time of the entry into force of the Rome Statute, the referral soon became a measure concretely adopted by the Security Council which brought to the attention of the ICC the situation of two countries not parties to the Rome Statute : Sudan and Libya.

The first referral on the situation in Darfur/Sudan is contained in Resolution 1593/2005 of 31 March 2005 adopted pursuant to Chapter VII of the Charter of UN<sup>77</sup>. After the opening of the investigations, on March 4, 2009, the I Pre-Trial Chamber upheld the request made by the Prosecutor to issue an arrest warrant against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, President of the Sudan in office<sup>78</sup>. The arrest warrant was sent to the Government of Sudan, to States Parties to the ICC and to the Member States of the Security Council not parties to the StICC<sup>79</sup>.

With the Resolution 1970 (2011) of 26 February 2011, approved unanimously, the Security Council asked the ICC to investigate the situation in Libya. On June 27, 2011, the I Pre-Trial Chamber upheld the request made by the Prosecutor to issue an arrest warrant against Libyan leader Muammar Gaddafi, the incumbent Head of State<sup>80</sup>.

The issue of the relevance to be attributed to the official position of head of state in office was addressed for the first time by the I Pre-Trial Chamber (to which both proceedings were assigned) in the decision on the case *Al Bashir* to whose motives was operated a mere reference in the decision concerning the *Gaddafi* case<sup>81</sup>. Given that at the time the arrest warrant was issued against the Libyan leader, President Al Bashir had not yet been insured for international justice, mainly due to the personal immunity he enjoys under international law, the Trial Chamber, in the decision against Gaddafi, could have dealt with more widespread and systematic the issue by offering a reasoning logic-juridical more argued to States Parties to the Statute that, as you will have to account, on several occasions have expressed doubts about the possibility of implement the arrest warrant<sup>82</sup>.

The subsequent death of the Libyan leader has effectively closed the procedure against him, so in the rest of the work we will refer only to the mandate against Al Bashir<sup>83</sup>. The ICC's Pre-Trial Chamber comes to affirm that the position of head of state in charge has no effect on its jurisdiction based on four considerations expressed in an increasing order of importance and incisiveness<sup>84</sup>.

The first reason is represented by the provision, already contained in the Preamble of the Rome Statute, according to which one of the objectives pursued with the establishment of the ICC is the end of impunity for the perpetrators of the most serious crimes that affect the international community in its together. In order to achieve

this objective, the second motivation of the ICC continues, the provision contained in art. 27 (1) and (2) on the irrelevance of the official position and the immunities, of domestic and international law, connected to it<sup>85</sup>.

Then, the Pre-trial Chamber continues, rules different from those of the Rome Statute can be highlighted, pursuant to art. 21, only if there is a gap in the written law of the ICC constituted by its Statute, the Elements of crimes and the Rules of Procedure and Proof, which can not be filled through the use of the traditional interpretive criteria provided for in articles 31 and 32 of the VCLT<sup>86</sup>.

According to the Chamber, the Security Council, through referral to the ICC, has accepted that investigations and any subsequent proceedings initiated take place in accordance with the provisions governing the functioning and activity of the Court (Statutes, Crime Elements and Procedure and Test). The reconstruction proposed by the Pre-Trial Chamber even puts on the table all the argumentative "tools" suitable to demonstrate the thesis it intends to support, it is not without shadows.

From a methodological point of view, its motivations recall, *mutatis mutandis*, the decision of the ICTY in the *Tadić* case<sup>87</sup>, in an attempt to contain the entire argumentative system within the statutory system, avoiding digressions that escape the international criminal justice system within which the ICC is called to operate. This is confirmed by the first three reasons, well structured and solid with respect to a conventional system, but which, however, are used, as in the present case, against a third State with respect to the Statute (therefore according to a normative model different from the express consent by the parties) are not shared. An attempt to Resolution of this limit is found in the reference contained in the last reason, to the referral of the Security Council, with respect to which, indeed, the whole analysis must be concentrated. In particular, it will be necessary to investigate the impact that the start of the procedure on referrals of the Security Council can have with respect to two distinct areas of operation of the rules on the personal immunity of a constitutional organ: the vertical one, related to the relationship between the individual-organ and the ICC; the horizontal one, relating to the obligations on third States with respect to the StICC.

The reconstructions proposed by the doctrine on the irrelevance of the official qualification in front of the ICC criticizes the central role to be attributed to the referral of the Security Council. The irrelevance of the personal immunity due to the top organs of the State in the course of a procedure celebrated before the ICC has been rebuilt and justified in doctrine according to different argumentative schemes compared to those proposed by the I Pre-Trial Chamber<sup>88</sup>.

On the one hand, the opinions of those who consider the derivation of the immunity of President Al Bashir's personal immunity directly from the fact that the proceeding has been initiated on referrals of the Security Council can be attributed. This orientation seems to want to resume and develop the reasons given by the Pre-Trial Chamber<sup>89</sup>. The activation of the jurisdiction by the Security Council is reconstructed as a mandatory act that, pursuant to art. 25 of the UN Charter, all UN member states must respect. In particular, the forecast for which Sudan "must be fully cooperated with the Court" contained in Resolution 1593 (2005), would be able to place the country in the same position as a State party to the Rome Statute<sup>90</sup>.

It follows that the state of belonging of the individual-organ (in this case the Sudan) could not claim the personal immunity of its head of state since removed under the application of art. 27 of the StICC; while the other States parties of the ICC should proceed to the arrest and delivery of the foreign individual-organ, since art. 98 could not come here in relief. No obligation to cooperate, however, would be borne by third States with respect to the Statute<sup>91</sup>.

This thesis, although it has the merit of highlighting the peculiarity of the referral of the Security Council as a mechanism for activating the jurisdiction of the ICC, does not seem to be shared, proving, in some passages, even contradictory. In fact, this theory proposes a construction based on the commingling of the mode of operation of two systems: the one onus (according to which obligations can be imposed on UN member states) and that of the ICC (consensual in nature). The emphasis is placed on the contents of the Resolution of the Security Council 1593 (2005) which places a duty of cooperation on Sudan, to be considered binding pursuant to art. 25 of Charter UN<sup>92</sup>, to then draw consequences and effects for the other States parties to the Rome Statute, on the other hand, however, no explicit obligations have been provided in the Resolution itself. Resolution 1593 (2005) in placing a duty to cooperate against Sudan in the above terms, also takes into consideration the other States, with respect to which it specifies "while recognizing that the United States has not, urges all States and concerned regional and other international organizations to fully cooperate"<sup>93</sup>. In other words, the Resolution emphasizes the absence of obligations for third States, providing a mere call to "all States" (therefore both parties and third parties with respect to the Rome Statute) to cooperate with the ICC.

A second orientation, instead, reconstructs the irrelevance of the official position and the unenforceability of personal immunity to the ICC as the object of a customary norm<sup>94</sup>. This thesis appears to be more cautious than the role to be attributed to the Security Council referral, here considered only as a "trigger mechanism"<sup>95</sup> to activate the jurisdiction of the ICC with respect to whose functioning it would not have the repercussions proposed by the Pre-Trial Chamber orientation previously exposed. The fundamental issue to be solved, according to this approach, is to be found in the question of the existence of an exception established in the general right to the recognition of immunity *ratione personae* in the case of accusation of international crimes brought before an international court.

It follows that, in the relationship between the ICC and the State of belonging of the individual-body, art. 27 StICC is considered to be in compliance with a principle in force in general international law and therefore applicable to all States, regardless of their adherence to the Rome Statute. In terms of relations between States parties and third States of the Statute, however, the traditional discipline on the inviolability of the Head of State would still be in full force, so that Sudan could continue to demand respect for the personal immunity of its top bodies by all States. The thesis in question has the merit of providing a reconstruction that moves according to traditional legal schemes of relations between norms, customary and conventional. Furthermore, by proposing an analysis of the state of general international law in this field, it takes into due consideration the different cases of the practice on which we have focused in the course of this study. What, however, can not be accepted is the

reconstruction of the irrelevance of personal immunity as a general principle that operates in front of any international criminal tribunal, without distinction of any kind about the title under which the individual court exercises its jurisdiction. In an international order, in which the judicial function is of an arbitrary nature, the analysis on the operation of the customary rules which sanction the irrelevance of the official qualification can not be detached from the investigation of the legal basis on which a given court international is called to exercise its jurisdiction. Only where it is shown, according to the teaching of the ICJ, that a given court is on the one hand "truly international" and, on the other, has jurisdiction, it will be possible to highlight the customary rule in question.

It is inferred that, if the cases in which the State of belonging of the top management is part of a conventional system such as that established by the ICC in which case the irrelevance of immunities must be rebuilt in terms of renunciation by the State - the only known hypothesis in which an international criminal tribunal is "compulsorily" competent- (that is, independently of the will of the State of belonging of the individual-organ) is that in which the Security Council establishes or activates it as measure for the maintenance of international peace and security.

The role of this organ is fundamental: the referral, in fact, introduces in the conventional system established by the Rome Statute the possibility for the Security Council to activate the ICC by subjecting it to those situations that, for the consequences that may have for the purposes of geo-stability politics, can pose a threat to international peace and security. The provision contained in art. 13 that allows the Security Council to start the activity of the ICC according to an operating model that recalls the experience of ad hoc international criminal tribunals, has introduced in the Rome Statute a link with the collective security system provided by the Charter of the UN, while at the same time overcoming the objection previously expressed against the two institutions operating for the former Yugoslavia and the Rwanda of Tribunals created ex post facto<sup>66</sup>.

Because of this similarity, the power of the Security Council to activate the ICC has the same legal basis that justifies the establishment of ad hoc tribunals: a custom established in general law that gives the Council exorbitant powers compared to the original system of the Charter of United Nations. The use of these powers is explained by the publicistic role assumed by the Security Council in the management of collective assets and values of interest to the international community as a whole. It follows that the removal of immunity *ratione personae* of which the heads of state in charge are beneficiaries would be rebuilt in terms of sanctions against the State of belonging of the organ.

Now, the failure, in the terms just described, of the operation of the norm of customary law that recognizes the personal immunity of the heads of state in office implies that the States parties to the Rome Statute are obliged to comply with the requirements of the Pre-Trial Chamber, since the other obligations under the general international law to which art. 98, par. 1 StICC<sup>67</sup>. In fact, they are no longer subject to two conflicting obligations for which the conditions necessary to justify the application of the latter rule fall. Instead, we reach different conclusions by analyzing the situation of states that have not adhered to the Rome Statute. If, in fact, even for these

there is no longer the obligation to respect the personal immunity from the criminal jurisdiction of the governing bodies in office, as removed from the Security Council by way of sanctions, as no State Parties to the ICC do not have obligations to perform of the acts of this system with respect to which they remain unrelated.

No obligation, then, can be derived from the two referral resolutions (whose normative content is identical), since the Security Council, while exercising the powers provided for in Chapter VII of the UN Charter, has limited itself to exhorting all States to collaborate and assist the ICC, without placing any obligations imposed on them<sup>98</sup>.

Therefore, for the reasons set out above, since the general rule on immunity *ratione personae* has ceased to exist, States not parties to the Rome Statute may decide to proceed to the arrest of the accused person who is in their territory without that act is detrimental to general international law. For these States, in fact, the execution of the arrest warrant against a foreign body becomes the object of a faculty.

This reconstruction makes it possible to highlight the close relationship that exists between the commission of international crimes by individuals-bodies that hold the highest positions in the State and the international responsibility of the State to which they belong. Referrals from Sudan and Libya cases, therefore, must be traced back to the broader range of coercive measures taken by the Security Council against the two countries. Now, the theses just proposed, according to which the heads of state in office can be translated and tried before the ICC without being able to invoke the immunity from the jurisdiction they enjoy according to international law must be compared and analyzed with attitudes and the positions taken by the States, both individually and within international organizations, have dealt with the issue on the basis of their competence, in order to extract elements of practice and *opinio juris* in support.

## 5. REACTIONS TO THE ISSUANCE BY THE ICC OF THE ARREST WARRANT AGAINST THE PRESIDENT OF SUDAN AL BASHIR.

What is expressed is confirmed by the practice of the States developed after the issue of the two arrest warrants in comment. The issuance of the mandate against Al Bashir involved a series of reactions both within Sudan<sup>99</sup>, and internationally. To date it is still inexistent but it is interesting to evaluate the considerations expressed in this regard by the countries receiving the arrest order the current Head of State in charge, both individually and within the regional organizations. The harshest reactions to the arrest warrant against the Sudanese President have been directed more to the criminal policy of the ICC, and in particular its Prosecutor Luis Moreno-Ocampo. He was accused of concentrating his action exclusively on the events of the African continent. Now, although these considerations go beyond the scope of the present research, it is necessary to underline that all the proceedings initiated before the one on Sudan began on "autoreferral" of the country and not by the independent investigative choice of the Prosecutor<sup>100</sup>.

By launching the survey from the positions expressed by the competent regional organizations, the line followed by the African Union presents interesting profiles. This organization, already at the time when the Prosecutor had filed an application for the issuance of the arrest warrant, had approved a decision asking the Security Council to block the ongoing proceedings against Sudan, exercising the power of recognized deferral to the United Nations political body by art. 16 StICC<sup>101</sup>. Subsequently, in July 2009, the Union adopted unanimously, a Resolution articulated on the issue, with which the African Union member states expressed their concern about the arrest warrant against President Al Bashir and disappointment for the Security Council's failure to take into consideration the invitation to block the proceeding, deciding not to cooperate with the ICC in the execution of the mandate<sup>102</sup>, citing as a legal basis of this decision the provisions of art. 98 of the Statute on immunity<sup>103</sup>. However, in the same decision, a request was made to the African Union Commission to organize a conference of African Union member states and parts of the ICC-also open to the participation of the other member states of the organization-with the task of analyzing some issues to be brought to the attention of the States Parties to the ICC during the Kampala Review Conference. Among the points to be addressed, the Assembly of the African Union indicated the application of articles 13, 16, 27 and 98 StICC<sup>104</sup>, as well as a general clarification of the procedures that the ICC must follow and, in particular, of the regime of immunities due to the organs of third States with respect to the Statute<sup>105</sup>.

Now, the Resolution of the African Union, can be considered as an absolutely legitimate act and, according to the writer, to be shared for the "balance" of the positions expressed there<sup>106</sup>. The Assembly of the African Union does not dispute the power of referrals, nor does it firmly endorse the resistance of Al Bashir's personal immunity to the ICC, but asks to specify the functioning of the ICC "model" of operation based on the referral of Security Council<sup>107</sup>. The Kampala Conference has not provided any clarification on any of the issues referred to by the African Union, which therefore continue to be reconstructed on the basis of the analysis of practice data. The Arab League, another major regional organization operating in the area, instead, at the request of President Al Bashir, despite having expressed its disapproval of the arrest warrant issued by the ICC, did not reach agreement on the proposal to formally request the Security Council the deferral of the proceeding, pursuant to art. 16 StICC<sup>108</sup>.

In *speciem*, according to Al-Bashir, PTC II, Jordan Decision, 11.12.2017<sup>109</sup> we could say that in neither the South Africa nor the Jordan Decision does the majority of the Pre-Trial Chamber II properly explain the legal sources and reasoning applied. It merely points to the Namibia ICJ Advisory Opinion without explaining its relevance or weight as an argument. Namibia simply recalls the binding nature of UNSCRs on UN Member States under article 25 UN Charter. However, this is not the central issue; the question is what the legal consequences of referral resolutions are and not whether they are binding per se. The decision on Jordan's non-compliance will likely not address whether Al-Bashir's personal immunity is a hinder to the Court's exercise of adjudicatory jurisdiction over a non-State party such as Sudan, because the decision only concerns cooperation. However, should the ICC Chamber rule on exercise of adjudicatory jurisdiction over a non-State party, they should simply apply article

27(2)<sup>110</sup>. In line with the Arrest Warrant Decision I, the best stance *de lege ferenda* is that the Court must apply its own framework when there is no lacuna in the Statute. As Article 27(2) addresses the irrelevancy of immunities before the Court, the ICC should find that there is no lacuna and that it is bound to apply the article. This argument is supported by the fact that Article 27(2) addresses limitations to the ICC's exercise of jurisdiction, and not obligations put on States Parties. Consequently, as long as the Court's jurisdiction over a non-State party is triggered by a UNSC referral, the ICC should issue arrest warrants in spite of personal immunities. The application of article 27(2)<sup>111</sup> should be limited to the adjudicatory jurisdiction, as Sudan's status as a non-State party hinders the Court's ability to demand cooperation solely by virtue of the decision in par. 1 of UNSCR 1593 to refer the Darfur situation to the ICC. The decision in par. 2 to obligate Sudan to cooperate fully has implicitly waived immunities horizontally in face of States Parties' cooperation with the Court for arrest and surrender and believe that a judicial process against Al-Bashir in principle does not hinder a political solution to the Darfur conflict. The ICC should continue to apply justifiable interpretations of UNSCR 1593<sup>112</sup>, and find that States Parties must arrest and surrender Al-Bashir when he visits their territory. African and other States Parties will likely continue to oppose such requests. In the long-term. We believe an offensive approach by the ICC with continued international pressure better serves the goals of peace and justice<sup>113</sup>.

From the positions expressed by the States in these important multilateral fora, it is possible to grasp the uncertainty regarding the current state of international law in this field which, from the careful reading of the commented resolutions, tends to focus on the issue of obligations on third States as the jurisdiction of the ICC is activated with referrals from the Security Council.

The same conclusions are reached by reviewing the positions taken individually by the States requested to implement the mandate. In fact, after the issuance of the arrest warrant, the Prosecutor has constantly monitored the international movements made by President Al Bashir asking, promptly, to the host States parties explanations about the reasons on the basis of which they have not stopped and deliver to the ICC the accuser<sup>114</sup>. States have constantly expressed uncertainty about the possibility of complying with the ICC's request. This situation of uncertainty can not be considered surmountable in the light of the Resolution of referrals which, as we said, does not impose obligations but merely "invites" third States with respect to the Rome Statute to cooperate with the ICC<sup>115</sup>.

The I Pre-Trial Chamber approved a series of decisions with which it informed the Security Council and the Assembly of States Parties of the visits made by President Al Bashir and his failure to stop by host states, Kenya, Chad and Djibouti, to which the Security Council, again, has not given feedback. From the examination of the practice of States immediately following the issuance of arrest warrants against the presidents in charge of Sudan and Libya, it is clear that the main issue around which the most important statements are expressed is the fact that proceedings have been brought to the knowledge of the ICC through a referral contained in a Security Council Resolution approved under Chapter VII of the UN. In particular, it is striking that even if it was decided not to follow up the requests for arrest and translation of

the defendants in front of the ICC (as in the case of the Decision of the General Assembly of the African Union), the reasons given relied more on the poor clarity of the obligations incumbent on the States based on the content of the Referral Resolutions, which on the resistance of the general rule of personal immunity of the heads of state in charge.

#### 6. THE VALUE, AS A RELEVANT PRACTICE, OF THE ALMOST TOTAL ABSENCE OF INTERNAL PROCEEDINGS BROUGHT AGAINST CONSTITUTIONAL BODIES OF THE FOREIGN STATE IN OFFICE: THE CASE OF PERSONAL IMMUNITY.

Following the ICJ ruling in the case of the arrest warrants, in national jurisprudence there is a trend that is exactly the opposite of that recorded in international jurisprudence. This is demonstrated by the fact that after the opening of the procedure against Minister Yerodia, numerous situations of diplomatic tension had arisen between Belgium and several other countries concerned about the consequences of a possible consolidation, in the national jurisprudence, of the application of the jurisdiction of a "pure" universal criterion<sup>116</sup>. In fact, it is important to bear in mind that many international organizations are located on the Belgian territory, in which foreign bodies of foreign countries are constantly visiting. In these hypotheses, the constitutional organs on an official visit are protected not only by the norms of customary international law, but also by the contractual norms contained in the rules governing official missions abroad and, in particular, by the rules on privileges and immunities contained in the headquarters agreements between the host State and the international organization. However, on the political level, it is evident that the fear of the trend initiated by the *Yerodia* case has led many States to put pressure on Belgium to limit the possible effects of the legislation in question.

Simultaneously with the development of the Congo procedure, see Belgium before the ICJ, the country's national courts had been called upon to rule on the criminal responsibility of Ariel Sharon and other top organs of Israel for the indictment of the commission of acts of genocide and crimes against humanity<sup>117</sup>. The issue was definitively decided by the Belgian Court of Cassation with a sentence, issued in February 2003, which recognized immunity *ratione personae* to Sharon, Prime Minister in office<sup>118</sup>. The reasons given by the Belgian Court of Cassation in this decision are clearly aimed at the development of every possible argument to block the application of the law on the repression of serious violations of humanitarian law, at the time still in force with the same formulation that had allowed to open the proceedings against *Yerodia*. There is no doubt, in fact, that the omission of the search for elements of the practice that could justify the initiation of the proceedings against Sharon was dictated by the fear of exposing Belgium again to international disputes<sup>119</sup>. The conclusions reached by the Court of Cassation were then confirmed by the decisions of the Belgian judiciary to file all appeals against constitutional bodies of foreign states in office<sup>120</sup>. The same fate, namely the filing or rejection, are affected by other appeals filed before the Swiss courts<sup>121</sup>, Spain<sup>122</sup> and the US<sup>123</sup>.

It is evident that to widen the international responsibility of the State to include also an "obligation of secrecy" regarding procedures in which the foreign constitutional organ is marginally involved-and, in any case without any complaint about its individual personal responsibility-it moves in the direction absolutely opposed to any attempt to suppress international crimes and, more importantly, from a technical-juridical point of view it is difficult to justify in the light of the ratio legis of personal immunity from the criminal jurisdiction expressed by the brocardo ne impediatur legatio. In the ruling of 3 February 2012<sup>124</sup>, the ICJ has ruled on the relationship between rules on the repression of international crimes and rules on the immunity of the foreign state from civil jurisdiction, defining the controversy that has been opposed by Germany and Italy. This procedure has placed the thorny issue at the ICJ dispecifying the effects resulting from the recognition of imperative value to the rules on the repression of international crimes. The ICJ has hastily resolved the issue by denying the configurability of a conflict between the rules that recognize the jurisdictional immunity of the foreign State and those of jus cogens that prohibit the commission of serious international crimes<sup>125</sup>. According to the judges of the Hague, the former are procedural, unlike the latter, which are of substantial content. The ICJ has thus avoided giving adequate indications about the way to follow for the State burdened by two obligations of an opposite nature.

Even if it is so small, the practice in question, characterized by the uniformity of decisions always favorable to the recognition of personal immunity to the constitutional bodies of the foreign State, without possible exceptions linked to the accusation of international crimes, is to be considered an important index of the consolidation of the opinio juris about the inviolability of the organs of the summit in front of the national jurisdictions.

In fact, from the comparison of the practice of national courts, before and after the ICJ ruling, there are no significant differences, in the sense that even in the period before the decisions in the case *Yerodia* no proceedings were filed against the bodies in office arrived at the sentence. However, to a more careful reading, from the comparison emerge elements certainly relevant for the reconstruction of the opinio juris of the States: the cases reviewed in this part of the research show that attempts to assert the demand for justice of individuals victims of crimes have been constantly blocked at the earliest stage of criminal proceedings, according to the relevant national procedural rules. If, therefore, before the Mandate Arrest judgment, some national courts had posed the problem of the need to reconcile the obligations of States with regard to the recognition of immunities with that of the prevention and repression of the most serious international crimes, after this sentence national courts strongly deny the idea that there exists, or a derogation from the personal immunity rule is configurable. This fact, which is concrete in the absence of proceedings celebrated by national courts, demonstrates the persistence of an opinio juris according to which the recognition of absolute immunity to the constitutional bodies in office is required by general international law in which, at present, no exception is found.

The abandonment of the principle of "pure" universal jurisdiction in favor of the "conditioned" jurisdiction as an index of the consolidation of a opinio juris concerning the treatment of foreign constitutional bodies: the repeal of the Belgian law and the

modification of the Spanish and English national laws on the repression of international crimes.

The conclusions arrived at by analyzing national jurisprudence are supported by another practice, represented by the tendency to abandon the principle of "pure" universal jurisdiction in various national legal systems that had adopted legislation to that effect<sup>126</sup>. The criteria for the exercise of criminal jurisdiction pertain to the general punitive power that the State chooses to exercise, in some cases also due to obligations conventionally assumed. However, the legislative changes made always find their occasional legislation in judicial controversies or diplomatic pressures suffered by the states in business concerning the denial of immunity to foreign individuals/bodies.

The first case of this practice on which we must dwell is undoubtedly represented by the amendments gradually made to the Belgian legislation that had given rise to the Congo dispute. Belgium, culminating in the repeal of the legislation on universal criminal jurisdiction. In fact, despite the decision on the *Sharon* case, the Belgian national courts have provided an interpretation of the legislation on the applicability, *ratione personarum*, of the 1993 law on serious violations of international humanitarian law, the international pressure on the country, to formally modify the law in question did not cease<sup>127</sup>. Thus, in May 2003 a first amendment was approved which rewrites art. 5, par. 3 on the irrelevance of the official function in these terms "l'immunité internationale attachée à la qualité officielle d'une personne n'empêche l'application de la présente loi que dans les limites établies par le droit international"<sup>128</sup>. In this way a clear reference was made to the full validity of the rules on immunities provided for by international law. Now, the formulation of the law, which tautologically affirmed the importance of the immunities recognized by international law according to the limits established by international law, certainly could have left the door open to different interpretations. The question that arose was that of assessing the existence of limits to immunities in international law, not in the internal legal system. It would have been sufficient to argue that the irrelevance of the official function and of the immunities connected to it was consolidated in the international order in order to open new national proceedings against foreign constitutional bodies. Therefore, the aforementioned pressures against Belgium have not ceased until the country has formally repealed the legislation in question<sup>129</sup>. On the contrary, this abrogation was also followed by the inclusion in Chapter I of the Preliminary Title of the Criminal Procedure Code of a new law, art. 1 bis, which explicitly recognizes personal immunity to heads of state, government and foreign foreign affairs ministers, as well as to other foreign bodies to which such immunity is recognized by international law<sup>130</sup>.

The legislation thus introduced in Belgian legislation not only takes a step back from the immunity generally recognized to the troika of the top bodies of the state, but also leads to a widening also towards other top management, inserting itself into that practice which tends to increase the beneficiaries of the immunity in question, up to including all the organs of ministerial rank having international responsibilities. According to the writer, the opinion according to which the first paragraph of art. 1 bis would always make it possible to investigate any person officially invited into the

country, having to refer to his dictation only to coercive measures. The generic reference to "other persons to whom immunities are recognized according to international law" seems to echo the formulation of the ICJ sentence in the Mandate Arrest sentence, which so many criticisms drew into doctrine<sup>131</sup>, and therefore lends itself to the same findings about its suitability to expand the list of beneficiaries of the immunities in question, which has already been discussed.

The same path can be found in the process that led to the approval in Spain of the Ley orgánica 1/2009 of 4 November 2009 which modified the Ley orgánica 6/1985 of the poder judicial<sup>132</sup>. Article 23, par. 4 of the 6/1985 law introduced the principle of "pure" universal jurisdiction into the Spanish legal system, making the national courts competent to investigate the individuals considered responsible for the commission of serious international crimes without there being any particular connection between the criminal offense and Spain<sup>133</sup>.

The law in question had allowed the celebration of numerous criminal proceedings against individuals-bodies of foreign states of high rank. This is the legal basis on which the Spanish judges had initiated the proceedings against General Pinochet, during which they had requested extradition to Britain. And, again according to the wider application of the principle of universal criminal jurisdiction, over the years the Spanish judges had carried out investigations against top organs of Latin American countries, but also against Chinese, US and Israeli officials. However, formally the legislation in question was still in force and the jurisdiction of the Spanish courts could still have been exercised, with the sole risk for the judges who did not comply with the criteria elaborated by the Supreme Court, to see their decision pleaded. Interference in the performance of international relations, therefore, could continue to materialize. Hence the decision to change the Ley orgánica<sup>134</sup>. The amending law does nothing more than codify what has already been affirmed by the Supreme Court, given that the exercise of Spanish jurisdiction is subject to three conditions: the presence of the alleged perpetrator of the crime on Spanish territory; the Spanish nationality of one of the victims or the existence of some connection constraint with Spain. The initiation of a proceeding before the national courts, then, is possible only after ascertaining the absence of pending proceedings, for the same offense and against the same defendants, before an internal or international court.

Finally, the same trend is registered in the recent approval by the English Parliament of a law amending the law that makes the request for consent of the Director of Public Prosecutions mandatory for the issuance of an arrest warrant based on national legislation on the subject of universal criminal jurisdiction<sup>135</sup>. The amendment in question, as soon as it was approved, is also dictated by the same reasons as for the Belgian and Spanish legislation, among other things made "manifest" on the same website of the English Parliament where, in the Summary of the Bill it is specified that "the Government's aim in introducing this change is to prevent the courts being used for political purposes".

The changes to the national legislation on the exercise of universal criminal jurisdiction have been dictated, as has been shown above, above all by the desire to avoid the establishment of proceedings against bodies at the top of foreign states. This figure is even more relevant if we consider that the legislation of the countries

that had made the "breaking" procedures of the traditional system of recognition of immunities from the jurisdiction of the individual-body in favor of repression was the object of restrictive changes of serious international crimes. Therefore, the general tendency to confirm the full vigor of the norms guaranteeing the absolute immunity of the individuals-organs of the summit before the national courts is deduced from the reconstructive ends of the *opinius juris* of the States.

## 7. CONCLUDING REMARKS AND OUTLOOK

At the end of the present survey it is possible to affirm that the analysis of the most recent case studies has allowed to identify some manifestations of the practice supported by an appropriate opinion of the States regarding the application of the law on the personal immunity of the state's constitutional bodies accused of international crimes.

The attempt by some national courts to resolve the conflict between the recognition of judicial exemption to the constitutional organs of the state and the repression of international crimes, calling into question the validity of the traditional regime of immunities, has been blocked by the ICJ which, in the Arrest Mandate, confirmed the application of the rule of absolute impropriety against the individual-foreign body before the national courts. The inquiry into the practice of internal tribunals following this decision shows that in the national courts the principle of the personal inviolability of the constitutional bodies in office has found renewed vigor. States have become increasingly reluctant to "deal" directly with the punishment of crimes committed within foreign states, as demonstrated by the changes made to the national laws of those systems that had initially upheld the principle of universal jurisdiction. "Pure", precisely in order to prevent criminal proceedings against constitutional bodies of foreign states. On the international level, however, the observed practice allows to reach different conclusions. In fact, in recent years there has been a process of "institutionalization" of international criminal justice precisely in order to put an end to the impunity of the authors of the most serious international crimes that are often committed by those who hold top positions in the state organization. The creation of the ad hoc criminal tribunals, first, and of the ICC, then, demonstrate the consolidation in the *juris juris* of the States of the idea that the repression of international crimes committed by the constitutional organs of the State must be implemented in front of an international court, even with the limits connected to the exercise of the judicial function in international law.

It is precisely the presence of the structural limit constituted by the absence of a compulsory court that allows us to grasp the common element of the practice under examination: the action of the international tribunals before which trials have been celebrated against the heads of state in office it is always due to a measure adopted by the Security Council on the basis of the powers envisaged by Chapter VII in terms of maintaining international peace and security. In particular, in the cases reviewed in the second part of the work (ex-Yugoslavia, Sudan, Libya) it was not possible to configure an aggressive behavior held by a State against another State, in itself suitable to lead to an armed conflict international, but rather the extended and systematic commission of serious international crimes perpetrated under the direction and with

the collaboration and complicity of the highest offices of the state. It follows that the formal qualification of the commission of serious international crimes of the individual as a threat to international peace and security can be traced back to the consolidation of a "trend" emerging for some time within the Security Council to broaden the concept in, in order to justify the adoption of measures aimed at sanctioning the State of belonging of the individuals/organs of the summit that are responsible for them. In fact, at the rise of fundamental interests and values for the international community as a whole, also protected by the rules on the repression of international crimes, the consolidation of a regime of "aggravated" responsibility for the State of belonging of the individual author of the crimes is followed. The existence of this most unfavorable regime of responsibility for the State that violates rules aimed at safeguarding the fundamental values of the international community has been the subject of discussion in the codification work on the international responsibility of the State, finding recognition at first in the distinction between offenses and international crimes provided for by the well-known art. 19 of the Draft of Articles on International State Responsibility of 1996 and, subsequently, in the Draft of Articles of 2001<sup>136</sup>. The latter, even if he no longer contemplates the distinction between crimes and crimes of the State, continues to regulate the consequences of "serious violations of obligations deriving from imperative rules of general international law"<sup>137</sup>. However, in this Draft of articles of more recent codification no references to the procedure for implementing the aggravated responsibility of the State are found. In particular, the Project does not exclude or clarify, on the basis of the uncertainty of the practice on the matter, whether the management of the aggravated responsibility regime can be advanced by any single State or whether it should be administered collectively by the Security Council of the Nations United. Thus the disregard of the principle of respect for the internal organization of the State, which derives from the exemption of the rule on immunity from the jurisdiction of individuals-organs of the summit, codified in the Statutes of the Tribunals examined can be interpreted as a countermeasure of a sanctioning nature against the State of belonging of the organ, responsible for having violated norms of fundamental importance for the international community as a whole.

In *speciem* the International Law Commission of the UN (ILC) which, in the course of its 58th session, in 2006, approved the Report of the Study Group "Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission (Finalized by Martti Koskeniemi) with the Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law"<sup>138</sup>. The ILC study distinguishes itself, as explicitly desired, for the essentially pragmatic and concrete cut that the members have decided to give to the results of the work. The declared purpose, in fact, was to create a "tool-box", to which to draw to resolve possible conflicts of international norms safeguarding the consistency of the legal system. This study moves from some fundamental methodological premises, clearly stated at the start of the Conclusions, where we read that international law is a legal system and that, as such, is not composed of "a random collection of such norms"<sup>139</sup>. The need arises to make an interpretation that takes into due account the relationships between the different rules, in light of their characteristics of specialty, of succession over time and of hierarchical value. According to the firm, therefore, when one has to apply two apparently

colliding rules, it will be necessary, first of all, to identify the relationship that exists between them. This can be a relationship of interpretation, in which case a standard is helpful in understanding the other's disposition; or a conflict report, in which case two standards are simultaneously valid and applicable to the case in point. In both cases, according to the Commission, it will be a good idea to attempt an interpretation based on the principle of harmonization, including through the interpretation forecasts contained in the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT)<sup>40</sup>. Having clarified the basic approach, the study focuses on four "rupture" hypotheses of the system, attempting to provide adequate tools to solve the problem. The ILC prefers to refer to special regimes, rather than to self-contained regimes, in order to bring the solution of the case in the more general operation of the principle of the *lex specialis*, as well as to avoid dangerous definitions that seem to separate these legal regimes from the legal system international general. In the Study three different special regimes are distinguished: the first is represented by those hypotheses of groups of primary norms accompanied by their own secondary norms operating in case of violation of the former; the second one consists of those norms, attributing rights or obligations, linked to each other for the reference object; the third is constituted by norms and principles that regulate a specific area of the international order and which, although having a different formal source, must be read as a whole because they have the same object and purpose. The first category certainly belongs to the rules on diplomatic immunity, while in the third category, both international humanitarian law and international human rights law fall within the scope of the Commission's Conclusions.

The problematic of the relationship between the norms contemplating the diplomatic immunity traditionally recognized to individuals-constitutional organs of the State and those on the repression of serious international crimes that violate humanitarian law and human rights arises as a problem of relationship between special regimes that could, therefore, find solution by applying the principle of *lex specialis*. The Commission is concerned only with identifying the relations and conflicts between a special regime and general international law, both in the case of the physiological operation of the special scheme and in the case of failure of the guarantee rules provided for therein. On the other hand, any reference to the specialty relationship between special norms is omitted, which perhaps would have had a greater need for further analysis, also in light of the problems highlighted in the same premise of the UN study. In fact, the UN Commission is working to provide a definition of conflict relevant to the problem of fragmentation. The criterion adopted, however, is extremely restrictive because it aims to consider conflict only the hypothesis in which the behavior of a State aimed at fulfilling an obligation (deriving from the treaty) is ex if a non-fulfillment of another obligation. The UN Commission is not concerned with providing new concepts or concepts, but assumes that the well-known previous definers of both categories are shared. With regard to imperative law, for example, he considers the nature and effects of the ICTY ruling in the *Furundžija* case to be well specified, in which the prohibition of torture states that "(...) because of the importance of the values it protects, this principle has evolved into a peremptory norm of *jus cogens*, that is, a norm that enjoys a higher rank in the International hierarchy than treaty law and even "ordinary" customary rules. The most conspicuous consequence

of this higher rank is that principle at issue cannot be derogated from by States through treaties or local or special customs or even general customary rules not endowed with the same normative force"<sup>141</sup>.

According to the law, the juridical regime of *jus cogens* is linear. In fact, three possible hypotheses of conflict are identified: the one with the patent law, the one with the general right and the one with another norm of equal rank. In both the first and second case the prevailing norm should prevail. While in the third case the following binding rule could well derogate from the previous one, as foreseen by art. 53 VCLT<sup>142</sup>. It must be noted that the UN Commission agrees in recognizing that, with regard to the relations between the latter and the repression of international crimes, the ICJ ruling in the case of *Mandate Arrest* represents a major watershed that requires a different analysis of the data of the practice, previous and following. It is not possible to imagine that the final outcome of the UN Commission can reach particularly advanced solutions regarding the issue of the repression of serious international crimes through the refusal of the immunity of the individuals/organs of the State held responsible. In the Second Report, in fact, the Special Rapporteur Kolodkin, after outlining the data of the practice taken as a reference, concludes that there are no elements of practice capable of supporting the hypothesis of consolidation of forms of exception to the traditional immunity regime<sup>143</sup>. Nonetheless, the ILC, in the discussion on the Report, intends to analyze the possible exceptions that the immunity regime could suffer in the case of accusation of international crimes, while remaining firm to clearly indicate, where proposed, solutions that are characterized by their character of progressive development of international law<sup>144</sup>. The thorniness of the problem of the delimitation of the purpose and the goal of the work is clear from reading the proceedings of the discussions during which many members express the conviction that the UN Commission's investigation should be based on a careful analysis of the law in force. The material discipline of the Resolution of Vancouver of 2001 to Naples of 2009<sup>145</sup>, apart from the important definitive articles, is entirely in art. III entitled "immunity of persons who act on behalf of a State" which provides:

- "1. No immunity from jurisdiction other than personal immunity in accordance with international law applies with regard to international crimes.
2. When the position or mission of any person enjoying personal immunity has come to an end, such personal immunity ceases.
3. The above provisions are without prejudice to: (a) the responsibility under international law of a person referred to in the preceding paragraphs; (b) the attribution to a State of the act of any such person constituting an international crime"<sup>146</sup>.

The intent to protect the need to repress the most serious international crimes is captured by the wording "in negative" of art. III which excludes immunity from jurisdiction in cases of commission of international crimes, except for personal crimes. Without prejudice, therefore, to the substance of the content, the approach of the members of the Institut seems to be changed compared to previous works. The norm, in fact, seems to affirm, as a general principle, the non-invocability of rules on immunity in the case of international crimes, relegating the application, though absolute, of the personal one in a sentence of the sentence. In essence, art. III, paragraph 1, conti-

nues to consider personal immunity in the face of national courts, absolute and resistant to the accusation of international crimes.

On the contrary, the change in approach that is perceived compared to the invocation of functional immunity is not unimportant. The literal interpretation of the provision, in fact, makes it possible to infer that the relationship between the commission of international crimes and the recognition of immunity represents an exception to the general rule without distinction regarding the "public" or "private" nature of the acts performed. The individual-body accused will have to answer for his own conduct without being allowed to claim the "official functions" previously held. The norm can be interpreted according to the thesis that here is held for which a system of repression of international crimes would be established based on a complementary mechanism of the national and international jurisdictions, for which the individual-organs ceased by the their functions, they could be subjected to criminal trials according to internal rules on universal criminal jurisdiction, while against the constitutional bodies of the State in office one could proceed only before an international court having jurisdiction over the case. In fact, in the latter hypothesis the ratio legis would fall to the recognition of personal immunity since the judgment would not be between equal entities and the ICC proceeding would be entrusted with the functions of guaranteeing the established mandatory norms to protect the fundamental values of the community international, according to the possible ways of managing these collective interests already outlined above. The criminal responsibility of political and military leaders with respect to international crimes must remain anchored to the fundamental principles of criminal international law: legality, personality and materiality. It is precisely the respect of these principles that guarantees the individual that he is not subject to arbitrary punishment, which is the foundation of all systems of law. The law on individual criminal liability for international crimes, while taking into account its peculiar characteristics, can not deviate from the common general principles that govern the internal names on the criminal responsibility of the individual. This perspective is the reason why it is indefatigable that the rules on responsibility that reconstruct the criminally relevant conduct is not interpreted extensively but that particular attention is paid to the reconstruction of both the objective and subjective elements of this conduct. The practice is still uncertain perhaps because up to now moved by the need to break with the past and clearly assign responsibilities in individual for those international crimes that are the expression of state policies or parastatals. It seems to us that the time has come to overcome this initial phase of affirming the principle of individual responsibility at the international level to move towards the creation of a more reliable and effective system of penal norms. In the moment in which the systems of attribution of the unidirectional responsibility of the highest representatives are clear and clear, it will be more difficult to confuse the punishment of one with the consequences that on the international level must have for the State the pursuit of criminal policies. The attribution of criminal sanctions to non-recognition, in accordance with the principle of personality of criminal responsibility, must not be an excuse to punish the representatives of those States that the international community can not sanction with the use of the instruments proper to general international law.

In finis, the most important point of all, however, may be that the law in this area is in flux. At issue are perhaps the two most salient sets of norms modern international law knows: state sovereignty and the prohibition on violations of jus cogens. It is understandable to try to avoid clashes between them-and international law has largely done so thus far with respect to foreign sovereign and status-based immunities by classifying them as jurisdictional. Arguments equating conduct-based immunity to foreign sovereign immunity make conceptual sense. But they rely too much on analogy and what must at some level be false equivalences between the various immunities-immunities that international law itself tells us are different. It's cannot so easily set aside actual state practice and *opinio juris*, which classify conduct-based immunity differently. Some arguments in favor of jus cogens trumping immunity are many. But they have been under attack and have largely failed. So something new must be advanced or re-advanced in a way that can counter the prior rejection of these arguments. In my view, casting conduct-based immunity as a substantive defense is a promising way to do that.

According to our opinion: "(...) the absence of enforcement mechanisms in the international tribunals and the lack of co-operation of States has led to a delay in the international judicial process. In speciem, the controversy in relation to the status personal immunity before international tribunals and domestic courts has to be clarified. Besides the impact of the UNSC referral in the personal immunity of head of States of non-State parties to the Rome Statute is one of the major issues that need to be explained and asserted by the ILC in order to acquire co-operation of states in the indictment of high-level government officials. The current stand-off between a number of African States (for example) and the ICC seems to trigger a chain of action where African states are threatening and even few are in the process of the withdrawing their membership from the ICC. Thus, in order to maintain functionality of the ICC there needs to be a constructive discussion between African States and the ICC and with the participation of other Member States of the ICC. This perhaps will contribute to tackle negative perceptions against the ICC. The ICC has to reassure the ICC States by investigating and prosecuting atrocities in a global level. It is goes without saying that the criticism of bias against the global international justice system is mostly raised by threatened political leaders. Therefore, African states have to stop campaigning against the ICC. After all, the ICC can only acquire jurisdiction based on the principle of 69 StICC (complementarity principle). Thus, it is only when the domestic courts are unwilling and incapable of bringing to justice those accountable for crimes that the ICC takes charge of a case. If States are committed to respecting human rights and ending the culture of impunity, then the ICC will have a very limited significance over the continent. If States are serious about providing a solution for the impunity of international criminal crimes the undertaken efforts should be appreciated and encouraged. Establishing a regional court particularly to try crimes is going to need huge amount of resources. The issue of finance and political independence has to be managed as well. Most importantly, the immunity provision has to be omitted from the Protocol if it is going to have any success of maintaining justice and security in internationa level (...)"<sup>147</sup>.

## REFERENCES

- A.W. SCHABAS, **An introduction to the International Criminal Court**, Cambridge University Press, Cambridge, 2011
- B. SIMMA and others (red.), **The Charter of the United Nations: A commentary**, Vol. 1, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- CERNOR JALLOH, A. MORGAN, **International criminal justice processes in Rwanda and Sierra Leone: Lessons for Liberia**, in C. CERNOR JALLOH, E. OLUFEMI, *Shielding humanity. Essays in international law in honour of judge Abdul G. Koroma*, ed. Brill, The Hague, 2015.
- D. LIAKOPOULOS, **International Criminal Court: Impunity status and the situation in Kenya**, in *International and European Union Legal Matters*, 2014.
- D. LIAKOPOULOS, **Schutz des angeklagten im Strafverfahren, in International and European Union Legal Matters**, working paper series, 2013.
- D. LIAKOPOULOS, **Die Hybridität des Verfahrens der Internationalen ad hoc Strafgerichtshöfe und die Bezugnahme auf innerstaatliches Recht in der Rechtsprechung**, in *International and European Union legal Matters*, 2012.
- G.M. LENTNER, **The United Nations Security Council and the International Criminal Court**, Edward Elgar Publishers, 2018
- R. DUBLER SC, KALYK M., **Crimes against humanity in the 21<sup>st</sup> century**, ed. Brill, The Hague, 2018

Recebido em 09 dez. 2018. Aceito em: 21 dez. 2018

- 1
- 2D. LIAKOPOULOS, *Die Hybridität des Verfahrens der Internationalen ad hoc Strafgerichtshöfe und die Bezugnahme auf innerstaatliches Recht in der Rechtsprechung*, in *International and European Union legal Matters*, 2012.
- 3More commonly called the Special Tribunal for East Timor, this jurisdiction was established in 2000. It dealt with the crimes committed during the civil war that broke out in 1999. This justice system was set up within the United Nations UNTAET mission, which assisted the government of East Timor in the reconstruction of the administrative and judicial apparatus. The Court is composed of internal judges and applies national law. S. CHESTERMAN, *An altogether different order, defining the elements of crimes against humanity*, in *Duke Journal of Comparative and International Law*, 10, 2002, pp. 332ss. G. HEINE, H. VEST, *Murder/wilful killing*, in G.K. MCDONALD, O. SWAAK-GOLDMAN (a cura di), *Substantive and procedural aspects of international criminal law. Volume I: Commentary*, Kluwer law International, The Hague, 2000, pp. 175ss. In the same spirit see also from the jurisprudence from the Special Panels for Serious Crimes in Timor Est: SPSC, *Prosecutor v. Marques (Los Palos)*, Judgment, 09/2000, 11 December 2001, par. 649 and SPSC, *Prosecutor v. Agostinho Cloe*, Judgment, 4/2003, 16 November 2004, par. 15.C. CERNOR JALLOH, *The Sierra Leone Special Court and its legacy: The impact for Africa and international criminal law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 234ss. V.O.O. NMEHIELLE, *Africa and the future of international criminal justice*, Eleven International Publishing, 2012.C. CERNOR JALLOH, A. MORGAN, *International criminal justice processes in Rwanda and Sierra Leone: Lessons for Liberia*, in C. CERNOR JALLOH, E. OLUFEMI, *Shielding humanity. Essays in international law in honour of judge Abdul G. Koroma*, ed. Brill, The Hague, 2015. Y. BEIGBEDER, *Special panels for serious crimes in East Timor. Now Timor-Leste*, in Y. BEIGBEDER, *International criminal Tribunals*, ed. Palgrave Macmillan, London, 2011.S. LINTON, *Rising from the Ashes: The creation of a viable criminal justice system in East Timor*, in *Meburne University Law Review*, 25 (1), 2001, pp. 146ss. K. AMBOS, M. OTHMAN (a cura di), *New approaches in international criminal justice: Kosovo, East Timor, Sierra Leone and Cambodia*. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Reihe Interdisziplinäre Untersuchungen aus Strafrecht und Kriminologie, 2003. C.P.R. ROMANO, A. NOLLKAEMPER, J.K. KLEFFNER (a cura di), *Internationalized criminal Courts and Tribunals: Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- 4In Cambodia, April 17, 1975, to January 6, 1979. (Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea, NS/RKM/0801/12 (2001), as amended by NS/RKM/1004/006 (2004). Alt-

though Colombia has not adopted any specific law implementing the Rome Statute, the following provisions of the Criminal Code are applicable to crimes against humanity: Genocide: arts. 101-102; Forced disappearance: arts. 165-167; Kidnapping: arts. 168-171; Arbitrary detention: arts. 174-177; Torture: arts. 178-179; Forced displacement: arts. 180-181; Crimes against people and assets protected by international humanitarian law: arts. 135-164; Crimes of terrorism: arts. 340-348; E. PALMER, S.J. WILLIAMS, A "shift in attitude"? Institutional change and sexual and gender-based crimes at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, in *International Feminist Journal of Politics*, 20, 2017. R.C. DEFALCO, Accounting for famine at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. The crimes against humanity of extermination, inhumane acts and persecution, in *The International Journal of Transitional Justice*, 5, 2011. M. DE GUZMAN, How serious are international crimes? The gravity problem in international criminal law, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 51, 2012, pp. 20ss. C. WAUGH, Charles Taylor and Liberia: Ambition and atrocity in Africa's lone star State, ed. Zed Books, New York, 2011. N. QUICK, Forced transfer and customary international law: Bridging the gap between Nuremberg and the ICTY, in S.M. MEISENBERG, I. STEGMILLER (a cura di), *The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. Assessing their contribution to international criminal law*, ed. Springer, The Hague, 2016, pp. 291-319. H. KUCZYŃSKA, Changing evidentiary rules to the detriment of the accused? The Ruto and Sang decision of the ICC Appeals Chamber, in *Polish Yearbook of International Law*, n. 37, 2017. C. MARXSEN, What do different theories of customary international law have to say about the individual right to reparation under international humanitarian law?, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht*, n. 78, 2018 (3). S. MEISENBERG, The extraordinary Chambers in the Courts in Cambodia. Assessing their contribution to international criminal law, ed. Springer, Berlin, 2016. K. CHIEDU MOGHALU, International humanitarian law from Nuremberg to Rome: The weighty precedents of the international criminal Tribunal for Rwanda, in *Pace International Law Review*, 14, 2002, pp. 285ss. S. SIVAKUMARAN, Re-imagining the international law of internal armed conflict, in *European Journal of International Law*, 22, 2011, pp. 240, 240.242. Y. DIRNSTEIN, *Non-international armed conflicts in international law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 186ss. R. KILLEAN, Victims, atrocity and international criminal justice. Lessons from Cambodia, ed. Routledge, London & New York, 2018.

5In particular see: Law No. 05/L-053 on Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office, Art. 1 (2). For more details and analysis see: A. FICHTENBERG, *Hybrid tribunals. A comparative examination*, ed. Springer, Berlin, 2015, pp. 169ss. S. WILLIAMS, *Hybrid and internationalised criminal Tribunals. Selected jurisdictional issues*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2012. P. MCAULIFFE, *Hybrid Tribunals at ten-How international criminal justice's golden child became an orphan*, in *Journal of International Law and International Relations*, 7, 2011, pp. 6ss. H. HOBBS, *Hybrid Tribunals and the composition of the Court: In search of sociological legitimacy*, in *Chicago Journal of International Law*, 16 2016, pp. 486ss. S. WILLIAMS, *The Specialist Chambers of Kosovo: The limits of internationalization*, in *Journal of International Criminal Justice*, 14 2016, pp. 27ss. D. LIAKOPOULOS, H. HARDOUIN, *Transitional justice, restorative justice of victims under hybrid criminal Courts*, in *International and European Union Legal Matters*, 2013. D. LIAKOPOULOS, *The right in absentia in the hybrid Tribunals. Comparative aspects with the other international criminal courts*, in *Juris Gradibus*, 2015. D. LIAKOPOULOS, *Die Hybridität des Verfahrens der Internationalen ad hoc Strafgerichtshöfe und die Bezugnahme auf innerstaatliches Recht in der Rechtsprechung*, op. cit.

6The principle *par in parem non habet imperium* was significantly present in one of the first judgments, from 1812, expressing the rule of State immunity; the *Schooner Exchange v. McFadden* (The *Schooner Exchange v. McFadden*, (1812) 11 U.S. (7 Cranch) 116. ). The *Schooner Exchange* influenced the law of State immunity since it was one of the first cases confirming that states should be protected from foreign jurisdiction. Chief Justice Marshall's explanation of the rationale of State immunity stated: "(...) one sovereign being in no respect amenable to another, and being bound by obligations of the highest character not to degrade the dignity of his nation, by placing himself or its sovereign rights within the jurisdiction of another, can be supposed to enter a sovereign territory only under an express license, or in the confidence that the immunities belonging to his independent sovereign status, though not expressly stipulated, are reserved by implication, and will be extended to him (...)". See also, for example, Section 15 of Regulation no. 2000/11, with which the United Nations Transitional Authority for East Timor (UNTAET), established the Special Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences which faithfully reproduces the content of art. 27 of the Statute of the International Criminal Court and art. 2 of the Statute of Extraordinary Chambers competent to judge the serious events in Cambodia, which recognizes the jurisdiction of the Chambers on the leaders of Kampuchea Democratic. See also in argument: G.M. LENTNER, *The United Nations Security Council and the International Criminal Court*, Edward Elgar Publishers, 2018, pp. 135ss.

7See, C. ROMANO, A. NOLLKAEMPER, J.K. KLEFNER J. K. (a cura di), *Internationalized Criminal Courts and Tribunals: Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia*, Oxford University Press, Oxford, 2004. H. ASCENSIO, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, J.M. SOREL (a cura di), *Les juridictions pénales internationalisées (Cambodge, Kosovo, Sierra Leone, Timor Leste)*, LGDJ, Paris, 2006. R. GEISS, N. BULINCKX, *International and internationalized criminal tribunals: A synopsis*, in *International Review of Red Cross*, 88, 2006, pp. 49ss. S.W.D. HAN, *Decentralized proliferation of international judicial bodies*, in *Journal of Transnational Law & Policy*, 16, 2006-2007, pp. 101 ss.

8M. FRULLI, *The Special Court for Sierra Leone. Some preliminary comments*, in *European Journal of International Law*, 23 (4) 2000, pp. 858ss. S. BEREFORD, A.S. MULLER, *The Special Court for Sierra Leone: An initial comment*, in *Leiden Journal of International Law*, 14 (4) 2001, pp. 636ss. R. CRYER, *A "Special Court" for Sierra Leone?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 50 (2), 2001, pp. 436ss. H. FRIMAN, *Procedural law of internationalized criminal Courts*, in C. ROMANO, A.

- NOLLKAEMPER, J.K. KLEFFNER (a cura di), *Internationalized criminal courts and tribunals. Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia*, op. cit., pp. 318ss. J. JONES, C. CARLTON-HANCILESS, S. KAH-JALLOW, I. SCRATCH, Y. YILLAH, *The Special Court for Sierra Leone: A defence perspective*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2, 2004, pp. 212ss. A. KANU, J. TORTORA, *The legal basis of the Special Court for Sierra Leone*, in *Chinese Journal of International Law*, 3 (3), 2004, pp. 516ss. W.A. SCHABAS, S. MURPHY, *Research handbook on international courts and tribunals*, Edward Elgar Publishers, 2017, pp. 497ss.
- 9B. THOMPSON, *Universal jurisdiction: The Sierra Leone profile*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2015.
- BOWMAN K., *The International Criminal Court and the Security Council: The power of politics and the undermining of justice*, in J. Nicholson, *Strengthening the validity of international criminal tribunals*, Brill/Nijhoff, The Hague, 2018.
- 10 See, UN/S/Res. 1315 (2000) of 14 August 2000, n. 1. R. DUBLER SC, KALYK M., *Crimes against humanity in the 21<sup>st</sup> century*, ed. Brill, The Hague, 2018. C. BRANTS, S. KARSTEDT, *Transitional justice and the public sphere. Engagement, legitimacy and contestation*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2017, pp. 67ss. C. CHERNOR JALLOH, S. MEISENBERG, *The law reports of the Special Court for Sierra Leone*, ed. Brill/Nijhoff, Leiden, Boston, 2015, pp. 655ss.
- 11A. J. COLANGELO, (2013) *Jurisdiction, immunity, legality, and jus cogens*, in *Chicago Journal of International Law*, 14 (1), 2013, pp. 64ss.
- 12 SCSL, *The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Judgment, TC-II, SCSL-03-01-T, 18 May 2012*, par. 442. In the same spirit see: R. GRAF, *The International Criminal Court and child soldiers. An appraisal of the Lubanga Judgment*, in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, pp. 957ss. R. CRYER et al., *An introduction to international criminal law and procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 310ss. M. COTTIER, J. GRIGNON, Art. 8(2)(b)(xxvi), in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, op. cit., pp. 524ss. C. SAFFERLING, *International criminal procedure*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 97ss. S.J. ROSE, *Prosecutor v. Taylor: The implications for Bashar Al-Assad*, in *Boston College International & Comparative Law Review*, 37, 2014, pp. 12ss. K.J. HELLER, *The Taylor sentencing judgment: A critical analysis*, in *Journal of International Criminal Justice*, 11, 2013, pp. 838ss. O. SVÁČEK, *Brothers and sisters in arms as victims of war crimes. Ntagada case before the ICC*, in *Czech Yearbook of Public & Private International Law*, 9, 2018. S. SACOUTO, *Victim participation at the international Criminal Court and the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia: A feminist project*, in *Michigan Journal of Gender & Law*, 19, 2012, pp. 298ss. E. PALMER, S.J. WILLIAMS, *A "shift in attitude"? Institutional change and sexual and gender-based crimes at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*, in *International Feminist Journal of Politics*, 20, 2017. R.C. DEFALCO, *Accounting for famine at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. The crimes against humanity of extermination, inhumane acts and persecution*, in *The International Journal of Transitional Justice*, 5, 2011. M. DE GUZMAN, *How serious are international crimes? The gravity problem in international criminal law*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 51, 2012, pp. 20ss. C. WAUGH, *Charles Taylor and Liberia: Ambition and atrocity in Africa's lone star State*, ed. Zed Books, New York, 2011.
- 13 *The Prosecutor v Charles Ghankay Taylor (Indictment) (Special Court for Sierra Leone, Case No. SCSL-03-01-T, 29 May 2007)*. M.J. KELLY, *The parameters of vicarious corporate criminal liability for genocide under international law*, in A. BYRNES, C. HAYASHI-MICHAELSEN, *International law in the age of globalization*, ed. Brill, The Hague, 2013. R. BEHRENS, J. HENNAM, *Elements of genocide*, ed. Routledge, Taylor & Francis, Glass House Book, New York, 2013, pp. 194ss. Y. BEIGBEDER, *International Criminal Tribunals*, op. cit., M.J. KELLY, *The debate on genocide in Darfur, Sudan*, in *University of California, Davis Journal of International Law & Policy*, 19, 2012, pp. 208ss. C. LINGAAS, *Imagined identities: Defining the racial group in the crime of genocide*, in *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, 9, 2016, pp. 80ss. D.S. BETTWY, *The genocide Convention and unprotected groups: Is the scope of protection expanding under customary international law?*, in *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, 1, 2011, pp. 102ss. S. MOUTHAN, *Sexual violence against men and international law. Criminalising the unmentionable*, in *International Criminal Law Review*, 13, 2013, pp. 668ss. P. KIRBY, *How is rape a weapon of war? Feminist international relations, modes of critical explanation and the study of wartime sexual violence*, in *European Journal of International Relations*, 18, 2012. J.R. MCHENRY, *The prosecution of rape under international law: Justice that is long overdue*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 35, 2002, pp. 1310ss. N. LAVIOLETTE, *Commanding rape: Sexual violence, command responsibility and the prosecution of superiors by the international criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, in *The Canadian Yearbook of International Law*, 36, 1998, pp. 94ss. J.A. WILLIAMSON, *Some consideration on command responsibility and criminal liability*, in *International Review of the Red Cross*, 90, 2008, pp. 306ss. D.A. NEBESAR, *Gender-based violence as a weapon of war*, in *U.C. Davis Journal of International Law and Policy*, 4, 1998, pp. 148ss. I. PICCOLO, *The crime of rape in international criminal law*, *International Courts Association*, 2013.
- 14 MANGU A., *Immunities of Heads of State and Government: A Comment on the Indictment of Liberia's President Charles Taylor by the Special Court for Sierra Leone and the Reaction of the Ghanaian Government*, in *South African Yearbook of International Law*, 2003, pp. 238ss.
- 15 SCSL, *Appeals Chamber, Decision on immunity from jurisdiction*, 31 May 2004.
- 16 ICJ, *Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium, Judgment of 14 February 2002. see for details. M. SASSOLI, L'arrêt Yerodia: quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 106 (4), 2002, pp. 791ss. S. WIRTH, *Immunity for core crimes? The ICJ's judgement in the Congo v. Belgium Case*, in *European Journal of International Law*, 13 (4)

- 2002, pp. 888ss. K.R. GRAY, Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), in *European Journal of International Law*, 13 (4), 2002, pp. 724ss. C. SCHREUER S. WITTICH, Immunity versus accountability: The ICJ's judgement in the Yerodia Case, in *International Law Forum du Droit International*, 4 (3), 2002, pp. 118ss. S.R. JENNINGS, Jurisdiction and immunity in the ICJ Decision in the Yerodia case, in *International Law Forum du Droit International*, 4 (3), 2002, pp. 100ss. J. SALMON, Libres propos sur l'arrêt de la C.I.J. du 14 février 2002 dans l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (R.D.C. C. Belgique), in *Revue Belge de Droit International*, 2, 2002, pp. 512ss. J. VERHOEVEN, Quelques réflexions sur l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000, in *Revue Belge de Droit International*, 2, 2002, pp. 532ss. Q.C. SHAW, The Yerodia case: Remedies and judicial functions, in *Revue Belge de Droit International*, 2, 2002, pp. 556ss. A. CASSESE, When may senior States officials be tried for international crimes? The Congo v. Belgium Case, in *European Journal of International Law*, 13 (4) 2002, pp. 854ss. L. DE SMET, The immunity of Heads of States in US Courts after the decision of the International Court of Justice, in *Netherlands International Law Review*, 52, 2003, pp. 314ss. P. SANDS, What is the ICJ for?, in *Revue Belge de Droit International*, 2, 2003, pp. 539ss. J.P. COT, Éloge de l'indécision. La Cour et la compétence universelle, in *Revue Belge de Droit International*, 2, 2002, pp. 546ss. B. STERN B., Les dits et le non dits de la Cour internationale de Justice dans l'affaire RDC contre Belgique, in *International Law Forum du Droit International*, 4 (1), 2002, p. 104 ss.
- 17C. CHERNOR JALLOH, Immunity from prosecution for international crimes: The case of Charles Taylor at Court for Sierra Leone, in *ASIL Insights*, October 2004. V. KLINGBERG V., (Former) Heads of State before International (ized) Criminal Courts: The Case of Charles Taylor before the Special Court for Sierra Leone, in *German Yearbook of International Law*, 46, 2004, pp. 538ss.
- 18See, R. PEDRETTI, *Immunity of Heads of State and State officials for international crimes*, ed. Brill/Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2014, pp. 82ss.
- 19M.N. SHAW, *International law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 494ss.
- 20D. BEETHAM, *The legitimation of power*, ed. Palgrave Macmillan, Houndmills, 2013.
- 21H. FOX CMG QC, P. WEBB, *The law of State immunity*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 542ss.
- 22H. FOX CMG QC, P. WEBB, *The law of State immunity*, op. cit.
- 23SCSL, Appeals Chamber, Decision on immunity from jurisdiction, op. cit., par. 38, "(...) it is to be observed that in carrying out its duties under its responsibility for the maintenance of international peace and security, the Security Council acts on behalf of the members of the United Nations. The Agreement between the United Nations and the Sierra Leone is thus an agreement between all members of the United Nations and Sierra Leone. This fact makes the Agreement an expression of the will of the international community. The Special Court established in such circumstances is truly international (...).
- 24B. SIMMA and others (red.), *The Charter of the United Nations: A commentary*, Vol. 1, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- 25SCSL, Appeals Chamber, Decision on immunity from jurisdiction, op. cit., par. 37: "(...) although the Special Court was established by treaty, (...) it was clear that the power of the Security Council to enter into an agreement for the establishment of the court was derived from the Charter of the United Nations both in regard to the general purposes of the United Nations expressed in Article I of the Charter and the specific powers of the Security Council in Articles 39 and 41 (...) Article 39 empowers Security Council to determinate the existence of any threat to the peace. In Resolution 1315, the Security Council reiterated that the situation in Sierra Leone continued to constitute a threat to international peace and security in the region (...).
- 26SCSL, Appeals Chamber, Decision on immunity from jurisdiction, cit., par. 38: "(...) where the Security Council decides to establish a court as a measure to maintain or restore international peace and security it may or may not, at the same time, contemporaneously, call upon the members of the United Nations to lend their cooperation to such court as a matter of obligation. Its decision to do so furtherance of article 41 or Article 48 (...).
- 27See, Art. 6(c) of statute of the International Military Tribunal, art. II par. 1(c) of Control Council Law n. 10, art. 5(c) statute of the International Military Tribunal for the Far East (IMTFE), art. 5(b) statute of the ICTY, art. 3(b) of the statute of ICTR, art. 2(b) of the statute of the SCSL, art. 5 of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC). See also from the doctrine: S.E. CROCO, The decider's dilemma: Leader culpability, war outcomes, and domestic punishment, in *American Political Science Review*, 105 (3), 2011, pp. 458ss. K. AMBOS, May a state torture suspects to save the life of innocents?, in *Journal of International Criminal Justice*, 6, 2008, pp. 265ss. R. RYER, The Tokyo IMTR and crimes against peace (aggression) is there anything to learn?, in L. NADYA SADAT, *Seeking accountability for the unlawful use of force*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018. S.J. SFEKAS, A court pure and unsullied: Justice in the justice trial at Nuremberg, in *University of Baltimore Law Review*, 46, 2017, pp. 462ss. M.E. BADAR, From the Nuremberg Charter to the Rome Statute: Defining the elements of crimes against humanity, in *San Diego International Law Journal*, 5, 2004, pp. 128-131. C.K. HALL, J. POWDERLY, Article 7, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court. a commentary*, op. cit., pp. 277-280. ICTR, Prosecutor v. Nahimana et al., Appeals Judgment, ICTR-99-52-A, 28 November 2007, par. 986ss. G.S. GORDON, Hate speech and persecution. A contextual approach, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 46, 2013, pp. 332ss. K.R. CHANEY, Pitfalls and imperatives: Applying the lessons of Nuremberg to the Yugoslav war crimes trials, in *Dickinson Journal of International Law*, 14, 1995, pp. 58ss. J. RIKHOF, Crimes against humanity, customary international law and the International Tribunals for Bosnia and Rwanda, in *National Journal of Constitutional Law*, 6, 1996, pp. 231ss. B. VAN SCHAACK, The definition of crimes against humanity: Resolving the incoherence, in *Columbia*

- Journal of Transnational Law, 37, 1999, pp. 789ss. S.R. RATNER, J.S. ABRAMS, Accountability for human rights atrocities in international law. Beyond the Nuremberg legacy, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 46ss. G.T. BLEWITT, The importance of a retributive approach to justice, in D.A. BLUMENTHAL, T.L.H. MCCORMACK (a cura di), The legacy of Nuremberg: Civilising influence or institutionalised vengeance?, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2008, pp. 39-46. K. AMBOS, Castigo sin soberano? La cuestión del ius puniendi en derecho penal internacional. Una primera contribución para una teoría del derecho penal internacional consistente, in Revista Persona y Derecho, 68, 2013, pp. 5-38. K. AMBOS, On the rationale of punishment at the domestic and international level, in M. HENZELIN, R. ROTH (a cura di), Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation, ed. LGDJ, Paris, 2002, pp. 320ss. L.S. SUNGA, The emerging system of international criminal law, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1997, pp. 324ss. H.H. JESCHECK, The general principles of international criminal law set out in Nuremberg, as mirrored in the ICC statute, in Journal of International Criminal Justice, 2, 2004, pp. 40-42. A. NOVAK, The International Criminal Court: An Introduction, ed. Springer, Berlin, 2015. F. MELLOH, Einheitliche Strafzumessung in den Rechtsquellen des ICC-Statuts, Dunker & Humblot, Berlin, 2010. N. QUICK, Forced transfer and customary international law: Bridging the gap between Nuremberg and the ICTY, in S.M. MEISENBERG, I. STEGMILLER (a cura di), The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. Assessing their contribution to international criminal law, ed. Springer, The Hague, 2016, pp. 291-319. H. KUCZYŃSKA, Changing evidentiary rules to the detriment of the accused? The Ruto and Sang decision of the ICC Appeals Chamber, in Polish Yearbook of International Law, n. 37, 2017. C. MARXSEN, What do different theories of customary international law have to say about the individual right to reparation under international humanitarian law?, in Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht, n. 78, 2018 (3). S. MEISENBERG, The extraordinary Chambers in the Courts in Cambodia. Assessing their contribution to international criminal law, ed. Springer, Berlin, 2016. K. CHIEDU MOGHALU, International humanitarian law from Nuremberg to Rome: The weighty precedents of the international criminal Tribunal for Rwanda, in Pace International Law Review, 14, 2002, pp. 285ss. S. SIVAKUMARAN, Re-envisaging the international law of internal armed conflict, in European Journal of International Law, 22, 2011, pp. 240, 240.242. Y. DIRNSTEIN, Non-international armed conflicts in international law, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 186ss.
- 28B. SIMMA and others (red.), The Charter of the United Nations: A commentary, op. cit.
- 29B. SIMMA and others (red.), The Charter of the United Nations: A commentary, op. cit.
- 30S.D. MURPHY, Immunity *ratione personae* of foreign Government Officials and other topics: The Sixty-Fifth Session of the International Law Commission, in American Journal of International Law, 108, 2014.
- 31SCSL, Appeals Chamber, Decision on immunity from jurisdiction, op. cit., par. 42-48.
- 32In particular see: UNGA "Text of the draft conclusions on identification of customary international law" in "Report of the International Law Commission" UN GAOR 73rd session Supp No 10, UN Doc A/73/10 (Advance) (2018) par. 65, Conclusion 2. see also in argument: C. TAMS, J. SLOAN, The development of international law by the International Court of Justice, Cambridge University Press, Cambridge 2013. S. DARCY, Law and war: The judicial development of international humanitarian law, Cambridge University Press, Cambridge 2014, pp. 64ss. N. ARAJÄRVI, Looking back from nowhere: Is there a future for universal jurisdiction over international crimes?, in Tilburg Law Review, 16, 2011, pp. 16ss. Y. TAN, The identification of customary rules in international criminal law, in Utrecht Journal of International and European Law, 34 (2), 2018, pp. 94ss.
- 33In particular see the analysis of: F. BOEHME, Exit, voice and loyalty: State rhetoric about the International Criminal Court, in The International Journal of Human Rights, 22 (3), 2018, pp. 424ss.
- 34F. MÉGRET, The politics of international criminal justice, in European Journal of International Law, 13 (4), 2002, pp. 1282ss. D. LIAKOPOULOS, Kritik an friedenserhaltenden/Peacekeeping Operationen und die Entwicklung des Konzepts der Souveränität im Völkerrecht, in International and European Union Legal Matters, 2011. D. LIAKOPOULOS, State-building of Kosovo. The role of European Union in Mediterranean zone, in University of La Verne Law Review, 31, 2009.
- 35B. SIMMA and others (red.), The Charter of the United Nations: A commentary, op. cit.
- 36Z. DEEN-RACSMANY, Prosecutor v. Taylor: The Status of the Special Court for Sierra Leone and Its Implications for the Question of the Immunities, in Leiden Journal of International Law, 18 (3) 2005, pp. 300ss. M.A. DRUMBL, Charles Taylor and the Special Court for Sierra Leone, in ASIL Insights, April 2006.
- 37UN S/Res/1511 (2003) on 16 October 2003. par. 7 and 8. For details see: D. LIAKOPOULOS. L'ingerenza umanitaria nel diritto internazionale e comunitario. ed. Cedam, 2007. R. KOLB, Theory of international law, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2016.
- 38UN S/Res/788 (1992) on 18 November 1992, par. 7. For more analysis see: J. HOFFMANN, A. NOLLEKAEMPER, I. SWERISSEN, responsibility to protect: From principle of practice, Pallas Publications, The Hague, 2012, pp. 105ss.
- 39In the same spirit see: Situation in Darfur, Sudan, in the case of the Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda, Decision on the confirmation of Charges, ICC-02/05-02/09, Pre-Trial Chamber I, 08 February 2010, par. 71. J.D. VAN DER VYVER, Prosecuting the President of Sudan: A dispute between the African Union and the International Criminal Court, in African Human Rights Law Journal, 11, 2011, pp. 691ss. C. EBOE-OSVJI, The ICC and the African Court and the extended notion of complementarity of international criminal jurisdictions, in Nigeria Yearbook of International Law, 2018. L.A. CAMARGOS, A responsabilidade penal internacional dos indivíduos: Estudo do caso Darfur, in Revista de Direito Brasileira, 8, 2013, pp. 199ss.

- 40R. DUBLER SC, KALYK M., Crimes against humanity in the 21<sup>st</sup> century, op. cit., C. BRANTS, S. KARSTEDT, Transitional justice and the public sphere. Engagement, legitimacy and contestation, op. cit., C. CHERNOR JALLOH, S. MEISENBERG, The law reports of the Special Court for Sierra Leone, op. cit.
- 41B. SIMMA and others (red.), The Charter of the United Nations: A commentary, op. cit.
- 42SCSL, Appeals Chamber, Decision on immunity from jurisdiction, op. cit., par. 38: "(...) where the Security Council decides to establish a court as a measure to maintain or restore international peace and security it may or may not, at the same time, contemporaneously, call upon the members of the United Nations to lend their cooperation to such court as a matter of obligation (...)".
- 43B. SIMMA and others (red.), The Charter of the United Nations: A commentary, op. cit.
- 44B. SIMMA and others (red.), The Charter of the United Nations: A commentary, op. cit.
- 45See, UN S/Res/ 1638 (2005) on 11 November 2005, par. 1 "Decides that the mandate of the United Nations Mission in Liberia (UNMIL) shall include the following additional element: to apprehend and detain former President Charles Taylor in the event of a return to Liberia and to transfer him or facilitate his transfer to Sierra Leone for prosecution before the Special Court for Sierra Leone and to keep the Liberian Government, the Sierra Leonean Government and the Council fully informed". For analysis and details see: S. NOUWEN, The Special Court for Sierra Leone and the immunity of Taylor: The arrest warrant case continued, in *Leiden Journal of International Law*, 18 (4), 2005, pp. 647ss. H.R. ZHOU, The enforcement of arrest warrants by international forces. From the ICTY to the ICC, in *Journal of International Criminal Justice*, 4 (2), 2006, pp. 202ss. See also: UN S/Res/1688 (2006 on 16 June 2006). for analysis: G. BIGI, The decision of the Special Court for Sierra Leone to conduct the Charles Taylor trial in the Hague, in *Law & Practice of International Courts & Tribunals*, 6 (2), 2007, pp. 305ss.
- 46The ICTY has confirmed this exception in *Prosecutor v. Milošević* when the Trial Chamber argued that Article 7(2) of the ICTY Statute, which provides that the official capacity of a person shall not relieve him or her from criminal responsibility, reflects customary international law (*Prosecutor v. Milošević*, ICTY, T. Ch., 8 November 2001, para. 28). The Trial Chamber found that the fact that Slobodan Milošević was the former president of the Federal Republic of Yugoslavia did not stop the ICTY from having jurisdiction over him. The ICTY addressed Milošević's immunity *ratione materiae* since he no longer was the incumbent president and therefore did not enjoy immunity *ratione personae*. Two years later, the ICTY confirmed its earlier findings in *Prosecutor v. Krstić* (*Prosecutor v. Krstić*, ICTY A. Ch., 1 July 2003, para. 26). *Prosecutor v. Omar Al Bashir*, ICC PT. Ch. I, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 March 2009, Pre-Trial Chamber I addressed the question of whether Al Bashir's status as head of state of a non-State party to the ICC would shield him from proceedings before the ICC. The Chamber also relied on three core principles derived from Article 27, being that "(i) (the Rome Statute) shall apply equally to all persons without any distinction based on official capacity;" (ii) "official capacity as a Head of State or Government, a member of Government or parliament, an elected representative or a government official shall in no case exempt a person from criminal responsibility under this Statute, nor shall it, in and of itself, constitute a ground for reduction of sentence;" and (iii) "Immunities or special procedural rules which may attach to the official capacity of a person, whether under national or international law, shall not bar the Court from exercising its jurisdiction over such a person" (para. 43). The Pre-Trial Chamber also stated that there is a provision in the ICC Statute dealing with the immunity of state officials and that this provision must, according to its interpretation of Article 21 of the ICC Statute, be used also in relationship to non-party states (para. 44). See for details: S. KRESS, The International Criminal Court and immunities under international law for States not party to the Court's statute, in M. BERGSMO, L. YAN (eds.), *State sovereignty and international criminal law*, FICHL Publication Series No. 15, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Beijing, 2012, pp. 224ss. W.A. SCHABAS, *The International Criminal Court: A commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 448ss. J. PETROVIC, J. STEPHENS, V. NASTEVSKI, To arrest or not to arrest the incumbent head of State: The "bashir" case and the interplay between law and politics, in *Monash University Law Review*, 42 (3), 2016, pp. 742ss.
- 47G.M. LENTNER, The United Nations Security Council and the International Criminal Court, op. cit.
- 48G.M. LENTNER, The United Nations Security Council and the International Criminal Court, op. cit.
- 49G.M. LENTNER, The United Nations Security Council and the International Criminal Court, op. cit.
- 50P. AKHAVAN, Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities, in *American Journal of International Law*, 95 (1), 2001, p. 7 ss.
- 51See *ex multis*, A. APONTE, *Persecución penal de los crímenes internacionales*, ed. Ibáñez, Bogotá, 2010, pp. 23ss. D.J. LBAN, *Una teoría de los crímenes contra la humanidad*, Ezequiel Malarino y Marisa Vásquez (trad.), Bogotá, Temis, 2011. H. OLÁSULO, *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, ed. Díké, Bogotá, 2011. M. RENZO, Crimes against humanity and the limits of international criminal law, in *Law and Philosophy*, 31, 2012, pp. 444ss. W.J. VAN DER WOLF, D. DE RUITER (a cura di), *Crimes against humanity and international criminal law*, Wolf Publishers, The Netherlands, 2011, pp. 96 ss. and 246 ss. S. CHESTERMAN, An altogether different order, defining the elements of crimes against humanity, in *Duke Journal of Comparative and International Law*, 10, 2002, pp. 332ss. G. HEINE, H. VEST, Murder/wilful killing, in G.K. MCDONALD, O. SWAAK-GOLDMAN (a cura di), *Substantive and procedural aspects of international criminal law. Volume I: Commentary*, Kluwer law Intrnational, The Hague, 2000, pp. 175ss. In the same spirit see also from the jurisprudence from the Special Panels for Serious Crimes in Timor Est: SPSC, *Prosecutor v. Marques (Los Palos)*, Judgment, 09/2000, 11 December 2001, par. 649 and SPSC, *Prosecutor v. Agostinho Cloe*, Judgment, 4/2003, 16 November 2004, par. 15. M.J. VENTURA, M. GILLET, The fog of war: Prosecuting illegal uses of force as crimes against humanity, in *Washington University of Global Studies Law*

Review, 12, 2013, pp. 526ss. M.E. BADAR, From the Nuremberg Charter to the Rome Statute: Defining the elements of crimes against humanity, in *San Diego International Law Journal*, 5, 2004, pp. 128-131. C.K. HALL, J. POWDERLY, Article 7, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, a commentary, op. cit., pp. 277-280. ICTR, *Prosecutor v. Nahimana et al.*, Appeals Judgment, ICTR-99-52-A, 28 November 2007, par. 986ss. G.S. GORDON, Hate speech and persecution. A contextual approach, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 46, 2013, pp. 332ss. H. ALONSO, Current trends on modes of liability for genocide, crimes against humanity and war crimes, in C. STAHN, L. VAN DEN HERIK (eds.), *Future perspectives on international criminal justice*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2010, pp. 522-524. M.CHERIF BASSIOUNI, *Crimes against humanity. Historical evolution and contemporary application*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 400ss. M. BERGSMO, C. WUI LING, Y. PING (a cura di), *Historical origins of international criminal law. Vol. 1-3*, TOAEP, Brussels, 2014. K. ROBERTS, The law of persecution before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, in *Leiden Journal of International Law*, 15, 2002, pp. 636ss. C. TOMUSCHAT, Universal criminal jurisdiction. Jurisdiction with respect to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes, in *Yearbook of the Institute of International Law*, 71, 2005, pp. 246ss. A. LETT, The meaningless existence of universal jurisdiction, in *Michigan State International Law Review*, 23, 2015, pp. 547ss. M. LANGER, The diplomacy of universal jurisdiction: The political branches and the transnational prosecution of international crimes, in *American Journal of International Law*, 105, 2011, pp. 1, 42ss. C.K. HALL, Article 7-Crimes against humanity, in O. TRIFFTERER (a cura di), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*, op. cit., pp. 122ss. C. BYRON, War crimes and crimes against humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court, Manchester University Press, Manchester, 2009, pp. 242ss. A. BULTZ, Redefining apartheid in international criminal law, in *Criminal Law Forum*, 24, 2013, pp. 224-225. B. DON TAYLOR III, Crimes against humanity in the Former Yugoslavia, in R. BELLELLI (a cura di), *International criminal justice. Law and practice from the Rome Statute to its review*, ed. Ashgate Publishing, Farnham, 2010, pp. 285-294. K.E. CARSON, Reconsidering the theoretical accuracy and prosecutorial effectiveness of international Tribunals ad hoc approaches to conceptualizing crimes of sexual violence as war crimes, crimes against humanity and acts of genocide, in *Fordham Urban Law Journal*, 39, 2012, pp. 1250ss. N. CHAZAL, Beyond borders? The International Criminal Court and the geopolitics of international criminal justice, in *Griffiths Law Review*, 22, 2013, pp. 715ss. N. CHAZAL, *The International Criminal Court and global social control: International Criminal Justice in late modernity*, ed. Routledge, London & New York, 2015. G. SLUITER, "Chapeau elements" of crimes against humanity in the jurisprudence of the UN ad hoc Tribunals, in L.N. SADAT (a cura di), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 102-141. G. METTRAUX, The definition of crimes against humanity and the question of a "policy" element, in L.N. SADAT (a cura di), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 142-176. M. CUPIDO, The policy underlying crimes against humanity. Practical reflections on a theoretical debate, in *Criminal Law Forum*, 22, 2011, pp. 294ss. T.O. HANSEN, The policy requirement in crimes against humanity: Lessons from and for the Case of Kenya, in *George Washington International Law Review*, 43, 2001, pp. 1-42. C. CHERNOR JALLOH, What makes crimes against humanity crimes against humanity?, in *American University International Law Review*, 28, 2013, pp. 408ss. R.S. CLARK, Crimes against humanity and the Rome Statute of the International Criminal Court, in M. POLITI, G. NESI (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A challenge to impunity*, Ashgate Publishing, Aldershot, 2001. P. HWANG, Defining crimes against humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court, in *Fordham International Law Journal*, 22, 1998, pp. 502 ss. For the policy element see: J. PÉREZ CABALLERO, El elemento político en los crímenes contra la humanidad. La expansión de la figura al crimen organizado transnacional y el caso de las organizaciones de narcotraficantes mexicanas en el sexenio 2006-2012, Dykinson S.L., Madrid, 2015, pp. 72ss. W.A. SCHABAS, State policy as an element of international crimes, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 98, 2008, pp. 953-982. G. METTRAUX, Crimes against humanity in the jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda, in *Harvard International Law Journal*, 43, 2002, pp. 237-316. In national implementation of the Statute some countries-above all those that have used an adjustment model based on the technique of the legislative reference-have maintained the requirement of the policy element: among these we want to mention the case of Malta (art. 2 of the International Criminal Court Act, n. 24, 13 December 2003) and the Sud Africa (part. 2 of the Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act, n. 27/2002). See, M. DU PLESSIS, South Africa's implementation of the ICC Statute. An african example, in *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, pp. 460-479. G. KEMP, The Implementation of the Rome Statute in Africa, in G. WERLE, L. FERNÁNDEZ, M. VORMBAUM (a cura di), *Africa and the International Criminal Court*, ed. Springer, The Hague, 2014. D. LIAKOPOULOS, International Criminal Court: Impunity status and the situation in Kenya, op. cit., On the other hand, other systems have not resorted to the policy element in the national definition of crimes against humanity: among these, Germany (sez. 7 VStGB), Republic of Belgium (art. 136-ter of criminal code, introduced from the law n. 32/2003) and the Georgia (art. 408 of criminal code).

52C. KRESS, On the outer limits of crimes against humanity: The concept of organization within the policy requirement: Some reflections on the March 2010 ICC Kenya decision, in *Leiden Journal of International Law*, 23, 2010, pp. 863ss. See also: ICC, *Prosecutor v. Ruto, Kosgey and Sang*, Dissenting Opinion by Judge Hans-Peter Kaul to Pre-Trial Chamber II's "Decision on the Prosecutor's Application for Summons to Appear for William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, P-TC II, ICC-01/09-01/11, 15 March 2011, par. 21-70. In our opinion it is necessary to consider

the extension of the sphere of application of crimes against humanity resulting from the adoption of an extensive approach. If by organization we mean any entity capable of carrying out an extensive or systematic attack, it should be concluded that a whole series of non-State actors—such as those belonging to organized crime—can commit crimes against humanity. A restrictive reading of the concept of organization seems therefore preferable in order to prevent excessive dilation of the category of crimes against humanity. In a consistent sense. See, M. CHERIF BASSIOUNI, *The legislative history of the International Criminal Court: Introduction, analysis and integrated text*. Volume I, ed. Brill/Martinus Nijhoff Publishers, New York, 2005, pp. 151ss. J. PÉREZ CABALLERO, *El elemento político en los crímenes contra la humanidad*, op. cit., pp. 195ss. N. LUBELL, *Extraterritorial use of force against non-State actors*, Oxford University Press, Oxford, 2010. G. KEMP, *South Africa's (possible) withdrawal from the ICC and the future of the criminalization and prosecution of crimes against humanity, war crimes and genocide under domestic law: A submission informed by historical, normative and policy considerations*, in *Washington University Global Studies Law Review*, 14, 2017, pp. 414ss. O. OLUSANYA, *Do crimes against humanity deserve a higher sentence than war crimes?*, in *International Criminal Law Review*, 4, 2004, pp. 431-473. P. AKHAVAN, *Reducing genocide to law. Definition, meaning, and the ultimate crime*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 58ss.

- 53O. TRIFFTERER, Article 27. Irrelevance of official capacity, in O. TRIFFTERER (a cura di), *Commentary on the Rome Statute, Observers Notes, Article by article*, 2nd ed., C.H. Beck/Hart/Nomos, Oxford & Oregon, Portland, Baden-Baden, München, 2008 pp. 779ss.
- 54P. GAETA, *Official capacities and immunities*, in A. CASSESE, A. GAETA, J.R.W.D. JONES (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, Ixford University Press, Oxford, 2002, pp. 990-991.
- 55G.M. LENTNER, *The United Nations Security Council and the International Criminal Court*, op. cit.
- 56O. TRIFFTERER, Article 27. Irrelevance of official capacity, in O. TRIFFTERER (a cura di), *Commentary on the Rome Statute, Observers Notes, Article by article*, op. cit.
- 57Art. 98, in particular in the second paragraph, makes no reference to the impunity agreements and previous and subsequent sanctions for the purpose of taking away the jurisdiction of ICC who has been charged with crimes. The Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969 emphasizes that the textual interpretation of a patrimonial rule must be taken into account also in the context in which the terms of the provision are inserted, bearing in mind the content of the preamble of the Treaty and every further agreement between the parties. Following the textual criterion of the interpretation of par. 2 of article 98 would mean introducing into the mechanism of ICC a serious omission as it is prevented from exercising its judicial function of a complementary nature to that of the States Parties. So we can say that this provision has been included in the Statute as a safeguard clause of the Status of Force Agreements (SOFAs) (proposed by the United States) stipulated before the entry into force of the Statute, and not for any subsequent agreement. Regarding the *ratione personae* scope, protected by such agreements, is not just military personnel but also individuals who simply travel for private or leisure purposes. This is a limitation clause that allows for judicial assistance once it is opposed to the delivery of its own nationals (in this case American citizens) or foreign employees to ICC or to a Third State and is willing to process them in its territory, the impunity agreements do not seem to be in complete harmony with the American national legislation. See for more details: J. IVERSON, *The continuing functions of article 98 of the Rome Statute*, in *Goettingen Journal of International Law*, 4 (1), 2012, pp. 134ss. D. SCHEFFER, *Article 98 (2) of the Rome Statute: America's original intent*, in *Journal of International Criminal Justice*, 5 (3), 2005, p. 333 ss.
- 58G.M. LENTNER, *The United Nations Security Council and the International Criminal Court*, op. cit.
- 59See art. 108 StICC. For analysis: S.K. HAYES, *Interpreting the new language of the national defense authorization act: A potential barrier to the extradition of high value terror suspects*, in *Wayne Law Review*, 58, 2012-2013, pp. 570ss. D. LIAKOPOULOS, *State responsibility and the obligation of aut dedere aut judicare obligation*, in *International and European Union Legal Matters*, 2017. B. MARTINS AMORIM DUTRA, *Criminal responsibility in the crimes committed by organized structures of power: Jurisprudence analysis in the light of international criminal law*, in *Revista de Faculdade de Direito da UERJ*, 22 (1), 2012, pp. 5ss. G. DANCY, F. MONTAL, *Unintended positive complementarity: Why International Criminal Court investigations may increase domestic human rights prosecutions*, in *American Journal of International Law*, 111 (4), 2017, pp. 690ss.
- 60See art. 73 StICC. W.A. SCHABAS, *The International Criminal Court: A commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 872ss, and art. 90, par. 4 StICC (competing requests). C. KRESS, K. PROST, *Article 90-Competing requests*, in O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 2nd ed., C.H. Beck/Hart/Nomos, Munich/Oxford/Baden-Baden, 2008, pp. 1550ss. In the context of non-party states, a decision was issued by the PTC regarding non-cooperation in the case *Prosecutor v. Abdullah Al-Senussi*.<sup>254</sup>UN Security Council, Security Council Resolution 1970 (2011), 26 February 2011. The ICC had issued an arrest warrant against Al-Senussi for his alleged criminal responsibility for crimes against humanity committed in Benghazi, Libya, as Head of Military Intelligence of the Libyan Armed Forces (*Warrants of Arrest for Abdullah Al Senussi*, ICC-01/11, 27 June 2011). The Pre-Trial Chamber issued a decision pursuant to a request by the Defence of Al-Senussi, to make a finding of non-cooperation against Mauritania. The Prosecutor v. Gaddafi and Al Senussi, *Decision on non-cooperation*, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/11-01/13-420, 28 August 2013 (*Decision against Mauritania*). Also in the case *Prosecutor v. Gbagbo*<sup>260</sup>*Prosecutor v. Gbagbo*, Pre-Trial Chamber I, ICC-02/11-01/15-1124., in which the PTC issued an arrest warrant against the incumbent President of Côte d'Ivoire. Although Côte d'Ivoire is a party to the Rome Statute today, it was not at the time of the arrest warrant. We take in consideration that Côte d'Ivoire ratified the Rome Statute on 15 February 2013,

- However, Côte d'Ivoire had accepted the jurisdiction of the ICC. Such acceptance of the Court's jurisdiction made art. 27(2) applicable, thereby revoking the immunity of Gbagbo under customary international law. Gbagbo was transferred to the custody of ICC by the authorities of Côte d'Ivoire. See in argument: P. WARDLE, *The survival of Head of State immunity at the International Criminal Court*, in *Australian International Law Journal*, 9, 2011, pp. 184ss.
- 61A. BASSIOUNI, (a cura di), *The legislative history of the International Criminal Court: An-article-by-article evolution of the Statute*, Transnational Publishers, New York, Ardsley, 2005, p. 654 ss.
- 62R. GARDINER, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- 63C. KRESS, K. PROST, Article 98. Cooperation with respect to waiver of immunity and consent to surrender, in O. TRIFFTERER (a cura di), *Commentary on the Rome Statute*, op. cit., pp. 1606.
- 64O. CORTEN, P. KLEIN, *The Vienna Conventions on the law of treaties. A commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011. O. DÖRR, Article 31. General rule of interpretation, in O. DÖRR, K. SCHMALENBACH (a cura di), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary*, Springer, Heidelberg-New York 2012, pp. 536ss. M. SAMSO, High hopes, scant resources: A word of scepticism about the anti-fragmentation function of article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, in *Leiden Journal of International Law*, 24, 2011, pp. 5ss.
- 65S. WIRTH, Immunities, related problems, and article 98 of the Rome Statute, in *Criminal Law Forum*, 12 (3), 2001, pp. 429ss. D. AKANDE, The jurisdiction of the International Criminal Court over nationals and non-parties: Legal basis and limits, in *Journal of International Criminal Justice*, 1 (4), 2003, pp. 620ss. A.W. SCHABAS, *An introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 92ss.
- 66M. DANILENKO, The statute of the International Criminal Court and third States, in *Michigan Journal of International Law*, 22 (3), 2000, pp. 446ss.
- 67See, *Rapport de la Commission du droit International sur les travaux de sa quarante-sixième session*, doc. A/49/10, p. 91ss. Immediately after the setting up of ad hoc criminal tribunals, the International Law Commission suggested that the Security Council should also be assigned a role in the project of the Statute of the International Criminal Court in progress. In particular, it was submitted to an ad hoc committee created by the General Assembly with Resolution 49/53 a new version of the art. 23, par. 1 (which later became Article 13 (b)), which provided 'nonobstant les dispositions de l'article 21, la Cour est compétente conformément au présent statut pour connaître des crimes visés à l'article 20 comme suite au renvoi d'une question devant le Conseil de sécurité agissant dans le cadre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies (...)'. In the commentary, then, it was clarified that: "(...) la Commission a estimé qu'une telle disposition était nécessaire pour permettre au Conseil de sécurité de faire appel à la Cour au lieu de créer un tribunal spécial et lui permettre de réagir face à des crimes qui font offense à la conscience de l'humanité (...)".
- 68J. IVERSON, The continuing functions of article 98 of the Rome Statute, op. cit.
- 69G.M. LENTNER, The United Nations Security Council and the International Criminal Court, op. cit. A.W. SCHABAS, *An introduction to the International Criminal Court*, op. cit.
- 70G.M. LENTNER, The United Nations Security Council and the International Criminal Court, op. cit. A.W. SCHABAS, *An introduction to the International Criminal Court*, op. cit.
- 71W.A. SCHABAS, United Nations hostility to the International Criminal Court: It's all about the Security Council, in *European Journal of International Law*, 15 (4), 2004, p. 701. A. AMBOS, International criminal law at the crossroads: From ad hoc imposition to a treaty based universal system, in C. STAHN, L. VAN DER HERIK (a cura di), *Future perspectives on international criminal justice*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2010, pp. 162ss.
- 72G. FLETCHER, J.D. OHLIN, The ICC: Two Courts in one?, in *Journal of International Criminal Justice*, 4 (4), 2006, pp. 428ss, which explicitly state that when the International Criminal Court acts on referrals from the Security Council it assumes the role of a "Security Court".
- 73R. VAN ALEBEEK, National Courts, international crimes, and the functional immunity of State officials, in *Netherlands International Law Review*, 59, 2012, pp. 8ss. W.P. NAGAN, J.L. ROOT, The emerging restrictions on sovereign immunity: Peremptory norms of international law, the U.N. Charter, and the application of codern communications theory, in *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation*, 38, 2012, pp. 378ss.
- 74See the case of a self-referral act sent to the Court by the Head of the transition state in Libya on May 30, 2014, the Prosecutor has decided to initiate investigations (and thus open the situation called "Central African Republic II") the events committed in central African territory starting in August 2012, which would fall into the grip of war crimes. Following the Security Council Resolution 2127 (2013), a Commission of inquiry has been set up to investigate human rights and human rights violations committed in the State concerned from 1 January 2013. It should be recalled that the Referral power was first exercised with Resolution no. 1593 (2005) and there were four Security Council resolutions that explicitly referred to art. 16 of the Statute. We refer to the resolutions: 1422 (2003), 1487 (2003), 1497 (2003) and 1593 (2005). In the event of referrals by the Security Council there is a possibility that the Court may report on the non-cooperation of a state but without any measures envisaged by the Council in the event of non-compliance by "forcing" the Council, based on Chapter VI of the Charter, exercise its conciliatory functions. The Security Council has the power to block proceedings before the Court after the adoption of a decision after a favorable vote of a majority of the members of the Council and the decision should be of a temporary nature and without prejudice to the nature of the Court's independence and impartiality. See also: United Nations Security Council, Report of the Secretary-General on the implementation of Security Council Resolutions 2139 (2014), 2165 (2014) and 2191 (2014), 11 November 2015, UN Doc. S/2015/862 e United Nations Security Council, 7419th meeting, 27 March 2015, UN Doc. S/PV.7419. See in argument: F. JESSBERGER, J. GENEUSS, Down the drain or down to earth? International criminal justice under pressure, in *Jour-*

nal of International Criminal Justice, 2013, pp. 502ss. M. FALKOWSKA, L'opposition de l'Union Africaine aux poursuites contre Omar al Bashir: Analyse des arguments juridiques avancés pour entraver le travail de la Cour pée nale internationale et leur expression sur le terrain de la coopération, in *Revue Belge de Droit International*, 2012, pp. 201-236. M. WELDEHAIMANOT, Arresting Al-Bashir: the African Union's Opposition and the Legalities, in *African Journal of International and Comparative Law*, 2011, pp. 208-235. See, Prosecutor v. Mucic et al. (Case No. IT-96-21-A), ICTY A. Ch., Appeals Judgment, 20 February 2001, para. 763; Prosecutor v. Bralo (Case No. IT-95-17), ICTY T. Ch., Trial Judgment, 7 December 2005, para. 27; Prosecutor v. Brđanin (Case No. IT-99-36), ICTY T. Ch., Trial Judgment, 1 September 2004, para. 1096; Prosecutor v. Kunarac, Kovač and Vuković (Case No. IT-96-23&23/1), ICTY T. Ch., Trial Judgment, 22 February 2001, para. 847). Prosecutor v. Blaškić (Case No. IT-95-14), ICTY A. Ch., Appeals Judgment, 29 July 2004, para. 697; Prosecutor v. Blagojević and Jokić (Case No. IT-02-60) ICTY T. Ch., Trial Judgment, 17 January 2005, para. 850; Prosecutor v. Babić (Case No. IT-03-72), ICTY A. Ch., Appeals Judgment, 18 July 2005, para. 43; Prosecutor v. Lubanga, ICC T. Ch., Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute, ICC-01/04-01/06-2901, 10 July 2012, para. 33); Prosecutor v. Mućic et al. (Case No. IT-96-21-A), ICTY A. Ch., Appeals Judgment, 20 February 2001, para. 763; Prosecutor v. Bralo (Case No. IT-95-17), ICTY T. Ch., Trial Judgment, 7 December 2005, para. 27; Prosecutor v. Brđanin (Case No. IT-99-36), ICTY T. Ch., Trial Judgment, 1 September 2004, para. 1096; Prosecutor v. Kunarac, Kovač and Vuković (Case No. IT-96-23&23/1), ICTY T. Ch., Trial Judgment, 22 February 2001, para. 847). Prosecutor v. Blaškić (Case No. IT-95-14), ICTY A. Ch., Appeals Judgment, 29 July 2004, para. 697; Prosecutor v. Blagojević and Jokić (Case No. IT-02-60) ICTY T. Ch., Trial Judgment, 17 January 2005, para. 850; Prosecutor v. Babić (Case No. IT-03-72), ICTY A. Ch., Appeals Judgment, 18 July 2005, para. 43; Prosecutor v. Lubanga, ICC T. Ch., Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute, ICC-01/04-01/06-2901, 10 July 2012, para. 33); Prosecutor v. Katanga, ICC T. Ch., Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute, ICC-01/04-01/07-3484, 23 May, 2014, para. 35; Prosecutor v. Lubanga, ICC A. Ch, Judgment, ICC-01/04-01/06-3121-Red, 1 December 2014). Prosecutor v. Blagojević and Jokić (Case No. IT-02-60), ICTY T. Ch., Trial Judgment, 7 January 2005, paras. 858–860; Prosecutor v. Plavšić (Case No. IT-00- 39&40/1), ICTY T. Ch., Sentencing Judgment, 27 February 2003, paras. 85–94 and 110; Prosecutor v. Krstić (Case No. IT-98-33-T), ICTY T. Ch., Trial Judgment, 2 August 2001, para. 700). See for more details: S. D'ASCOLI, Sentencing in international criminal law: The approach of the two ad hoc Tribunals and future perspectives for the International Criminal Court, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2011. M.E. KURTH, The Lubanga case of the International Criminal Court: A critical analysis of the Trial Chamber's findings on issues of active use, age and gravity, in *Goettingen Journal of International Law*, 5 (4), 2013, pp. 432ss. C. FEHR, Domestic detention under article 78(2) of the ICC Statute, in *Journal of International Criminal Justice*, 15, 2017. In particular see also: A.S. HAS-SANEIN, Self-referral of situations to the International Criminal Court complementarity in practice-complementarity in crisis, in *International Criminal Law Review*, 17 (1), 2017, pp. 108ss. J.N. ESEED, The International Criminal Court's unjustified jurisdiction claims: Libya as a case study, in *Chicago-Kent Law Review*, 89, 2013-2014, pp. 568ss. See the case of a self-referral act sent to the Court by the Head of the transition state in Libya on May 30, 2014, the Prosecutor has decided to initiate investigations (and thus open the situation called "Central African Republic II") the events committed in central African territory starting in August 2012, which would fall into the grip of war crimes. Following the Security Council Resolution 2127 (2013), a Commission of inquiry has been set up to investigate human rights and human rights violations committed in the State concerned from 1 January 2013. It should be recalled that the Referral power was first exercised with Resolution no. 1593 (2005) and there were four Security Council resolutions that explicitly referred to art. 16 of the Statute. We refer to the resolutions: 1422 (2003), 1487 (2003), 1497 (2003) and 1593 (2005). In the event of referrals by the Security Council there is a possibility that the Court may report on the non-cooperation of a state but without any measures envisaged by the Council in the event of non-compliance by "forcing" the Council, based on Chapter VI of the Charter, exercise its conciliatory functions. The Security Council has the power to block proceedings before the Court after the adoption of a decision after a favorable vote of a majority of the members of the Council and the decision should be of a temporary nature and without prejudice to the nature of the Court's independence and impartiality. See also: United Nations Security Council, Report of the Secretary-General on the implementation of Security Council Resolutions 2139 (2014), 2165 (2014) and 2191 (2014), 11 November 2015, UN Doc. S/2015/862 e United Nations Security Council, 7419th meeting, 27 March 2015, UN Doc. S/PV.7419. See in argument: F. JESSBERGER, J. GENEUSS, Down the drain or down to earth? International criminal justice under pressure, in *Journal of International Criminal Justice*, 11 (4), 2013, pp. 502ss. M. FALKOWSKA, L'opposition de l'Union Africaine aux poursuites contre Omar al Bashir: Analyse des arguments juridiques avancés pour entraver le travail de la Cour pée nale internationale et leur expression sur le terrain de la coopération, in *Revue Belge de Droit International*, 55 (2), 2012, pp. 201-236. M. WELDEHAIMANOT, Arresting Al-Bashir: the African Union's Opposition and the Legalities, in *African Journal of International and Comparative Law*, 19 (2), 2011, pp. 208-235. D. ROBINSON, The controversy over territorial State referrals and reflections on ICL discourse, in *Journal of International Criminal Justice*, 9 (3), 2011, pp. 355-384. E. DE WET, Referrals to the International Criminal Court under Chapter VII of the United Nations Charter and the immunity of foreign State officials, in *AJIL Unbound*, 112, 2018, pp. 34ss.

75B. KRZAN, The relationship between the International Criminal Court and the Security Council, in *Polish Yearbook of International Law*, 2006-2008, pp. 65-84.

76J.L. CONZALEZ-CUSSAC, J. CARDONA-LLORENS (a cura di), *La Corte Penal Internacional: un estudio interdisciplinar*, ed. Marcial Pons, Valencia, 2003, pp. 62ss. L. CONDORELLI, S. VILLALPALDO, Referral and deferral by the Security Council, in A. CASSESE, P. GAETA, J.R.W.D. JONES (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 628ss. V. GOWLLAND-DEBBAS, The relationship between political and judicial organs in international organisations: the role of the Security Council in the new International Criminal Court, in L. BOISSON DE CHAZOURNES, C. ROMANO, R. MACKENZIE (a cura di) In-

- ternational organisations and international dispute settlement: trends and prospects, Transnational Publishers, New York, Ardsley, 2002, pp. 196ss. P. KAUL, Preconditions to the exercise of jurisdiction, in A. CASSESE, P. GAETA, J. JONES (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, op. cit., pp. 584ss. N. WHITE, R. CRYER, The ICC and the Security Council: An uncomfortable relationship, in J. DORIA, H.P. GASSER C. BASSIOUNI C. (a cura di), *The legal regime of the International Criminal Court: Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, pp. 456ss. L. YEE, The International Criminal Court and Security Council: Article 13 (b) and 16, in L.T. LEE (a cura di), *The International Criminal Court. The making of the Rome Statute. Issues, negotiations, results*, ed. Springer, The Hague/London/Boston, 1999, pp. 143ss. D.R. VERDUZCO, The relationship between the ICC and the United Nations Security Council, in C. STAHN (a cura di), *The law and practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford 2015, pp. 32ss. F. JESSBERGER, J. GENEUSS, Down the drain or down to earth? International criminal justice under pressure, in *Journal of International Criminal Justice*, 11 (4), 2013, pp. 502ss. M. FALKOWSKA, L'opposition de l'Union Africaine aux poursuites contre Omar al Bashir: Analyse des arguments juridiques avancés pour entraver le travail de la Cour pée nale internationale et leur expression sur le terrain de la coopération, in *Revue Belge de Droit International*, 55 (2), 2012, pp. 201-236. M. WELDEHAIMANOT, Arresting Al-Bashir: the African Union's Opposition and the Legality, in *African Journal of International and Comparative Law*, 19 (2), 2011, pp. 208-235. D. ROBINSON, The controversy over territorial State referrals and reflections on ICL discourse, in *Journal of International Criminal Justice*, 9 (3), 2011, pp. 355-384.
- 77The adoption of the resolution is the result of the compromise reached between the position of most of the members of the Council, in favor of the appeal to the International Criminal Court, and the position of the United States of America. Resolution 1593 (2005) was approved with the favorable vote of 11 states and four abstentions (Algeria, Brazil, China and the United States). The non-permanent members of the Security Council were: Algeria, Argentina, Denmark, the Philippines, Japan, Greece, Tanzania, Romania, Benin and Brazil. For details see. Y. AKSAR, The UN Security Council and the enforcement of individual criminal responsibility: The Darfur case, in *African Yearbook of International Law*, 2006, pp. 104-119. F. AUMOND, La situation au Darfour déferée a la CPI. Retour sur uneresolution "historique" du Conseil de sécurité, in *Revue Générale de Droit International Public*, 108, 2008, pp. 111-134. R. CRYER, Sudan, Resolution 1593, and international criminal justice, in *Leiden Journal of International Law*, 16 (1), 2006, pp. 195-222. M. HAPPOLD, Darfur, the Security Council, and the International Criminal Court, in *International and Comparative Law Quarterly*, 55, 2006, pp. 226-236. C. HEYDER, The UN Security Council's referral of the crimes in Darfur to the International Criminal Court in light of the US opposition to the Court: Implications for the International Criminal Court's functions and status, in *Berkeley Journal of International Law*, 24 (2), 2006, pp. 650-671.
- 78ICC-02/05/157 e ICC-02/05-157-AnxA-Public Redacted Version of Prosecution's Application under Article 58 filed on 14 July 2008. Following the issuance of the arrest warrant, the Prosecutor appealed against the decision of the preliminary Chamber that had not considered sufficient evidence to contest the imputation of genocide. The Chamber of Appeals, in the Judgment on the Appeal of Prosecutor against the 3 February 2010, considered that the preliminary Chamber had rejected the request on the basis of an erroneous evaluation of the standard of the tests reached and, therefore, referred to the preliminary Chamber for a new decision. The First Preliminary Chamber, by decision of 12 July 2010, considered that there was reasonable doubt that President Al Bashir was responsible, pursuant to art. 25, (3) (a) of the Bylaws, of the crime of genocide as provided for by art. 6, (a), (b), (c) of the Bylaws, issuing a second arrest warrant against him. For more details see: D. AKANDE, The Legal nature of Security Council referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir's Immunities, in *Journal of International Criminal Justice*, 7 (3), 2009, pp. 333-352. A.T. CAYLEY, The Prosecutor's strategy in seeking the arrest of Sudanese President Al Bashir on charges of genocide, in *Journal of International Criminal Justice*, 6 (4), 2008, pp. 830ss. R. CRYER, The definitions of international crimes in the Al Bashir arrest warrant decision, in *Journal of International Criminal Justice*, 7 (4), 2009, pp. 284ss. G. FALLIGANT, The Prosecution of Sudanese president Al Bashir: Why a Security Council deferral would harm the legitimacy of the International Criminal Court, in *Wisconsin International Law Journal*, 27, 2009-2010, pp. 728ss. P. GAETA, Does President Al Bashir enjoy immunity from arrest?, in *Journal of International Criminal Justice*, 7, 2009, pp. 316ss. F. JESSBERGER, J. GENEUSS, On the application of a theory of indirect perpetration in Al Bashir: German doctrine at The Hague, in *Journal of International Criminal Justice*, 6 (4), 2008, pp. 854ss. M. SSENYONJO, The International Criminal Court and the warrant of arrest for Sudan's President Al-Bashir: A crucial step towards challenging impunity or a political decision? in *International and Comparative Law Quarterly*, 59 (1), 2009, pp. 398ss. S. WILLIAMS, L. SHERIF, The arrest warrant for President al-Bashir: Immunities of incumbent Heads of State and the International Criminal Court, in *Journal of Conflict and Security Law*, 14 (1), 2009, pp. 71-92. J. FOAKES, *The position of Head of State and senior officials in international law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- 79ICC-02/05-01/09-5 Request to the Republic of the Sudan for the arrest and surrender of Omar Al Bashir; ICC-02/05-01/09-7 Request to all State Parties to the Rome Statute for the arrest and surrender of Omar Al Bashir; ICC-02/05-01/09-8 Request to all United Nations Security Council Members that are not States Parties to the Rome Statute for the arrest and surrender of Omar Al Bashir. In argument see: G. SLUITER, Obtaining cooperation from Sudan. Where is the law? in *Journal of International Criminal Justice*, 6 (4) 2008, pp. 872ss.
- 80Arrêt of the Cour de Cassation, 13 March 2001, No. 1414. Another case concerning Qaddafi occurred more recently in front of the ICC. Following the revolution and military operations in Libya, the UN Security Council adopted Resolution 1970 (2011) on the 26 February 2011. In this instrument the si-

tuation in Libyan Arab Jamahiriya was referred to the Prosecutor of the ICC. On the 16 May 2011, the Prosecutor, according to Art. 58 of the ICC Statute, applied to the Trial Chamber to issue an arrest warrant for Qaddafi, together with two other persons. In his statement he asserted that the system in Libya 'confers on Gaddafi absolute power and authority'. By these words it is affirmed that de facto heads of states might be taken into consideration as high state officials for the purposes of international criminal law. See: UN SC Resolution 1970 (2011), S/RES/1970 (2011), 26.02.2011 and Situation in the Libyan Arab Jamahiriya. Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar GADDAFI, Saif Al-Islam GADDAFI and Abdullah AL-SENUSSI, Pre-Trial Chamber I, case no. ICC-01/11, 16.05.2011. see also: P. AKHAVAN, Complementarity conundrums: The ICC clock in transitional times, in *Journal of International Criminal Justice*, 14 (5), 2016, pp. 1045ss.

- 81 ICC-01/11-12 of 27 June 2011. Decision on the "Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif-Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, par. 9: "(...) insofar as the situation in Lybia has been referred to the Court by the Security Council acting pursuant to article 13 (b) of the Statute, the present case falls within the jurisdiction of the Court despite the fact that it concerns the alleged criminal liability of nationals of a State that is not party to the Statute and for crimes which have been committed in the territory of a State that is non party to the Statute. At this juncture, the Chamber also note that, consistent with its findings in the Al Bashir Case, the official position of an individual, whether he or she is a national of a State party or of a State which is not party to the Statute, has no effect on the Court's jurisdiction (...)". S. WILLIAMS, L. SHERIF, The arrest warrant for President al-Bashir, op. cit., pp. 72ss.
- 82 V.J. VANDER, The Al Bashir debacle, in *African Human Rights Law Journal*, 15, 2015, pp. 562ss.
- 83 ICC, Prosecutor v. Omar Al Bashir, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, P-TC, ICC-02/05-01/09, 4 March 2009, par. 95-97. S. VALIANI, Genocide left unchecked: Assessing the ICC's difficulties detaining Omar al-Bashir, in *Berkeley Journal of International Law*, 35, 2017, pp. 152ss. ICC, Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui, Decision on the Confirmation of Charges, op. cit., par. 401. ICC, Prosecutor v. Omar al Bashir, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, PTC, ICC-02/05-01/09-3, 4 March 2009, par. 86ss. In critical sense, see: S. KIRSCH, Two kinds of wrong: On the context element of crimes against humanity, in *Leiden Journal of International Law*, 22, 2009, pp. 539ss. With the exception of persecution and apartheid, it is not required that the author acts with a discriminatory intent as was instead foreseen by articles of the statute of the ICTR.
- 84 ICC-02/05-01/09-3 of 04-03-2009-1/146 CB PT-Public Redacted Version Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, parr. 41-45.
- 85 G.M. LENTNER, The United Nations Security Council and the International Criminal Court, op. cit. A.W. SCHABAS, An introduction to the International Criminal Court, op. cit.
- 86 M. FITZMAURICE, O. ELIAS, P. MERKOURIS (eds), *Treaty interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties, 30 years on*, Martinus Nijhoff, The Hague, 2010, pp. 9ss. G. NOUËT, *Treaties and subsequent practice*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 224ss. E. BJORGE, *The evolutionary interpretation of treaties*, Oxford University Press, Oxford, 2014. O. CORTEN, P. KLEIN, *The Vienna Conventions on the law of treaties. A commentary*, op. cit., O. DÖRR, Article 31. General rule of interpretation, in O. DÖRR, K. SCHMALENBACH (a cura di), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary*, op. cit., pp. 536ss. M. SAMSO, High hopes, scant resources: A word of scepticism about the anti-fragmentation function of article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, op. cit.,
- 87 D. AKANDE, International law immunities and the International Criminal Court, in *American Journal of International Law*, 98 (2), 2004, pp. 408ss. S. WILLIAMS, L. SHERIF, The arrest warrant for President al-Bashir: Immunities of incumbent Heads of State and the International Criminal Court, in *Journal of Conflict and Security Law*, 14 (1), 2009, p. 71 ss. As already highlighted for the references to the position of Head of State in charge contained in the arrest warrants against Al Bashir Gaddafi, also Resolution 1593 (2005) on Sudan, and 1970 (2011) on Libya are mutatis mutandis identical in content. Therefore the reconstructions proposed by the doctrine about the referral on Sudan are fully extendable to the case of Libya. See also: V. DAMNJANOVIC, *Die Beteiligungensformen im deutschen und serbischen Strafrecht sowie in der ICTY-Rechtsprechung*, BWN Berliner Wissenschafts Verlag, Berlin, 2013, pp. 246ss.
- 88 G.M. LENTNER, The United Nations Security Council and the International Criminal Court, op. cit. A.W. SCHABAS, An introduction to the International Criminal Court, op. cit.
- 89 D. AKANDE, The legal nature of Security Council referrals to the ICC and its impact on Al Bashir's immunities, op. cit., pp. 344, which the author stated that: "(...) Sudan is to be treated as bound by the Statute and as if it were a party to it (...)".
- 90 D. AKANDE, The legal nature of Security Council referrals to the ICC and its impact on Al Bashir's immunities, op. cit.,
- 91 UN Security Council Resolution 1593 (2005), 31 March 2005, par. 2 e UN Security Council Resolution 1970 (2011), 26 February 2011, par. 5.
- 92 R. DUBLER SC, KALYK M., Crimes against humanity in the 21<sup>st</sup> century, op. cit. C. BRANTS, S. KARSTEDT, *Transitional justice and the public sphere. Engagement, legitimacy and contestation*, op. cit.
- 93 C. BRANTS, S. KARSTEDT, *Transitional justice and the public sphere. Engagement, legitimacy and contestation*, op. cit.
- 94 C.F. AMERASINGHE, *Jurisdiction of international tribunals*, ed. Brill, The Hague, 2003.

- 95See in particular: G. ACQUAVIVA, Was a residual mechanism for international criminal tribunals really necessary?, in *Journal of International Criminal Justice*, 9 (4), 2011, pp. 790ss. M. DE HOON, The future of the International Criminal Court. On critique, legalism and strengthening the ICC's legitimacy, in *International Criminal Law Review*, 17 (4), 2017, pp. 596ss. C. DAVIS, Political consideration in prosecutorial discretion in the International Criminal Court, in *International Criminal Law Review*, 15 (1), 2015, pp. 182ss.
- 96G.M. LENTNER, The United Nations Security Council and the International Criminal Court, op. cit. A.W. SCHABAS, An introduction to the International Criminal Court, op. cit.
- 97J. IVERSON, The continuing functions of article 98 of the Rome Statute, op. cit.
- 98UN Security Council Resolution 1593 (2005), 31 March 2005, par. 2 e UN Security Council Resolution 1970 (2011), 26 February 2011, par. 5.
- 99After the arrest warrant was issued against Al Bashir, a "popular movement" has arisen within the country, which has repeatedly demonstrated on the streets of the capital in defense of its President. Then, rejecting all the accusations made against him, he issued a decree for the expulsion of 16 non-governmental organizations operating in the country, forcing about 7,000 humanitarian workers to leave the region and confiscate the equipment and supplies they manage.
- 100A. NOWAK, *The international criminal court: An introduction*, ed. Springer, New York, 2015.
- 101Assembly/AU/Dec. 221 (XII). *Décision sur la demande par le procureur de la Cour pénale internationale (CPI) de la mise en accusation du Président de la République du Soudan, adoptée dans le cadre de la XII Session ordinaire de la Conférence de l'Union africaine, tenue à Addis Abeba du 1<sup>er</sup> au 3 février 2009*, Cfr. par. 3: la Conférence «approuve le communiqué du Conseil de Paix et de Sécurité de l'Union africaine (CPS) à l'issue de sa 142<sup>ème</sup> réunion, tenue le 21 juillet 2008 et demande au Conseil de sécurité des Nations Unies, conformément aux dispositions de l'article 16 des Statuts de la CPI adoptés à Rome, et comme l'a demandé le CPS lors de sa réunion susmentionnée, de reporter le processus initié par la CPI (...)». It should be recalled that the Referral power was first exercised with Resolution no. 1593 (2005) and there were four Security Council resolutions that explicitly referred to art. 16 of the Statute. We refer to the resolutions: 1422 (2003), 1487 (2003), 1497 (2003) and 1593 (2005). In the event of referrals by the Security Council there is a possibility that the Court may report on the non-cooperation of a state but without any measures envisaged by the Council in the event of non-compliance by "forcing" the Council, based on Chapter VI of the Charter, exercise its conciliatory functions. The Security Council has the power to block proceedings before the Court after the adoption of a decision after a favorable vote of a majority of the members of the Council and the decision should be of a temporary nature and without prejudice to the nature of the Court's independence and impartiality. See also: United Nations Security Council, Report of the Secretary-General on the implementation of Security Council Resolutions 2139 (2014), 2165 (2014) and 2191 (2014), 11 November 2015, UN Doc. S/2015/862 e United Nations Security Council, 7419<sup>th</sup> meeting, 27 March 2015, UN Doc. S/PV.7419. See in argument: F. JESSBERGER, J. GENEUSS, Down the drain or down to earth? International criminal justice under pressure, in *Journal of International Criminal Justice*, 11 (4), 2013, pp. 502ss. M. FALKOWSKA, L'opposition de l'Union Africaine aux poursuites contre Omar al Bashir: Analyse des arguments juridiques avancés pour entraver le travail de la Cour pénale internationale et leur expression sur le terrain de la coopération, in *Revue Belge de Droit International*, 55 (2), 2012, pp. 201-236. M. WELDEHAIMANOT, Arresting Al-Bashir: the African Union's Opposition and the Legalities, in *African Journal of International and Comparative Law*, 19 (2), 2011, pp. 208-235. D. ROBINSON, The controversy over territorial State referrals and reflections on ICL discourse, in *Journal of International Criminal Justice*, 9 (3), 2011, pp. 355-384.
- 102K. AMBOS, Expanding the focus of the "African Criminal Court", in W.A. SCHABAS, Y. MCDERMOTT, N. HAYES (eds), *The ashgate research companion to international criminal law: Critical perspectives*, Ashgate Publishing, Farnham, 2013, pp. 502ss. M. CUPIDO, The contextual embedding of genocide: A casistic analysis of the interplay between law and facts, in *Melbourne Journal of International Law*, 15, 2014, pp. 379ss. G.P. BARNES, The International Criminal Court's ineffective enforcement mechanisms: The indictment of President Omar Al Bashir, in *Fordham International Law Review*, 34, 2011, pp. 1586ss. A.G. KIYANI, Al-Bashir & the ICC: The problem of Head of State Immunity, in *Chinese Journal of International Law*, 12, 2013, pp. 470ss. P. GAETA, P.I. LABUDA, *Trying sitting Heads of State*, C. CHERNOR JALLOH, I. BANTEKAS, *The ICC and Africa*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 152ss.
- 103Assembly/AU/Dec. 245 (XIII). *Décision on the Meeting of African States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC)*. Doc. Assembly/AU/13(XIII), adopted during the XIII ordinary session of the African Union Conference, held in Sirte from 1 to 3 July 2009.
- 104G.M. LENTNER, The United Nations Security Council and the International Criminal Court, op. cit. A.W. SCHABAS, An introduction to the International Criminal Court, op. cit.
- 105See the par. 8 of the decision in comment: "(...) requests the Commission to convene a preparatory meeting of African States Parties at expert and ministerial levels (Foreign Affairs and Justice) but open to other Member State at the end of 2009 to prepare fully for the Review Conference of States Parties scheduled for Kampala, Uganda in May 2010, to address among others, the following issues: i.) Article 3 of the Rome Statute granting power to the Security Council to refer cases of the ICC; ii.) Article 16 of the Rome Statute granting power to the UN Security Council to defer cases for one (1) year; iii.) Procedures of the ICC; iv.) Clarification on the Immunities of officials whose States are not part to the Statute; v.) Comparative analysis of the implications of the practical application of Articles 27 and 98 of the Rome Statute; vi.) The possibility of obtaining regional inputs in the process of assessing the evidence collected and in determining whether or not to proceed with prosecution; particularly against senior state officials; and vii.) Any other areas of concern to African States Parties (...)".

- 106The relevance of the act in question to evaluate the *opinio juris* in this matter appears even more evident if we consider that, historical courses and appeals, the session of the Assembly that approved the decision was held in Sirte, under the leadership of the leader Libyan Gaddafi who, during the preparatory work, became a staunch supporter of the denial of any form of cooperation with the International Criminal Court which, in a meeting of the AU of March 2009 had defined "a new form of international terrorism.
- 107S.L.VANLIN, Non-compliance and the law and politics of State co-operation lessons from the Al-Bashir and Kenyatta Cases, in O. BEKOU, B. BRIKEET, Co-operation and International Criminal Court: Perspectives from theory, ed. Brill/Nijhoff, Boston, 2016.
- 108In particular see: A.S. HASSANEIN, Self-referral of situations to the International Criminal Court complementarity in practice-complementarity in crisis, in *International Criminal Law Review*, 17 (1), 2017, pp. 108ss. J.N. ESEED, The International Criminal Court's unjustified jurisdiction claims: Libya as a case study, in *Chicago-Kent Law Review*, 89, 2013-2014, pp. 568ss. See the case of a self-referral act sent to the Court by the Head of the transition state in Libya on May 30, 2014, the Prosecutor has decided to initiate investigations (and thus open the situation called "Central African Republic II") the events committed in central African territory starting in August 2012, which would fall into the grip of war crimes. Following the Security Council Resolution 2127 (2013), a Commission of inquiry has been set up to investigate human rights and human rights violations committed in the State concerned from 1 January 2013. It should be recalled that the Referral power was first exercised with Resolution no. 1593 (2005) and there were four Security Council resolutions that explicitly referred to art. 16 of the Statute. We refer to the resolutions: 1422 (2003), 1487 (2003), 1497 (2003) and 1593 (2005). In the event of referrals by the Security Council there is a possibility that the Court may report on the non-cooperation of a state but without any measures envisaged by the Council in the event of non-compliance by "forcing" the Council, based on Chapter VI of the Charter, exercise its conciliatory functions. The Security Council has the power to block proceedings before the Court after the adoption of a decision after a favorable vote of a majority of the members of the Council and the decision should be of a temporary nature and without prejudice to the nature of the Court's independence and impartiality. See also: United Nations Security Council, Report of the Secretary-General on the implementation of Security Council Resolutions 2139 (2014), 2165 (2014) and 2191 (2014), 11 November 2015, UN Doc. S/2015/862 and United Nations Security Council, 7419th meeting, 27 March 2015, UN Doc. S/PV.7419. See in argument: F. JESSBERGER, J. GENEUSS, Down the drain or down to earth? International criminal justice under pressure, in *Journal of International Criminal Justice*, 11 (4), 2013, pp. 502ss. M. FALKOWSKA, L'opposition de l'Union Africaine aux poursuites contre Omar al Bashir: Analyse des arguments juridiques avancés pour entraver le travail de la Cour pée nale internationale et leur expression sur le terrain de la coopération, in *Revue Belge de Droit International*, 55 (2), 2012, pp. 201-236. M. WELDEHAIMANOT, Arresting Al-Bashir: the African Union's Opposition and the Legalities, in *African Journal of International and Comparative Law*, 19 (2), 2011, pp. 208-235. D. ROBINSON, The controversy over territorial State referrals and reflections on ICL discourse, in *Journal of International Criminal Justice*, 9 (3), 2011, pp. 355-384.
- 109ICC-02/05-01/09-309, paras. 5.
- 110D. LIAKOPOULOS, Schutz des angeklagten im Strafverfahren, in *International and European Union Legal Matters*, working paper series, 2013.
- 111L. DAQUUM, Has non-immunity for Head of State become a rule of customary international law?, in M. BERGSMO, L. YAN (eds) *State sovereignty and international criminal law*, Torkel Opshal academic Epublisher, Beijing, 2012, pp. 66ss.
- 112M. WOOD, The interpretation of Security Council Resolutions, revisited, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 20 2017, pp. 8ss.
- 113M. WOOD, The interpretation of Security Council Resolutions, revisited, op. cit.
- 114ICC-02/05-01/09-117 del 25-10-2010, Pre-Trial Chamber I, Decision requesting observations from the Republic of Kenya; ICC-02/05-01/09 121 01-12-2010, Pre-Trial Chamber I, Demande de coopération et d'informations adressée à la République Centrafricaine.
- 115ICC-02/05-01/09-107 del 27-08-2010, Pre-Trial Chamber I, Decision informing the United Nations Security Council and the Assembly of the States Parties to the Rome Statute about Omar Al-Bashir's presence in the territory of the Republic of Kenya; ICC-02/05-01/09-109 del 27-08-2010, Pre-Trial Chamber I, Decision informing the United Nations Security Council and the Assembly of the States Parties to the Rome Statute about Omar Al-Bashir's recent visit to the Republic of Chad; ICC-02/05-01/09-129 del 12-05-2011, Decision informing the United Nations Security Council and the Assembly of the States Parties to the Rome Statute about Omar Al-Bashir's recent visit to Djibouti.
- 116D. LIAKOPOULOS, Schutz des angeklagten im Strafverfahren, op. cit.
- 117L. NADYA SADAT, Elements and innovations in a new global treaty on crimes against humanity, in M. LATIER, P. SANDS, *The grey zone: Civilian protection between human rights and the laws of war*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2018.
- 118A. CASSESE, The Belgium Court of Cassation v. the International Court of Justice: The Sharon and others case, in *Journal of International Criminal Justice*, 1 (4), 2003, pp. 444ss.
- 119Following the Sharon case, a number of similar appeals were filed against the Belgian judiciary against incumbent heads of state charged with committing international crimes, such as US President Bush; the Rwandan President Kagame; the president of the Republic of Congo Sassou Nguesso; the Cuban President Castro; the President of the Ivory Coast Gbagbo; the President of the Central African Republic Patassè; the President of Mauritania Taya. For details see: D. AKANDE, S. SHAH, Immunities of State officials, international crimes, and foreign domestic courts, in *European Journal of International Law*, 21, 2010, pp. 824ss. M. UCHINO, Prosecuting Heads of State: Evolving

- questions of venue-Where, how, and why?, in *Hastings International & Comparative Law Review*, 34, 2011, pp. 342ss.
- 120With the *Ordonnance de refus de donner suite* of May 8, 2003, the Attorney General of the Swiss Confederation decided not to proceed with the criminal complaint filed against the President of the United States of America, Bush, for international crimes committed in the course of American intervention in Iraq. Indeed, in the motivation by which it is reaffirmed that a foreign head of state visiting abroad enjoys total and absolute immunity from criminal jurisdiction, the Prosecutor General affirms that the head of state in exercise is "comparable" to the country he represents, thus operating an overlap between personal immunity of the individual-organ and immunity of the foreign state. On the dubious value to be attributed to the tendency, widespread in the motivations of the sentences on the constitutional bodies in office, to make the immunity of the individual-organ coincide with that of the State.
- 121Despite the conclusion in favor of the recognition of the personal immunity with which the *Audencia Nacional* had closed the proceedings instituted in 1999 against the Cuban head of state Castro, in 2005 Human rights activists of the *Fundación para los Derechos Humanos* in Cuba have filed a new appeal against Castro accusing him of the commission of crimes against humanity, genocide, torture and acts of terrorism. The *Audencia Nacional*, once again invested with the matter, has substantially reaffirmed the full and absolute validity of the personal immunity of the incumbent Head of State with respect to which general international law does not contemplate any form of exception.
- 122See the decision in the proceedings against the incumbent Chinese President Zemin taken on 8 September 2004 by the Federal Court of Appeal for the seventh circuit in the case *Wei Ye v. Jiang Zemin* (383 F.3d, p.620, (2004 U.S. App. LEXIS 18944) and the decision taken in the proceedings against the President of Zimbabwe Mugabe at first instance by the Court for the southern district of New York in the case *Tachiona v. Mugabe*, 169 F. Supp. 2d, p. 259 ss. (S.D.N.Y. 2001).
- see in argument D.A. MUNDIS, *Tachiona v. Mugabe: A US Court bows to personal immunities of a foreign Head of State*, in *Journal of International Criminal Justice*, 1, (4), 2003, p. 462 ss. Indeed, the decisions of the US courts on the issue of immunity, both of the organ-individuals and of foreign States, take on relative importance because the conclusions reached are to be ascribed to the internal practice of following in this field the Suggestions of Immunity of the State Department and then, ultimately, dictated by the provisions of domestic law rather than by the application of international law.
- 123G. ABI-SAAB, *The proper role of universal jurisdiction*, in *Journal of International Criminal Justice*, 1 (4), 2003, ppp. 598ss.
- 124ICJ, Judgment 3 February 2012, *Jurisdictional Immunities of the State*, (Germany v. Italy: Greece Intervening). ICJ, *Jurisdictional Immunities (Federal Republic of Germany v. Italian Republic)*, Application of the Federal Republic of Germany, 23 December 2008 e Memorial of the Federal Republic of Germany, 12 June 2009, part. p. 48 ss. For analysis and details see: C.I. KEITNER, *Germany v. Italy and the limits of Horizontal enforcement: Some reflections from a United States Perspective*, 11 in *Journal of International Criminal Justice*, 11, 2013, pp. 168ss. J.C. BARKER, *International Court of Justice: Jurisdictional immunities of the State (Germany v. Italy) judgment of 3 February 2012*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 62 (3), 2013, pp. 742ss. R. O'KEEFE, C.J. TAMS, *The United Nations Convention on jurisdictional immunities of States and their property. A commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 13ss. C.J. TAMS, J. SLOAN, *The development of international law by the International Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 316ss. S. TALMON, *Jus cogens after Germany v. Italy: Substantive and procedural rules distinguished*, in *Leiden Journal of International Law*, 25 (4), 2012, pp. 98ss.
- 125S. KNUCHEL, *State immunity and the promise of jus cogens*, in *Northwestern Journal of International Human Rights*, 9, 2011, pp. 156ss.
- 126L. REYDAMS, *Universal jurisdiction: International and municipal legal perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2003. A. HUNEEUS, *International criminal law by other means: The quasi-criminal jurisdiction of the human rights court*, in *American Journal of International Law*, 107, 2013, pp. 6ss. C. TOMUSCHAT, *Universal criminal jurisdiction. Jurisdiction with respect to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes*, in *Yearbook of the Institute of International Law*, 71, 2005, pp. 246ss. A. LETT, *The meaningless existence of universal jurisdiction*, in *Michigan State International Law Review*, 23, 2015, pp. 547ss. M. LANGER, *The diplomacy of universal jurisdiction: The political branches and the transnational prosecution of international crimes*, in *American Journal of International Law*, 105, 2011, pp. 1, 42ss. C. RANDALL, *Universal jurisdiction under international law*, in *Texas Law Review*, 66, 1988, pp. 814ss. C. KRESS, *Universal jurisdiction over international crimes and the Institut de Droit International*, in *Journal of International Criminal Justice*, 4, 2006, pp. 561-585. R. O'KEEFE, *Universal jurisdiction: Clarifying the basic concept*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2, 2004, pp. 735-760. M.J. VENTURA, *The duty to investigate Zimbabwe crimes against humanity (torture) allegations: The Constitutional Court of South Africa speaks on universal jurisdiction and the ICC act*, in *Journal of International Criminal Justice*, 13, 2015, pp. 861-889. T. MERON, *The Geneva Conventions as customary law*, in *American Journal of International Law*, 81, 1987, pp. 348ss.
- 127L. REYDAMS, *Belgium Reneges on Universality: The 5 August 2003 Act on Grave Breaches of International Humanitarian Law*, in *Journal of International Criminal Justice*, 1 (4), 2003, pp. 680ss.
- 128D. LIAKOPOULOS, *Schutz des angeklagten im Strafverfahren*, in *International and European Union Legal Matters*, working paper series, 2013.
- 129For the purposes of understanding the scope of the changes introduced by the law in question, to report the text of art. 1 bis of the Belgian Code of Criminal Procedure: "1. Conformément au droit in-

ternational, les poursuites sont exclues à l'égard: -des chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des Affaires étrangères, pendant la période où ils exercent leur fonctions, ainsi que d'autres personnes dont l'immunité est reconnue par le droit international; -des personnes qui disposent d'une immunité, totale ou partielle, fondée sur un traité qui lie la Belgique. 2. Conformément au droit international, nul acte de contrainte relative à l'exercice de l'action publique ne peut être posé pendant la durée de leur séjour, à l'encontre de toute personne ayant été officiellement invitée à séjourner sur le territoire du Royaume par les autorités belges ou par une organisation internationale établie en Belgique et avec laquelle la Belgique a conclu un accord de siège (...)"

130D. LIAKOPOULOS, *Schutz des angeklagten im Strafverfahren*, op. cit.

131On the consequences, compared to the recognition of personal immunity to other organs of ministerial rank. The reference is in par. 51 of the judgment of the International Court of Justice in the case of the Arrest Order in which: "(...) The Court would observe at the outset that in international law it is firmly established that, as also diplomatic and consular agents, certain holders of high-ranking office in a State, such as Head of State, Head of Government and Minister for Foreign Affairs, enjoy immunities from jurisdiction in other States, both civil and criminal (...)", thus giving rise to the hypothesis that the list contained therein is not exhaustive, but merely exemplary.

132Boletín oficial del Estado, 4 November 1999, n. 266, sec. I, p. 92089 ff., The case in which the Spanish Supreme Court had identified the limits described, in fact, concerned a proceeding under way in the country against a group of Guatemalan generals, which ended with sentence no. 327 of 25 February 2003.

133W.A. SCHABAS, N. BERNAZ, *Routledge Handbook of international criminal law*, ed. Routledge, London & New York, 2011. K. CHAINOGLOU, B. COLLINS, M. PHILLIPS, *Injustice, memory and faith in human rights*, ed. Routledge, New York, 2018. C. RYNGAERT, *Jurisdiction in international law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 130ss. J. HANDMAKER, K. ARTS, *Mobilising international law for "global justice"*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 181ss.

134The amending law also introduces the category of crimes against humanity into the category of those that, pursuant to art. 23 of Law 6/1985, legitimize the exercise of universal criminal jurisdiction. The reason lies in the numerous controversies triggered after the conviction, with this imputation, of Adolfo Scilingo, an Argentine military involved in the c.d. flights of death organized during the dictatorship of the military junta between 1976 and 1983. The polemics against the conviction of the accused, by the Spanish courts, (for a total of 640 years) for crimes against humanity in application of Law 6/1985, is even more emblematic if we consider that the proceedings against Scilingo.

135See, Police Reform and Social Responsibility Bill, Commons disagreements, amendments in lieu and amendments to amendments at Human Rights Bill 62 printed under Standing Order 50, 12th September 2011. For details see: P. WANKHADE, D. WEIR, *Police services leadership and management perspective*, ed. Springer, London, 2015, pp. 98ss.

136ILC, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, UN Doc. A/56/10, pp. 31- 143. ILC, Draft Articles on the Responsibility of International Organisations, with commentaries 2011, "Report of the International Law Commission on the Work of its Sixty-third session", General Assembly Official Records, Supp. No. 10 (A/66/10), pp. 69-172. International Law Commission in its 2011 Articles on the Responsibility of International Organisations (ARIO Articles on the Responsibility of International Organisations, with commentaries, in Report of the International Law Commission on the work of its sixty-third session, UN Doc A/66/10, in (2011) Yearbook of the International Law Commission vol II, pt 2. The ARIO (adopted as a resolution by the UN General Assembly on 9 December 2011, Doc A/RES/66/10) were drafted on the model of the Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA) adopted as a resolution by the UN General Assembly on 12 December 2001 (International Law Commission, A/RES/56/83). G. NOLTE, *The International Law Commission facing the second decade of the twenty first century*, in U. FASTENRATH et al., *From bilateralism to community interests*, Oxford University Press, Oxford 2011, pp. 782ss. S. VILLALPANDO, *Codification light. A new trend in the codification of international law at the United Nations*, in *Brazilian Yearbook of International Law*, 2013, pp. 118ss. Y. CHEN, *Structural limitations and possible future of the work of the ILC*, in *Chinese Journal of International Law*, 2010, pp. 478ss. M. WOOD, *The General Assembly and the International Law Commission: What happens to the Commission's work and why?*, in I. BUFFARD et al., *International law between universalism and fragmentation*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2008, pp. 373ss. N. JANSEN, *The making of legal authority. Non-legislative codifications in historical and corporating perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 8ss. P. BEHRENS, *Diplomatic interference and the law*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2016. K. E. BONN, "New directions in responsibility: assessing the International Law Commission's Draft Articles on the Responsibility of International Organisations", in *The Yale Journal of International Law Online*, 37, 2011, pp. 4ss.

137P. WANKHADE, D. WEIR, *Police services leadership and management perspective*, op. cit.

138UN Doc. A/CN.4/L.682 13 April 2006, in *YILC*, 2006, vol. II, Part two par. 251. "Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law". See also: Official Records of the General Assembly, Fifty-seventh Session, Supplement NO. 10 (A/55/10), paras. 492-494.

139Official Records of the General Assembly, Fifty-seventh Session, Supplement NO. 10 (A/55/10), op. cit.

140For analysis and details see: M. FITZMAURICE, O. ELIAS, P. MERKOURIS (eds), *Treaty interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties, 30 years on*, Martinus Nijhoff, The Hague, 2010, pp. 9ss. G. NOUTE, *Treaties and subsequent practice*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 224ss. E. BJORGE, *The evolutionary interpretation of treaties*, Oxford University Press, Oxford, 2014. O. CORTEN, P. KLEIN, *The Vienna Conventions on the law of treaties. A commentary*, Ox-

- ford University Press, Oxford, 2011. O. DÖRR, Article 31. General rule of interpretation, in O. DÖRR, K. SCHMALENBACH (a cura di), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary*, Springer, Heidelberg-New York 2012, pp. 536ss. M. SAMSO, High hopes, scant resources: A word of scepticism about the anti-fragmentation function of article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, in *Leiden Journal of International Law*, 24, 2011, pp. 5ss. R. GARDINER, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- 141 Prosecutor v. Anto Furundžija, Judgment of 10 December 1998, Caso No. IT-95-17/1, Trial Chamber II, cit. al par. 363.
- 142 O. CORTEN, P. KLEIN, *The Vienna Conventions on the law of treaties. A commentary*, op. cit.
- 143 Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10), par. 311 "The Special Rapporteur concluded with some comments on his methodology and approach on the topic. In his view, the 2002 Judgment of the International Court of Justice in the Arrest Warrant case was both a correct and also a landmark decision".
- 144 UN Doc. A/CN.4/631 10 June 2010. Second Report on Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Roman Anatolevich Kolodkin, Special Rapporteur, F. Are there exceptions to immunity? pp. 29-58; part. p. 56, par. 90, which is concluded: "(...) in the opinion of the Special Rapporteur, the arguments set out above demonstrate that the various rationales for exceptions to the immunity of officials from foreign criminal jurisdiction prove upon close scrutiny to be insufficiently convincing". Official Records of the General Assembly, Sixty-sixth Session, Supplement No. 10 (A66/10 and Add 1). Chapter VII. Immunity of State officials form foreign criminal jurisdiction, parr. 121-122.
- 145 See, *Travaux préparatoires de la 13ème Commission*, in AIDI, 2001, I-Vancouver, p. 443 ss. "Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international", in AIDI, 2001, I-Vancouver, pp. 742 ss. "Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in the case of International Crimes", in AIDI, 2009, Naples, pp. 226 ss.
- 146 A. BELLAL, The 2009 Resolution of the Institute of International Law on Immunity and International Crimes. A partial codification of the law?, in *Journal of International Criminal Justice*, 9 (2), 2011, pp. 227-241.
- 147 D. LIAKOPOULOS, *International Criminal Court: Impunity status and the situation in Kenya*, in *International and European Union Legal Matters*, 2014.





---

## DOSSIÊ ESPECIAL: CÁTEDRA JEAN MONNET

---





## EDITORIAL

O número especial da Revista *Nomos* vincula-se aos estudos realizados pela Rede de Pesquisa “Integração, Estado e Governança”, cuja concretização deu-se graças ao financiamento obtido junto à Comissão Europeia no âmbito da Cátedra Jean Monnet da UFMG, Projeto (565401-EPP-1-2015-1-BREPPJMO-CHAIR). Trata-se de uma rede de pesquisa que congrega instituições de ensino e pesquisa nacionais e estrangeiras, notadamente, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Universidade de Itaúna (UIT), Universidade Nove de Julho (UNINOVE), Universidade Federal do Ceará (UFC) Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) no Brasil, Universidad de Alcalá de Henares e Universidad Castilla-La Mancha na Espanha, Università degli Studi di Perugia na Itália e Universidade Europeia de Lisboa em Portugal. Os professores que atuam como coordenadores da Rede em cada instituição são: Jamile Bergamaschine Mata Diz (UFMG/MG); Anderson Vichinkeski Teixeira (UNISINOS/RS); Alice Rocha da Silva (UniCEUB/DF); Roberto Correia da Silva Gomes Caldas (UNINOVE/SP); Tarin Mont’Alverne (UFC) Elizabeth Accioly Rodrigues da Costa e Eduardo Vera Cruz Pinto (UEL/Portugal); Carlos Francisco Molina del Pozo (Universidad de Alcalá/Espanha); José António Moreno Molina (UCLM/Espanha); e Roberto Cippitani (Università degli Studi di Perugia).

A Rede busca aproximar professores e alunos em um profícuo e continuado intercâmbio tanto para a elaboração de projetos de pesquisa, como para a criação de disciplinas no âmbito dos programas de pós-graduação, cursos para formação profissional, seminários e publicações, além de outras atividades científicas e acadêmicas.

Os estudos realizados no âmbito da referida Rede destinam-se a discutir temas relacionados com as transformações havidas pelo Estado, especificamente, no caso da presente obra como a sustentabilidade, entendida no contexto do triple bottom line, deve ser dimensionada a partir do desenvolvimento social, com crescimento econômico sem olvidar a proteção ambiental, influenciando na regulação estatal e na incorporação de atos internacionais destinados a promover o chamado desenvolvimento sustentável.

Neste sentido, o número especial contempla artigos de renomados acadêmicos que tratam de temas relevantes voltados para a concretização dos pressupostos do Estado Democrático de Direito, sempre ancorado na sustentabilidade, com foco nos aspectos da integração regional, infraestrutura, governança e outras temáticas que foram especialmente pensadas para possibilitar ao leitor reflexões e saberes destinados a promover maior aproximação entre distintas áreas do conhecimento.

Fortaleza, 30 de dezembro de 2018.

Dra. Jamile B. Mata Diz  
**Coordenadora da Catédra Jean Monet-UFMG**

Dra. Denise Lucena Cavalcante  
**Editora Chefe**

Dra. Tarin Cristino Frota Mont`Alverne  
**Editora Sub-Chefe**



# A LAS GENERACIONES FUTURAS Y LA NATURALEZA: ¿HAY UN DEBER DE CUIDADO? ALGUNAS REFLEXIONES DESDE EL EUROCENTRISMO

*Nuria Belloso Martín\**

## **Resumen**

En este estudio se plantean dos aspectos principales. En primer lugar, se clarifica el concepto de cuidado: queda reducido al ámbito moral o se puede hacer extensiva la responsabilidad (y, por tanto, deber) al ámbito legal. A partir de ahí, se estudia la proyección del deber de cuidado sobre dos las categorías de las Generaciones Futuras y de la Naturaleza-, revisando algunas de las cuestiones problemáticas que surgen al hilo de las mismas y prestando especial atención al tema de su protección y tutela.

En este sentido, y dado el progresivo protagonismo que están adquiriendo los Derechos de la Naturaleza en el ámbito iberoamericano, se plantea, como cuestión previa para tratar acerca de la Naturaleza, de la Madre Tierra y de la Pachamama, delimitar las diferencias entre estas categorías y las de medio ambiente: ¿Qué relación guarda el Derecho medioambiental y/o los Derechos de la Naturaleza con los Derechos humanos?; ¿Cómo pueden tutelarse –jurídicamente- tales categorías?. Se plantea una teoría intermedia –entre la antropocéntrica (eurocéntrica) y la biocéntrica (iberoamericana) de unos Derechos humanos medioambientales –o de un Derecho ambiental-, como capaces de arbitrar los mecanismos de tutela y protección necesaria, sin necesidad de tener que recurrir a la ficción jurídica de reconocer derechos a la Naturaleza. Por último, se justifica la evolución de una ciudadanía ambiental a una ciudadanía ecológica.

## **Palabras llave**

Generaciones futuras, justicia intergeneracional, naturaleza, futuro

## **THE FUTURE GENERATIONS AND NATURE: IS THERE A DUTY OF CARE? REFLECTIONS OVER EUROCENTRISM**

## **Abstract**

In this study two main aspects are presented. In the first, the concept of care is clarified: it is reduced to the moral sphere or the responsibility (and, therefore, duty) can be extended to the legal field. From there, we study the projection of the duty of care over two categories of the Future Generations and Nature-, reviewing some of the problematic issues that arise along these lines and paying special attention to the issue of their protection and guardianship.

In this sense, and given the progressive prominence that the Rights of Nature are acquiring in the Ibero-American sphere, it is proposed, as a preliminary question to deal with Nature, Mother Earth and Pachamama, to delimit the differences between these categories and those of the environment: What is the relationship between environmental law and / or the rights of nature and human rights? How can such categories legally be protected? An intermediate theory is proposed -between the anthropocentric (Eurocentric) and the biocentric (Ibero-American) environmental human rights -or environmental law-, as able to arbitrate the necessary mechanisms of protection and protection, without having to resort to the legal fiction of recognizing rights to Nature. Finally, the evolution of an environmental citizenship to an ecological citizenship is justified.

---

\* Possui doutorado pela Universidade de Valladolid (1987). Atualmente é Professor Titular da Universidade de Burgos. Trabalha temas como Direitos da Natureza e Direitos de Pachamama.

## Keywords

Future generations, intergenerational justice, nature, future time

### 1. EL DEBER DE CUIDADO

La separación y delimitación entre Derecho y moral constituye uno de los dilemas característicos del derecho. Precisamente, esta controvertida relación se proyecta ahora en las categorías de las Generaciones Futuras (GF) y de la Naturaleza. Y ello porque nos encontramos en la fase del paso del estadio ético-moral (cuidado) al jurídico (al de los derechos de las GF y la Naturaleza). El cuidado se articula en el ámbito de la ética. El concepto central de la ética del cuidado es la responsabilidad (moral).

Conviene tomar en consideración el origen y el concepto del “cuidado” para poder verificar si es susceptible de aplicación a las Generaciones Futuras y a la Naturaleza. Las teorías de Kohlberg y Gilligan plantearon las diferencias entre la ética masculina y la femenina. La ética masculina era universalista y volcada hacia el ámbito público y una teoría de la justicia. Valora la imparcialidad, el mirar al otro como otro genérico, sin tener en cuenta los detalles de la situación o los involucrados, para no dejarse influir por la simpatía o el sentimiento. La ética feminista (volcada en el ámbito de lo privado y en la ética del cuidado –del marido, de los hijos, de los ascendientes, de personas enfermas, de personas con discapacidad) acabó aportando que el concepto central de la ética del cuidado es la responsabilidad.<sup>1</sup>

Una de las principales reticencias que el término puede generar es que “cuidado” incluye, casi necesariamente, un componente afectivo. El término “cuidado” está tan unido al componente afectivo que la palabra siempre remite a algo “bueno” y así desaparece lo que de negativo pueda tener: sacrificio, desigualdad, carga y responsabilidad.

Los cuidados, ¿interesan por igual al mundo de la moral y al mundo de la justicia? Y si es así, ¿a qué justicia? Si los cuidados se desarrollan en un ámbito considerado como privado, como es el de la autonomía individual, circunscrito a la discrecionalidad de cada cual, ¿Se puede intervenir a partir de las diversas formas de organizar socialmente el cuidado?<sup>2</sup>

La “ética de la justicia”, definida como aquel conjunto de teorías que, desde Kant, establecen como eje vertebral las normas o principios universales, orienta el razonamiento moral masculino, busca aplicar principios morales abstractos en el respeto a los derechos formales de los demás. Valora la imparcialidad, el mirar al otro como otro genérico, sin tener en cuenta los detalles de la situación o los involucrados, para no dejarse influir por la simpatía o el sentimiento. La adopción de este punto de vista imparcial, hace suponer que todas las personas racionales coincidirán en la solución de un problema moral.

---

<sup>1</sup> FACIOLLI, A., “Ética del cuidado y ética de la justicia en la teoría moral de Carol Gilligan” en *Revista ACTIO* n° 12–diciembre 2010, pp.41-57. <<http://actio.fhuce.edu.uy/Textos/12/Fascioli12.pdf>>. (Acceso el 27.02.2016).

<sup>2</sup> A la “ética del cuidado” sustentada por Gilligan, Benhabib defiende como complementaria la “ética de la justicia”. BENHABID, S., “Una revisión del debate sobre las mujeres y la teoría moral” en *Isegoría* n°16, 1992, pp.37-63.

La categoría de Generaciones futuras nos remite a la de generaciones venideras, y la responsabilidad que cada ser humano actual tiene con relación a los futuros: dar la posibilidad de que la humanidad futura tenga condiciones para subsistir y desarrollarse. Aquí se integra el medio ambiente y la Naturaleza, como uno de los principales elementos que necesitan “ser cuidados” para hacer posible el desarrollo futuro de la humanidad.

Las Generaciones Futuras y la Naturaleza constituyen nociones que inciden de forma directa en nuestra actual concepción de los Derechos Humanos. Aun teniendo su propia entidad y problemática, se enfrentan a interrogantes y retos comunes, a la vez que ambas categorías guardan una interdependencia mutua, por lo que conviene abordar su estudio de manera conjunta. Su relación es tal que en ocasiones se presentan fundidas en una simbiosis, con rótulos tales como derechos ambientales de las futuras generaciones o bien, de forma independiente pero con una estrecha relación: derechos de las Generaciones Futuras y derechos de la Naturaleza –más adelante haremos referencia a si Naturaleza equivale a derecho a un medio ambiente sano-.

La posibilidad de que a ambas nociones se las pueda elevar al status de nuevos sujetos de derecho, por un lado, y la conveniencia de crear una institución que se encargue de la defensa de sus respectivos intereses, por otro, constituyen dos de los grandes desafíos para la Teoría del Derecho y para los Derechos Humanos en la actualidad.

Hay un riesgo de distorsión real de las políticas a favor de los intereses de quienes tienen mayor poder que exigen el corto plazo, lo que acaba proyectándose negativamente en todos aquellos intereses que tienen una proyección en el largo plazo. De ahí la relevancia que adquiere que el desarrollo sostenible, las generaciones futuras y los Derechos de la Naturaleza requieran unos defensores a largo plazo.

Como acertadamente sostiene *Eberhard*:

Nous devenons responsables non plus uniquement de nos actions passées, mais des effets futurs qu’elles peuvent produire. Nous ne sommes plus simplement responsables de l’effet individualisé de nos actions, mais nous devons prendre en compte l’effet collectif de nos actions individuelles. [...] L’avenir devient donc une responsabilité qui nous incombe”.<sup>3</sup>

La preocupación por el futuro quizás sea una de las aportaciones más novedosas del Informe Brundtland (1988). El desarrollo sostenible nos sitúa ante la responsabilidad de legar a las generaciones futuras un planeta que no esté irreversiblemente dañado por la actividad del ser humano. Se trata de una prescripción ética que se proyecta en respetar el derecho de nuestros descendientes a disponer de un entorno saludable y a utilizar los recursos naturales al menos en un grado similar al que disfrutamos los seres humanos actuales. Encierra una formulación universal de justicia intergeneracional, que nos hace recordar el imperativo ético de responsabilidad formu-

---

<sup>3</sup> EBERHARD, Ch., “Une Introduction” en EBERHARD, Ch. (Editor) *Traduire nos responsabilités planétaires. Recomposer nos paysages juridiques*. Bruselas, Bruylant, 2008, p.4. pp.1-82. Disponible en: <[www.dhdi.free.fr/recherches/gouvernance/.../eberhardbruylant.pd...>](http://www.dhdi.free.fr/recherches/gouvernance/.../eberhardbruylant.pd...).

lado por Hans Jonas: “actúa de tal forma que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida auténticamente humana sobre la tierra”.<sup>4</sup>

Las nociones de deber, de responsabilidad colectiva, de solidaridad diacrónica, de justicia intergeneracional se convierten en ejes transversales sobre los que gira la idea de que toda generación tiene el deber de salvaguardar los recursos naturales para que sea posible la supervivencia de las Generaciones Futuras. Si tenemos una responsabilidad con la protección de la Naturaleza es porque debe ser transmitida como elemento fundamental que garantice la supervivencia de las generaciones futuras. La principal responsabilidad de una ética que contemple el futuro es la de entregar a las generaciones venideras un mundo en el que haya una probabilidad razonable de ser capaz de enfrentarse con éxito a los problemas que les hayamos dejado en herencia. No solamente se aplica esta estipulación a temas de población y medio ambiente, sino también a las cuestiones de intervención genética, ingeniería médica, y otras parecidas

Ahora bien, lo que implican estas afirmaciones es un deber de cuidado, tanto respecto a las Generaciones Futuras como con relación a la Naturaleza. Pero surgen varios interrogantes tales como: ¿de dónde proviene el deber de cuidado, cuál es su origen? ¿en qué consiste el deber de cuidado? ¿Por qué tenemos un deber de cuidado? ¿con respecto a qué tenemos un deber de cuidado?

Si cada ser humano tiene un deber de respeto con su par, entonces también hay que preguntarse si esto se puede ampliar a la Naturaleza y a la Madre Tierra, ya que estamos en años críticos en que tenemos que empezar a preocuparnos por lo que queremos dejarle a generaciones futuras.

## 2. ¿HAY UN DEBER DE CUIDADO CON RESPECTO A LAS GENERACIONES FUTURAS?

Las decisiones sobre políticas energéticas, cuestiones medioambientales, la (in)aceptabilidad de una deuda pública, sobre la necesidad de prever recursos para el futuro desmantelamiento de las centrales nucleares, política demográfica y sistema de pensiones, biotecnología (genoma humano) y medicina, entre otras, pueden acabar determinando las condiciones de una vida mejor –o peor- para las generaciones futuras (en adelante, GF). Una buena parte de los estudios que versan sobre las GF lo hacen desde la perspectiva del área medioambiental, prestando escasa atención a la potencialidad de los mismos en otras áreas (económico, demográfico, justicia social, educativo y tantos otros).

Comenzaremos por establecer un concepto de Generaciones Futuras y haremos una breve referencia histórica desde la aparición del término, en el ámbito internacional, hasta que en los últimos diez años ha empezado a despertar un gran interés, apoyándose en instrumentos supranacionales y de ámbito nacional, como algunas Constituciones. Si bien hay un cierto consenso con relación a aceptar una obligación moral de *cuidar de los seres futuros* resulta más controvertido definir si hay una obligación jurídica”. Es decir, si las generaciones actuales tienen alguna responsabilidad sobre lo que les suceda a las generaciones futuras.

---

<sup>4</sup> JONAS, H., *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Barcelona, Herder, 1995.

## 2.1. Concepto de Generaciones Futuras

Existen diferentes definiciones de «generación» recogidas en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, entre las que podemos destacar: “Todas las personas que conviven en un periodo de tiempo determinado, pudiendo ser éste un año, una década, etc”.

Ello nos lleva a diferenciar entre las relaciones intrageneracionales de las intergeneracionales. En una misma dimensión temporal, pueden llegar a coincidir dos o tres generaciones (abuelos, padres, nietos –G1, G2, G3). Se trataría de relaciones intrageneracionales (generaciones que coexisten y se superponen en el mismo tiempo). En las relaciones intergeneracionales, algunas generaciones más próximas pueden coexistir pero las más lejanas se dan en una distancia temporal (G1, G2, G3, G4, G5, G6 y sucesivamente).<sup>5</sup>

El problema intergeneracional surge debido a que las acciones presentes determinan la capacidad (económica y ecológica) que heredará el futuro. Por un lado, los no nacidos no tienen ninguna capacidad para defender sus intereses en la toma de decisiones. En concreto, no pueden pujar en el mercado de recursos actual, ni pueden participar del proceso político. Por otro lado, las decisiones actuales pueden tener un carácter irreversible para el futuro. Esto lleva a que las generaciones futuras no puedan defenderse y deban resignarse a sufrir las consecuencias de las decisiones presentes. Los individuos presentes en cada momento del tiempo actúan como ‘dictadores’ respecto a los individuos no nacidos.<sup>6</sup>

Para percibir lo que le debemos a las Generaciones Futuras, podemos diseñar la hipótesis de imaginar un mundo donde ellas no existirían. Un mundo donde no habría nacimiento en el planeta, excepto el nacimiento de aquellos que ya están concebidos. Según Attali (2013b), las consecuencias directas de tal situación serían el final no solo de todos los proyectos a nivel microeconómico (familia, empresas, etc.), sino de cualquier proyección socioeconómica a nivel macroeconómico (Estados) para el futuro. En el futuro inmediato, conllevaría el cierre de todas las maternidades. Las consecuencias a medio y largo plazo serán mucho más importantes. Según Attali, una cuarta parte de la humanidad actual habrá desaparecido cuando los últimos jóvenes ingresen al mercado laboral. En consecuencia, todas las escuelas (escuelas, institutos, institutos y universidades) se irían cerrando sucesivamente. Como consecuencia, el mercado laboral comenzará a reducirse irreversiblemente. En cuanto al medio ambiente, especialmente el calentamiento global seguirá aumentando, la calidad y el nivel de vida inevitablemente disminuirán. Las pensiones de las generaciones actuales, que luego después se jubilarán, ya no serán financiadas, como tampoco los servicios públicos. A medida que pase el tiempo, la situación será cada vez más dramática para

<sup>5</sup> TREMMEL, J. Ch., “Is a Theory of Intergenerational Justice Possible? A Response to Beckerman”, *Intergenerational Justice Review*, n<sup>o</sup>2, Foundation for the Rights of Future Generation, 2004, pp.6-9; también, vid. TREMMEL, J. Ch, (Editor), *Handbook of Intergenerational Justice*, Northampton – USA- Edward Elgar Publishing, Inc, 2006. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.4337/9781847201850>>. (Acceso 07.11.2016); GOSSERIES, A., *Penser la justice entre les générations: De l’affaire Perruche à la réforme des retraites*, Paris, Aubier, 2004; BARRY, B., “La justicia como reciprocidad” en BARRY, B. *Libertad y Justicia*. Oxford, Universidad de Oxford Prensa, 1989, p.211-24.

<sup>6</sup> PADILLA ROSA, E., “Equidad intergeneracional y sostenibilidad. las generaciones futuras en la evaluación de políticas y proyectos”. *Instituto de Estudios Fiscales*, p.15 <[www.ief.es/contadorDocumentos.aspx?URLDocumento=/documentos/recursos/](http://www.ief.es/contadorDocumentos.aspx?URLDocumento=/documentos/recursos/)> (Acceso 25.09.2016).

los últimos supervivientes. Al final del viaje, seremos testigos de la disminución cada vez más vertiginosa en el nivel de vida de los últimos humanos, que se verán obligados a luchar no para vivir, sino para sobrevivir, en una economía mundial cada vez más reducida, en la que cada vez habrá menos trabajadores capaces de manejar la economía y los servicios públicos (administraciones, ejército, etc.). Entonces, en un mundo cada vez más escatológico, donde nada funcionará más, los últimos humanos, entre los que viven hoy, lucharán para seguir siendo el último superviviente. Sin generaciones futuras, las vidas de todas las personas que viven hoy están condenadas a terminar de una manera catastrófica.

Jonas argumentó que la ética de la responsabilidad implica la existencia de generaciones futuras, pero también la forma en que existirán. Analiza lo que produce el principio de la responsabilidad como un principio categórico porque se basa en la misma continuación del ser humano.<sup>7</sup>

En la misma línea, Rawls argumenta que hay una “continuidad de reclamos”.<sup>8</sup> La responsabilidad hacia las generaciones futuras se basa en la idea de que somos parte de una generación de generaciones. Es cierto que no vivimos juntos con los hombres del futuro. Pero si miramos más de cerca, el futuro, incluso distante, es parte de nuestra existencia. Proteger el medio ambiente significa apostar por la existencia de las generaciones futuras. En nuestra opinión, esta hipótesis no se trata del derecho a la existencia de estas generaciones y del deber de garantizar la posteridad como tal, sino de las condiciones de su existencia.

En el ámbito internacional, tanto la ONU como la UNESCO<sup>9</sup> han destacado como impulsores de la tutela de las generaciones futuras. Hay algunos hitos relevantes que han contribuido a la construcción y progresiva consolidación del concepto de GF, entre los que destacamos lo siguientes:

El compromiso adoptado en la Carta de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco (Estados Unidos, 26 de junio de 1945), cuando declara que « Nosotros, los pueblos de las Naciones Unidas, decididos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, [...]”,<sup>10</sup> puede considerarse como la primera referencia a las generaciones futuras, concretamente, una declaración de responsabilidad frente a las generaciones futuras.

---

<sup>7</sup> JONAS, H., *El principio de responsabilidad: Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, cit.

<sup>8</sup> RAWLS, J., “The Problem of Justice Between Generations”, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1970. [Trad. al castellano de M<sup>a</sup>. Dolores González, *Teoría de la Justicia*, México, FCE, 1995, pp.323-332].

<sup>9</sup> Las responsabilidades de las generaciones actuales para con las futuras han estado presentes en los programas de la UNESCO desde la década de 1970. Así, el primer Plan a Plazo Medio (1977-1982) menciona en su párrafo 80 que el reconocimiento de la unidad de la humanidad, a partir de la aceptación de un cierto sistema de valores -valores de justicia, de igualdad, de libertad, de solidaridad- presupone la “elección de un destino que ha de forjarse en común y una corresponsabilidad con respecto al porvenir de la especie humana”. En la Resolución 4 XC/2/10, aprobada por la Conferencia General en su cuarta reunión extraordinaria, se subrayó la importancia de la preservación de un patrimonio común a toda la humanidad para las generaciones actuales y futuras. En el tercer Plan a Plazo Medio (1990-1995), en el capítulo correspondiente al Área Principal VI del Programa, se subrayó asimismo la necesidad de garantizar “la durabilidad de las riquezas para las generaciones futuras”. Anteproyecto de Declaración sobre las responsabilidades de las generaciones actuales para con las generaciones futuras. (La Laguna, 25 y 26 de febrero de 1994), p.4. Disponible en: <[unesdoc.unesco.org/images/0010/001018/101848so.pdf](https://unesdoc.unesco.org/images/0010/001018/101848so.pdf)>.

<sup>10</sup> Disponible en: <[www.cooperacionespañola.es/sites/default/files/carta\\_de\\_naciones\\_unidas.pdf](http://www.cooperacionespañola.es/sites/default/files/carta_de_naciones_unidas.pdf)>.

La Comisión de Mundo en el Ambiente y Desarrollo preparados por la Asamblea General de la ONU, conocido como la Comisión de Brundtland, emitió el Informe “Nuestro Futuro Común”, en 1987,<sup>11</sup> fecha en que acuñaron y definieron el término el desarrollo sustentable como un “desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades.”

“Declaración sobre las responsabilidades de las generaciones actuales para con las generaciones futuras”, en 1997, de la UNESCO.<sup>12</sup>

A partir de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible - Rio+20- en el 2012, “*El futuro que queremos*”. La responsabilidad hacia las generaciones futuras,<sup>13</sup> se invitó al Secretario General de la ONU, Ban Ki-moon, a elaborar un Informe sobre las cuestiones relativas a la justicia intergeneracional. Su Informe “*La solidaridad intergeneracional y las necesidades de las generaciones futuras*” (2013)<sup>14</sup> estableció que el concepto de solidaridad intergeneracional está enmarcado en la idea del desarrollo sostenible y es un valor universal de la humanidad.

Entre el 24 y el 26 de abril de 2014, bajo el patrocinio de János Áder, Presidente de Hungría, se celebró la Conferencia titulada “Instituciones Modelo para un Futuro Sostenible”. Dicha Conferencia tuvo como objetivo contribuir a una cooperación más estrecha entre las instituciones nacionales que desempeñan un papel pionero en la implementación del desarrollo sostenible y la solidaridad intergeneracional.

La segunda reunión de los miembros de la red tuvo lugar en Cardiff (abril de 2015) dentro del marco de la conferencia titulada “Los ingredientes esenciales para un futuro sustentable: Por qué necesitamos las instituciones independientes, y cómo deben trabajar para el largo plazo.”

La tercera reunión de los miembros de la red se celebró en Helsinki –Finlandia- con el Seminario titulado “Para las Próximas Generaciones”. Participaron los defensores de las generaciones futuras y Directores de Oficinas de Desarrollo sostenible más relevantes.<sup>15</sup> Cada uno de ellos explicó cómo están trabajando para contribuir a la preparación del futuro para las nuevas generaciones. Desde la conservación de la na-

<sup>11</sup> Disponible en: <[ww.unesco.org/new/es/education/themes/leading-the-international-agenda/education-for-sustainable-development/sustainable-development/#topPage](http://ww.unesco.org/new/es/education/themes/leading-the-international-agenda/education-for-sustainable-development/sustainable-development/#topPage)> (Acceso 10.09.2016).

<sup>12</sup> Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones futuras <[http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL\\_ID=13178&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13178&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)>. (Acceso 25.08.2016).

<sup>13</sup> Disponible en: <[https://rio20.un.org/sites/rio20.un.org/files/a-conf.216-l-1\\_spanish.pdf](https://rio20.un.org/sites/rio20.un.org/files/a-conf.216-l-1_spanish.pdf)>

<sup>14</sup> “La solidaridad intergeneracional y las necesidades de las generaciones futuras” (**Report of the Secretary-General**, UN Doc A/68/322). Informe del Secretario General de la ONU (15 de agosto de 2013). <http://docplayer.es/13093975-Asamblea-general-naciones-unidas-a-68-322-la-solidaridad-intergeneracional-y-las-necesidades-de-las-generaciones-futuras.html> (Acceso 15.11.2016).

<sup>15</sup> Oficina Parlamentaria para la Evaluación de Opciones Científicas y Tecnológicas (Francia); el Director titular, la Oficina Parlamentaria de Ciencia y tecnología, (Reino Unido); Ministerio del Consejo Estratégico para el futuro y el mercado financiero (Suiza); la Fundación del Consejo Futuro (Suiza); el Director titular de Instituto de Valoración de Tecnología (ITA/Vienna); el Director a la Dirección de la Planificación, la Oficina de Presupuesto y Planeando (Uruguay); Ministerio de Protección del ambiente (Israel); El Presidente de Países Bajos el Consejo Científico para la Política Gubernamental; El Presidente del Comité de Asuntos Digitales, Innovación y Nuevas Tecnologías (Polonia); Director titular de Justicia Futuro (World Council); el Defensor del pueblo para las Generaciones Futuras, la Oficina del Comisionado para los Derechos de Principio (Hungría); el Vicepresidente Ejecutivo de Banco Industrial y Comercial (China); el Presidente de Países Bajos el Consejo Científico para la Política Gubernamental. Citamos los Organismos e Instituciones que participaron para que pueda constarse como no hay presencia de España.

turalidad a la industria bio, la tecnología del gen, la demografía, la fiscalidad y otros temas, todos desde una perspectiva del presente hacia el futuro.

## 2.2. El debate sobre las Generaciones Futuras como sujeto de derechos

Los interrogantes que surgen en relación a la teoría de los derechos y las generaciones futuras son varios: ¿Tiene sentido asignar derechos a las generaciones futuras? Y si la respuesta es afirmativa, ¿quiénes son los sujetos de tales derechos: generaciones entendidas a modo de grupos, o cada uno de los individuos futuros? Y si es así, ¿a qué tienen derecho? ¿frente a quién tienen derecho? ¿cuándo tendrían derecho? ¿ahora o en el futuro? ¿Y qué tipo de derechos serían? ¿derechos positivos, entendiendo por tales los establecidos en un texto constitucional y en textos legislativos? ¿o se trataría de derechos naturales, que podrían no estar recogidos en ningún sistema jurídico? Esos intereses colectivos ¿son nuevos derechos? ¿quiénes son sus titulares? La mejor manera de proteger esos intereses y cumplir con esas responsabilidades ¿consiste en instaurar un mecanismo de tutela y/o representación de los intereses de las generaciones futuras?<sup>16</sup>

Incluso cabría preguntarse si no es preferible hablar solo de obligaciones hacia las generaciones futuras. ¿Pueden existir obligaciones intergeneracionales si no existen los derechos?

La obligación para con las Generaciones Futuras es una expectativa pero no un derecho.

## 2.3. Objeciones con respecto a la posibilidad de reconocer derechos a las Generaciones Futuras

En la siguiente tabla reunimos las principales objeciones que se han formulado con respecto a la posibilidad de otorgar derechos –morales y, también jurídicos- a las Generaciones Futuras:<sup>17</sup>

<b>OBJECIONES CON RESPECTO A LA POSIBILIDAD DE OTORGAR DERECHOS A LAS GENERACIONES FUTURAS</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. <i>Condición de existencia:</i> Las generaciones futuras no existen, por tanto, no pueden tener intereses.</li> <li>2. <i>Falta de información disponible para individualizar los intereses de las generaciones futuras.</i> Incluso aunque se acepte la existencia de las generaciones futuras, desconocemos cuáles serán sus intereses.</li> <li>3. Según ciertas concepciones del Derecho, <i>sólo se pueden atribuir derechos a sujetos singulares que pueden ser individualizados.</i> Las generaciones futuras no son sujetos singulares sino colectivos indeterminados.</li> <li>4. <i>Se debe de estar en la posición de poder exigir el cumplimiento de la obligación moral correspondiente.</i></li> <li>5. (Im)Posibilidad de actuación procesal para proteger los derechos de GF.</li> </ol>
--	--

<sup>16</sup> PARTRIDGE, E., **Responsibilities to Future Generations.** *Environmental Ethics.* New York, Prometheus Books, 1980; también, PALOMBELLA, G., "Reasons for Justice, Rights and Future Generations", *EUI Working Papers LAW*, Italia, nº2007, 7 de marzo de 2007.

<sup>17</sup> BECKERMAN, W., "Intergenerational Justice" en *Intergenerational Justice Review*, nº2, Foundation for the Rights of Future Generation, 2004, pp. 1-6.

No podemos extendernos en rebatir cada uno de citados argumentos, pero sí hay que señalar que, frente a la teoría negacionista de autores como Beckerman, hay otros –como Tremmel y Gosseries- que sustentan la posibilidad y conveniencia de una justicia intergeneracional entre generaciones y, por consiguiente, la posibilidad, al menos, de reconocer desde una perspectiva moral, los intereses y necesidades de las Generaciones futuras. En el estadio actual, resulta prematuro sostener que puedan reconocerse derechos –jurídicos-.

### 3. ¿HAY UN DEBER DE CUIDADO CON RESPECTO A LA NATURALEZA Y A LA MADRE TIERRA?

Como cuestión previa para tratar acerca de la Naturaleza, de la Madre Tierra y de la Pachamama, -al menos desde una perspectiva eurocéntrica- habría que establecer las diferencias entre estas categorías y las de medio ambiente. Y ello porque desde nuestra perspectiva, en la categoría medioambiental se consideran incluidas todas ellas. Sin embargo, en otras concepciones, se diferencian. Y, a partir de ahí, se establece la red de relaciones con los Derechos humanos.

Todo ello, -y, al igual que hemos hecho con respecto a las Generaciones Futuras-, hace recomendable empezar planteando algunos interrogantes:

1-Cuál es la relación entre medio ambiente y Naturaleza: ¿son conceptos o categorías sinónimas? En su caso, ¿qué diferencias hay entre ambas?

2-¿Qué relación guarda el Derecho medioambiental y/o los Derechos de la Naturaleza con los Derechos humanos?

3- ¿Cómo tutelar estas categorías?

Tal y como está la legislación actual, la tutela del medio ambiente se proyecta sobre la protección de los Derechos humanos. Los daños al medio ambiente, por sí mismos, ¿implican la vulneración de otros derechos? (Por ejemplo, a derechos humanos tales como el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho a la información). En relación a la tutela del medio ambiente en el ámbito internacional, habría que clarificar: a) ¿Se puede garantizar la protección medioambiental a través de un tribunal internacional de derechos humanos? Los derechos humanos ¿pueden ser más efectivos para proteger los intereses medioambientales que el Derecho civil (derecho económico-compensatorio en el derecho de daños)?; b) Para proteger la Naturaleza, ¿es más conveniente optar sólo por tribunales de derechos humanos? ¿o resultaría más efectivos y garantistas unos tribunales de la Naturaleza?; c) La protección del medio ambiente a través de los tratados y tribunales de derechos humanos ¿es una realidad o un desiderátum que queda sólo en mero papel?

4- Para afianzar la estrecha relación entre Derechos humanos y medio ambiente, cabe preguntarse si se debería incluir el derecho al medio ambiente como un Derecho humano –al menos, en los tratados internacionales-.<sup>18</sup> De hecho, jurisprudencialmente, el derecho al medio ambiente se viene considerando como un Derecho humano.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Son pocos los tratados regionales sobre derechos humanos que reconocen el derecho al medio ambiente de forma directa. Sólo lo hacen la Carta Africana de Derechos Humanos y de los pueblos y el Protocolo de San salvador.

<sup>19</sup> El Convenio Europeo de Derechos humanos (CEDH) no contiene un reconocimiento directo del derecho al medio ambiente. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en la práctica, ha entendido que existe un derecho a un medio ambiente sano o, al menos, una obligación

La jurisprudencia medioambiental del TEDH así lo ha aceptado (caso *López Ostra c. España*, sentencia de 9 de diciembre de 1994).<sup>20</sup>

En cuanto al ámbito nacional, las nuevas Constituciones aprobadas desde los años setenta han ido acogiendo en sus textos un nuevo derecho de tercera generación enunciado en los términos de “un derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado”, “saludable”, “equilibrado”. Se ha promulgado legislación reguladora, tanto en el ámbito nacional como comunitario e internacional, del medioambiente hasta llegar a configurar un cuerpo normativo, el Derecho ambiental, que ya forma parte importante de nuestros sistemas jurídicos.

5-El medio ambiente es parte intrínseca del desarrollo económico y no solo un límite externo al desarrollo. Hay que ser especialmente vigilantes con aquellas prácticas que, en aras de un pretendido desarrollismo, llevan a cabo actividades depredatorias y extractivas sin tomar en consideración los límites medioambientales. No puede negarse la complejidad que encierra esta cuestión, en las que se entremezcla el capitalismo, la descolonialidad, el lucro de empresas supranacionales extranjeras –a las que resulta difícil exigir responsabilidades-. Es una tarea difícil lograr el equilibrio entre desarrollo económico y respeto medioambiental y a la Naturaleza pero no imposible. Precisamente, una de las funciones de los juristas es articular esa protección.

#### 6- Del derecho al medio ambiente a los Derechos de la Naturaleza.

Esta evolución hasta llegar a plantear la Naturaleza como sujeto de derechos resulta cuestionada desde la perspectiva eurocéntrica. Al igual que surgían interrogantes con respecto al medio ambiente, aquí se suscitan más inquietudes aún. Siguiendo a Ávila Santamaría, las preguntas que se suscitan son:

¿Es realmente un derecho o más bien una declaración de buenos propósitos? ¿Puede un ser no humano ser sujeto de derechos? Si es que lo fuere, ¿cuál es el contenido del derecho? ¿Los derechos de la naturaleza debilitan la teoría de los derechos humanos? ¿Es exigible el derecho de la naturaleza?<sup>21</sup>

---

por parte del Estado de garantizar existe un derecho a un medio ambiente sano. Ha ido consolidando una extensa jurisprudencia que tiene en cuenta los intereses medioambientales y, en ocasiones, el derecho al medioambiente. Por tanto, el medio ambiente se protege siempre y cuando afecte a los derechos de los reclamantes, y nunca de manera aislada. Hace falta un equilibrio justo entre desarrollo económico, interés general e intereses, derechos de los particulares. No cualquier molestia que sufra un particular a raíz de la implementación de una actividad de interés general, comporta la vulneración del CEDH. Hace falta que la molestia, los daños, sean de un cierto nivel, que los demandantes lo demuestren, que prueben que hay una relación causa-efecto entre la actividad y los daños y que el Estado no haya sido diligente en la regulación, aplicación y control de la actividad.

<sup>20</sup> La demandante, Sra. López, llega ante el TEDH quejándose de la planta de tratamiento de residuos sólidos y líquidos subvencionada por el Estado que tiene muy cerca de su casa, que lleva su actividad sin los permisos correspondientes en regla, y que emite gases, ruidos y mal olor, afectando con ello a su vida privada y familiar, así como a la hija de la demandante. La Sra. López agotó las vías internas requeridas, tanto administrativas como jurisdiccionales. Mientras se sustancia, la Sra. López obtiene el traslado a un piso ubicado en otro lugar de la ciudad. Aportó informes médicos que ponían de manifiesto los daños contra la salud sufridos por los miembros de la familia mientras vivían cerca de la planta. El TEDH condenó a España por su pasividad ante la vulneración del art.8 del CEDH, el derecho a la vida privada y familiar. Y se afirma que el Estado español no ha conseguido el equilibrio justo entre el interés general y los derechos protegidos en el CEDH. En esta sentencia, el TEDH reconoce que los daños medioambientales a la colectividad, incluso cuando no son tan graves como para poner en peligro la salud del individuo, pueden perjudicar su bienestar y afectar así a su derecho a la vida privada y familiar, además de a su salud.

<sup>21</sup> ÁVILA SANTAMARÍA, R., “El derecho de la naturaleza: fundamentos” en ACOSTA, A. y MARTÍNEZ, E. (Editores), **Derechos de la Naturaleza – El futuro es ahora**, Abya Yala, Quito, 2009, p.173-. Disponible en: <<https://therightsofnature.org/ron-conference-articles/>>.

#### 4. LA VISIÓN DEL EUROCENTRISMO: NO ES NECESARIO CATEGORIZAR COMO “DERECHOS” DE LA NATURALEZA A LO QUE PUEDE MUY BIEN ENGLOBARSE EN UN DERECHO AMBIENTAL O EN UNOS DERECHOS HUMANOS AMBIENTALES

La colisión de las epistemologías del Norte con las epistemologías del Sur es un problema complejo, teñido de numerosas incomprendiones. Dos perspectivas que, de forma artificiosa, se quieren seguir contraponiendo como si no la no mercantilización, y el respeto y defensa de los bienes colectivos como la Naturaleza y el medio ambiente no constituyeran también un bien jurídico protegido por parte de las epistemologías del Norte. La filosofía andina y la descolonialidad aportan un fundamento biocéntrico a los Derechos de la Naturaleza que, en un sistema jurídico eurocéntrico, no puede encontrarse.

Como afirmaba Husserl, Europa es una categoría espiritual, una manera de determinada de ver el mundo, caracterizada por ideas tales como la crítica, la tradición, la autonomía, la universalidad. Otras culturas están más apegadas a la cosmovisión que la tradición mítica religiosa les impone y sus culturas no responden al patrón universalista. Pero este universalismo no significa anulación del otro, como reflejo del dominio de la cultura europea, por su poderío tecnológico y cultural, imponga sobre otras culturas particulares.

En el mundo occidental la unidad es uno, todo vale por uno, todo es uno. Por esta forma de ver las cosas es que existe el individualismo, la competencia individual. En el mundo andino la unidad no es uno, la unidad es dos, todo vale por dos, todo es pareja, es el mundo de la dualidad, de la complementariedad, y desde esta lógica se estructura nuestra sociedad. En el mundo occidental el hombre está sobre la tierra, de ahí nace la concepción de que el hombre es separable de la tierra. Por ello puede vender la tierra, enajenarla, envenenarla o matarla; no le importa, no es parte de él. En el mundo andino el hombre no está sobre la tierra, el hombre es parte de la tierra. No puede vender la tierra, alquilarla o matarla porque la tierra es su madre y nosotros somos la tierra misma. En el mundo occidental el futuro es adelante, adelante, siempre adelante, ciencia, tecnología, hasta llegar a la bomba atómica y la destrucción del mundo. Para el mundo andino el futuro no es adelante, el futuro es atrás, el futuro está en nuestra historia, en nuestra raíz, en nuestra identidad. Un pueblo que no tiene historia es un pueblo que no existe.<sup>22</sup>

Por eurocentrismo, en su versión negativa -sentido eurocéntrico- se entiende la interpretación de los demás pueblos desde la propia particularidad de la cultura europea. El efecto de tal actitud, desde el plano teórico, ha sido la negación de la racionalidad de las demás culturas, y en el plano político, el colonialismo y el imperialismo.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> CÁRDENAS AGUILAR, F., “Introducción” en CHIVI VARGAS, I.M. (Coordinador), **Bolivia. Nueva Constitución Política del Estado. Conceptos elementales para su desarrollo normativo**, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2010, p. 25. Disponible en: <[https://www.vicepresidencia.gob.bo/IMG/pdf/ncpe\\_cepdpd.pdf](https://www.vicepresidencia.gob.bo/IMG/pdf/ncpe_cepdpd.pdf)>).

<sup>23</sup> Wolkmer se lamenta de la tradicional educación en Derechos Humanos basados en una matriz eurocéntrica, revelando una política de derechos humanos liberal y que ignora las peculiaridades de América Latina, sirviendo a veces como un discurso legitimador de violación de los propios Derechos humanos. En este ámbito, se privilegia los principales tratados y documentos internacionales de Derechos humano. Afortunadamente, desde de esta lectura tan crítica de la concepción de los derechos humanos occidental, Wolkmer no propone una exclusión o renegar de la historia de los dere-

El centro del eurocentrismo se sitúa en la Europa occidental, Norteamérica y algunos otros países (Australia) en oposición a las periferias (Iberoamérica, África y Asia, entre otras). América Latina es en gran medida producto de la expansión de Europa pero es distinta. Se trataría de construir lo que Sousa Santos llama una sociología de las ausencias basada en las alternativas de conocimiento que nunca llegaron a ocurrir, o en todos esos silencios o aspiraciones que el paradigma dominante ha prohibido por considerarlos como magia, superstición, o simples creencias.

El escepticismo o la negación con respecto al proyecto de los Derechos de la Naturaleza surgen como respuesta a la concepción occidental. Es decir, pueden apuntarse varias dificultades de transición hacia la sustentabilidad socio-ambiental. Un primer obstáculo es la tensión entre el movimiento ecologista y los defensores del humanismo moderno. Una segunda razón se apoya en las pretensiones universalistas de los modelos de desarrollo occidentales. El hecho que la reivindicación provenga desde el “Sur global” introduce claras contradicciones con la idea de una emulación universal del “Norte global”. Para el pensamiento occidental, que se autoproclama como la imagen misma del progreso y de la ética universal, puede resultar incómodo asumir que los pueblos designados por las ciencias sociales occidentales como “primitivos” sean detentores de una verdad ecológica que pretende asegurar la capacidad de sobrevivencia en el Antropoceno, cuando la modernidad eurocéntrica está amenazada de desaparecer.

Las tesis de algunos autores, aun teniendo un cierto grado de acierto en la reivindicación de un papel protagonista también para países emergentes, pierden sin embargo parte de su razón cuando lo engloban en afirmaciones generalizadoras. Así, Sousa Santos afirma:

El paradigma científico dominante, localizado geográficamente en la Europa Occidental y en el mundo anglosajón, encontraría su sustento en una serie de dicotomías, todas insalvables. Algunas de ellas son: la escisión entre sujeto y objeto, las oposiciones entre naturaleza y ser humano, civilización y barbarie, mente y materia, colectivo e individuo. [...] El resultado es una apuesta constante por un futuro mejor —el progreso— dentro de una totalidad cerrada —organizada y jerarquizada de antemano— con una visión lineal del tiempo”. Es decir, presenta la cultura occidental como negadora de cualquier otra y como impositiva de su superioridad.<sup>24</sup>

Las diversas expresiones (Pachamama, buen vivir, Derechos de la Naturaleza, Derechos de la Madre Tierra, Jurisprudencia de la Tierra), sin que haya un único término para englobarlas, contribuye a generar confusión e, incluso, en ocasiones, incompreensión e incluso estupor —y no sólo en el contexto europeo-<sup>25</sup>

---

chos Humanos en Europa, sino que busca, aun dentro de las limitaciones que ha advertido, una filosofía pautaada en un pensamiento jurídico crítico que tenga propósito liberador partiendo de las raíces latinoamericanas. (Cfr. WOLKMER, A. C., “Por uma educação latino-americana em direitos humanos: pensamento jurídico crítico contra-hegemônico”, *Revista Direitos e Garantias Fundamentais - Filosofia e Teoria Geral do Direito*, Faculdade de Direito de Vitória, v. 18, n.º. 1, jan./abr. 2017, pp. 295-296).

<sup>24</sup> SOUSA SANTOS, B. (de). *Epistemologías del Sur*, México, Siglo XXI Editores, 2009; también, “Epistemologías del Sur”, *Utopía y Praxis latinoamericana*, año 16, n.º54, julio-septiembre 2011, Universidad del Zulia, Maracaibo-Venezuela-pp.17-39. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4231309.pdf>>.

<sup>25</sup> SÁNCHEZ PARGA, J., “Discursos retrorevolucionarios: Sumak Kawsay, derechos de la naturaleza y otros pachamismos”, *Revista Ecuador Debate*, n.º84, diciembre 2011, p.43.

En el sistema andino, los Derechos de la Naturaleza no están solamente contemplados entre los artículos 71 al 74 de la Constitución ecuatoriana, o en el artículo 33 de la Constitución boliviana sino que están enmarcados por un proceso social que permitió esas Constituciones.

Ni estos derechos, ni nada surge de la nada; los Derechos de la Naturaleza tienen historia. El antecedente al reconocimiento de la Naturaleza con derechos está en las luchas en torno al territorio, al agua, a la soberanía alimentaria.

Zaffaroni advierte del peligro de “pervertir el discurso ecológico hasta caricaturizarlo convirtiéndolo en un discurso contrario de las declaraciones de derechos y oponer el *geocentrismo* o cualquier otra tentativa de reconocer el carácter de sujeto de derechos a la naturaleza en un discurso *antihumanista*” que, por quitar al humano del lugar del titular del dominio absoluto de la naturaleza lo degrade a un microbio eliminable si se opone a su conservación. En lugar de reconocer que se trata de una ampliación del reconocimiento de los sujetos de derechos, la ruptura con el *especismo* y el reconocimiento de nuevos sujetos de derechos, mediante esta perversión se convertiría en un argumento *contra los derechos*.<sup>26</sup> De hecho, es contra la idea de una Naturaleza completamente instrumentalizable como se levanta la idea de Derechos de la Naturaleza, como obligación de respetar a lo no-humano.<sup>27</sup>

Como es conocido, hay diferentes visiones con respecto a la Naturaleza tales como la perspectiva antropocéntrica<sup>28</sup> y la biocéntrica<sup>29</sup>, a las que podría calificarse como las más extremas. Se puede articular una tercera, a la que calificaremos de intermedia.

En relación a la primera, en esa línea de defensa antropocéntrica puede situarse la tesis de Brian Norton que, aun reconociendo las relaciones entre los seres humanos y el mundo natural no humano (así como también las relaciones entre los seres humanos entre sí) considera que no hay necesidad ni política ni conceptual de expresarlo en términos ecocéntricos. La idea básica de Norton es que la gran mayoría de las demandas de los ambientalistas respecto a la protección de la naturaleza no humana se satisfacen simplemente atendiendo a nuestras obligaciones con las generaciones futuras de seres humanos. Estas obligaciones, dice, equivalen a transmitir un «sistema saludable, complejo y que funciona de manera autónoma», y, por tanto, el mantenimiento de ese sistema es un subproducto, podríamos decir, de hacer lo correcto para

<sup>26</sup> Cfr. ZAFFARONI, R., “La Pachamama y el humano”, en ACOSTA, A. y MARTÍNEZ, E., (Compiladores) **La Naturaleza con derechos. De la Filosofía a la política**, cit., p.87. El binomio derecho al desarrollo/conservación de la Naturaleza también ha sido objeto de polémica ya que ha dado lugar a diversas interpretaciones.

<sup>27</sup> VANHULST, J., “Los Derechos de la Naturaleza: un alegato por la vida” (9.05.2017), Chile. Disponible en: <<https://www.ocmal.org/los-derechos-de-la-naturaleza-un-alegato-por-la-vida/>>.

<sup>28</sup> El antropocentrismo ético filosófico de la modernidad, la primacía de la propiedad, la fe en el progreso, el dominio científico sobre la naturaleza convirtieron a la Naturaleza en un instrumento al servicio de los intereses y necesidades humanas. El dominio tecnológico, la industrialización depredadora han cosificado y mercantilizado la Naturaleza.

<sup>29</sup> En esta visión, al hombre se le baja de su pedestal de agente moral; la Naturaleza se convierte en Gaya –Madre Tierra- un sistema vivo e interdependiente del que el hombre forma parte, al mismo nivel –sin privilegios- que otros seres vivos. “Ello desemboca en que el hombre pierda su especificidad y se funda en el orden natural, como un elemento más de la Naturaleza que cohabita, desde tiempo inmemorial, con millones de especies en la Tierra.

con los futuros seres humanos.<sup>30</sup> Desde este punto de vista, no hay necesidad de debates contenciosos y políticamente polémicos acerca de “los derechos de la naturaleza”, ni tampoco del “giro ontológico” que propone la ecología profunda. Es suficiente con reconocer que tenemos obligaciones con los futuros seres humanos, y que entre esas obligaciones se incluye la de proveerlos de medios para vivir (entendiendo éstos de modo general).<sup>31</sup>

La concepción antropocéntrica no tiene porqué considerarse opuesta a la ecológica, ni entender que defiende un divorcio entre hombre y Naturaleza. Por el contrario, es integradora, partiendo de la supremacía del hombre- en cuanto ser racional- sobre la Naturaleza. La configuración de la justicia ambiental ya expresa el interés del hombre por tutelar y proteger la Naturaleza.

La segunda perspectiva es la biocéntrica –también denominada ecocéntrica-<sup>32</sup> (Derechos de la Naturaleza). Según la perspectiva biocéntrica, la Naturaleza no debe ser considerada como medio y objeto, sino que se la debe de concebir como un fin en sí misma y como sujeto de derechos.

Los Derechos de la Naturaleza descansan sobre un fundamento biocéntrico, que se levanta sobre dos componentes históricos y ecologistas, resultado de la unión entre dos elementos: un que hace alusión a un retorno/reconocimiento de los saberes ancestrales, y otro al despertar de la conciencia ecologista. En Europa, la cultura ecológica existe y se ha cuidado de tutelarla jurídicamente. Pero la faceta de los saberes ancestrales queda subsumida en el humanismo cristiano que ha sido característico del pensamiento occidental. La economía capitalista, la hegemonía de la razón, acompañadas de un pensamiento racional científico tecnológico, el desarrollo son rasgos propios de nuestra cultura.

La atribución de derechos a la Naturaleza se configura como una de las aportaciones de la visión andina. El hecho de configurar a la Naturaleza como titular de derechos puede obedecer a distintas justificaciones. Unas serán utilitaristas (para evitar o, al menos, paliar las imprevisibles consecuencias que se producirán si mantenemos el sistema de depredación antropocéntrico”);<sup>33</sup> otras serán de carácter axiológico (cuando se reconocen los Derechos de la Naturaleza, se están admitiendo valores propios o intrínsecos en la propia Naturaleza”)<sup>34</sup> o de otro tenor (algunos autores se lamentan de la “desnaturalización de la Naturaleza”).

---

<sup>30</sup> NORTON, B., *Toward Unity Among Environmentalists*, Nueva York y Oxford, Oxford University Press, 1991.

<sup>31</sup> DOBSON, A., “Ciudadanía ecológica” *Isegoría* n°32, 2005, espec. pp.55-57. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/128982>>.

<sup>32</sup> La ecología no es sinónimo de medio ambiente, ecologismo, historia natural o ciencias ambientales. Está estrechamente relacionada con la biología evolutiva, la genética y la etología. La ecología es el análisis científico y el estudio de las interacciones entre todos los organismos y el su entorno. Es un campo interdisciplinario que incluye la biología y las ciencias de la tierra. Un objetivo importante para los ecologistas es mejorar la comprensión de cómo la biodiversidad afecta la función ecológica. A su vez hay que diferenciar ecologismo de “ambientalismo”, que consiste en una tipo de activismo con el objetivo de mejorar el medio ambiente, sobre todo a través de actividades educativas públicas, propaganda de ideas, programas legislativos y convenciones.

<sup>33</sup> Asamblea Constituyente de Ecuador, *Mayoría sobre los Derechos de la Naturaleza*, Mesa n°1 de Derechos fundamentales y Garantías constitucionales, mayo 2008, p.4.

<sup>34</sup> Cfr. GUDYNAS, E., “Los derechos de la Naturaleza en serio. Respuestas y aportes desde la ecología política” en ACOSTA, A. y MARTÍNEZ, E., (Compiladores), *La Naturaleza con derechos. De la Filosofía a la política*, Abya Yala, Quito, Universidad Politécnica Salesiana, 2011, p.245. Disponible en:

Una diferencia sustancial con respecto a la perspectiva antropocéntrica es que los daños a la Naturaleza se expresan en una justicia distinta. Mientras la justicia ambiental trata de asegurar los Derechos Humanos frente a los daños ambientales que los afecten, la justicia ecológica –sustentada en los Derechos de la Naturaleza– se dirige a asegurar la supervivencia de las especies y sus ecosistemas. Para la justicia ambiental, los sujetos de derecho son las personas, mientras que a la Naturaleza sigue considerándola como objeto o instrumento para garantizar los Derechos Humanos. En contraste, la justicia ecológica se dirige a garantizar los Derechos de la Naturaleza entendida como sujeto jurídico, su integridad y restauración cuando resulta afectada.

En una línea intermedia entre ambos extremos –antropocéntrico y biocéntrico– está la configuración de unos Derechos Humanos de naturaleza ambiental, que lleva aparejado un proyecto de Naturaleza que coloca al hombre en la complejidad de las interacciones con su entorno y define una ética de responsabilidad consciente de nuestro futuro común. Se plasma en el reconocimiento constitucional de un antropocéntrico “derecho del ser humano a un medio ambiente adecuado”, como un derecho de tercera generación (derecho subjetivo, derecho colectivo, e incluso, como un principio de actuación del Estado). El reconocimiento constitucional del derecho al medio ambiente tiene un relevante valor simbólico, en la medida en que une la preocupación por la protección medioambiental con los Derechos fundamentales del hombre. Esta posición intermedia se fundamenta en que la concepción del hombre “maestro y poseedor de la naturaleza” encaja en el Código civil.

Se puede concluir que los Derechos Humanos ambientales complementan útilmente los Derechos de la Naturaleza. La **Sentencia Corte Suprema de Colombia, de 31 de agosto de 2017, STC4360-2018**,<sup>35</sup> podría constituir un ejemplo de lo que, desde una perspectiva eurocéntrica sería una simbiosis entre ambas concepciones y que, sin embargo, desde la perspectiva iberoamericana, podría parecer que colisiona con la concepción de la Naturaleza como sujeto de derechos. Para clarificar lo que aparentemente podría considerarse una contradicción, Gudynas explica que, en Iberoamérica parecen existir dos caminos para llegar a otorgar derechos a la Naturaleza. En el primero, el punto de partida es el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto, y desde allí se derivan variadas consecuencias, y entre ellas está otorgarle derechos legales. En el segundo, se parte de ampliar los derechos de las personas para dar un salto al ampliar ese tipo de reconocimiento al ambiente. Se llega a situaciones similares pero los puntos de partida son diferentes. La resolución colombiana, en esta Sentencia, se inscribiría en la segunda vía. La demanda inicial puso su acento en la vulneración de los derechos de las personas, dando respuesta a una acción de jóvenes y niños colombianos contra la deforestación.

Con respecto a la protección del medio ambiente, los países europeos y la Unión Europea se han concentrado en la protección de la Tierra, pero no como un derecho de la Tierra y, por lo tanto, reconociéndola personalidad jurídica, sino como algo bueno y necesario que el hombre debe hacer por sí mismo, para garantizar su supervivencia y las Generaciones Futuras.

---

<<http://www.rosalux.org.ec/es/serie-nuevo-constitucionalismo/254-derechos-naturaleza.html>>. (Acceso 6.11.2017).

<sup>35</sup> <[www.cortesuprema.gov.co/corte/.../2018/.../corte-suprema-orde](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/.../2018/.../corte-suprema-orde)>.

En suma, en Europa y en todos los Estados que la componen, se realiza una defensa y protección del medio ambiente cada vez más eficiente, pero desde una perspectiva claramente antropocéntrica. Lo que motiva la protección del medio ambiente, no sea la de proteger la propia Tierra, como sujeto de derechos, sino el hombre, su vida y la de las Generaciones Futuras, que depende del cuidado de ese medio ambiente. Se puede decir, por lo tanto, que la protección en casi todos los sistemas legales en el mundo con respecto al medio ambiente responde en último análisis, a un egoísmo humano, es decir, esencialmente para proteger y garantizar la supervivencia humana.

El estadio actual en que se encuentran los diversos trabajos al respecto es el de un progresivo acercamiento desde la filosofía del Norte a la del Sur en la medida en que mediante diversos Encuentros, se intenta identificar los aspectos que unen. Las respectivas visiones pueden considerarse representadas, respectivamente, por el Manifiesto de Oslo, aprobado en 2016 -(*Oslo Manifesto for Ecological Law and Governance*)-<sup>36</sup> -que podría representar al Norte- y por la *Carta de Fortaleza: Manifiesto Pachamama*, aprobada el 29 de noviembre de 2017 -y que sería una manifestación de la visión del Sur-.<sup>37</sup>

Varios cientos de académicos y profesionales de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza especializados en Derecho ambiental acordaron el Manifiesto de Oslo, que insta a celebrar un diálogo mundial para proteger la integridad de los ecosistemas de la Tierra como base de la vida y del desarrollo humano. En el citado Manifiesto de Oslo se pide el establecimiento de una asociación a favor de la legislación y la gobernanza ecológicas, cuya puesta en marcha se estableció para octubre de 2017 en Siena (Italia) como así se hizo. La Asociación de Derecho Ecológico y Gobernanza -ELGA- se presentó oficialmente en Siena, el 13 de octubre de 2017.

Por su parte, en la Carta de Fortaleza se dice:

Consideramos un deber de la humanidad, de los Estados y sociedad civil, de todos los pueblos y de todas las personas, asumir con urgencia y diligencia el papel de cuidadores y cuidadoras de la Vida y promover inmediatamente los principios éticos y jurídicos de la Armonía con la Naturaleza y el reconocimientos de los Derechos de Pachamama. Somos un solo organismo vivo. Somos la Madre Tierra: Pachamama [...].

“Considerando la meta 12.8 de la *Agenda 2030 de las Naciones Unidas* de garantizar a las personas, en todos los lugares, información relevante y concientización para el desarrollo sustentable y estilos de vida en Armonía con la Naturaleza, y las convergencias entre el Proyecto de *Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra*, aprobada en Cochabamba en 2010 y el *Manifiesto de Oslo*, aprobado en 2016, se han suscrito estos documentos en lo

<sup>36</sup> En su site (<<https://www.elga.world/>>) incluye el texto del Manifiesto de Oslo (<<https://www.elga.world/oslo-manifesto/1>>). En el ítem sobre el impulso internacional a los Derechos de la Naturaleza se hará alusión a algunas iniciativas tanto desde el Parlamento Europeo como desde algunos países de la Unión Europea (Portugal, Alemania).

<sup>37</sup> Carta del VII Congreso Internacional Constitucionalismo e Democracia que se ha celebrado en la ciudad de Fortaleza (Ceará, Brasil) entre los días 26, 27, 28 e 29 de noviembre de 2017, “Harmonia com a Natureza e Bem Viver: uma revolução jurídica desde o Sul”. Disponible en: <<http://www.nacionpachamama.com/manifestopachamamaenespanol>>. La Dra. Germana de Oliveira Moraes, una de las promotoras de la Carta de Fortaleza, está realizando un encomiable esfuerzo de difusión tanto de la Carta en concreto como de los Diálogos de Armonía con la Naturaleza en general.

que se refiere a los Derechos de la Madre Tierra y al principio de Armonía con la Naturaleza [...] Creemos que estamos separados, pero, todo lo que existe nasce del mismo vientre. Aguas, pájaros, flores, personas, montes, son expresiones complementares de un ser vivo, colectivo y cíclico. Los procesos culturales que contribuyeron a la pérdida de esta conciencia llevaron a la humanidad a situarse jerárquicamente, colocándose por encima de Pachamama [...].”

Cabe esperar que ELGA y los defensores de los Derechos de la Naturaleza construyan un diálogo fructífero.

#### 4.1. La evolución necesaria: del concepto de desarrollo sostenible a la armonía con la Naturaleza

El hecho de que estas diferencias no puedan reducirse a una simple contraposición entre dos culturas y modelos jurídicos se pone de manifiesto en las diversas iniciativas de la Asamblea General de Naciones Unidas (Diálogos con la Naturaleza, Pacto Mundial por el medio Ambiente<sup>38</sup> y otras iniciativas<sup>39</sup>), que reflejan que se trata de una problemática que afecta a todos los países y, por tanto, a todas las legislaciones y sistemas jurídicos. Los recursos naturales, el medio ambiente y la Naturaleza constituyen la principal herencia que recibirán las Generaciones Futuras.

Desde el ámbito de Naciones Unidas, mediante Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas y de Informes del Secretario General de Naciones Unidas, se ha venido trabajando de forma intensa por la consecución de la denominada “Armonía con la Naturaleza” -*Dialogues on Harmony with Nature*-.<sup>40</sup> Reúne, anualmente, especialistas de todo el mundo en la defensa de la Armonía con la Naturaleza.<sup>41</sup> Más de 120 expertos en jurisprudencia de la Tierra, de distintos continentes, con un total de 33 nacionalidades, han participado en los cinco Diálogos interactivos de armonía con la Naturaleza que se han celebrado entre los años 2010 y 2015.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> El 7 de mayo de 2018, la Asamblea General de las Naciones Unidas, con el respaldo de 71 Estados parte, presentó un documento en el que se propone la creación de un grupo de trabajo especial, de composición abierta, que sienta las bases del futuro del Derecho ambiental a nivel internacional. De ahí la denominación de la propuesta: **Hacia un Pacto Mundial por el Medio Ambiente**. El texto está destinado a ser un tratado de carácter jurídicamente vinculante y de alcance general, que enuncie el conjunto de los derechos fundamentales que conviene proteger en materia medioambiental así como los grandes principios constitutivos del derecho del medio ambiente que deben guiar la acción de los Estados parte. Su fundamento son los acuerdos y las declaraciones ya existentes o consagrados por la jurisprudencia internacional. <<https://www.diplomatie.gouv.fr>>

<sup>39</sup> La Asamblea General de la ONU, mediante su Resolución 70/1, el 25 de septiembre de 2015 aprobó la Agenda para el Desarrollo después de 2015, denominada “Transformar nuestro mundo: Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”. Entre los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible de aplicación universal que, desde el 1 de enero de 2016 rigen los esfuerzos de los países para lograr un mundo sostenible en el año 2030, se destaca el Objetivo 12, meta 12.8, el cual enuncia como cometido “asegurar que las personas de todo el mundo tengan la información y los conocimientos pertinentes para el desarrollo sostenible y los estilos de vida en armonía con la naturaleza”.

<sup>40</sup> Sobre este tema, **vid.** OLIVEIRA MORAES, G. de. “Del desarrollo sostenible a la armonía con la naturaleza: la influencia del nuevo constitucionalismo latino americano sobre el programa de las Naciones Unidas Armonía con la Naturaleza (HWN UN)” **NOMOS. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 37.2, jul./dez. 2017, pp.395-404.

<sup>41</sup> Para consultar el sitio web sobre la Armonía con la Naturaleza, **vid.** <[www.harmonywithnatureun.org/wordpress/2016-dialogue/](http://www.harmonywithnatureun.org/wordpress/2016-dialogue/)>.

<sup>42</sup> **Vid.** <<http://www.harmonywithnatureun.org/>>. A partir de las conclusiones de los cinco diálogos interactivos sobre la Armonía con la Naturaleza se celebró el primer diálogo virtual sobre la Armonía con la Naturaleza, que se inició el 22 de abril de 2016, en conmemoración del Día Internacional de la Madre Tierra, y concluyó el 22 de junio de 2016.

Conviene diferenciar la “Armonía con la Naturaleza” de la Ecología política, ya que esta última tiene por objeto el estudio de los conflictos socioambientales. El término de “Ecología política” designa un amplio movimiento social y político por la justicia ambiental que es más fuerte en América Latina que en otros continentes. Este movimiento lucha contra las injusticias ambientales en ámbitos locales, nacionales, regionales y globales. En América Latina, la Ecología política no es tanto una especialización universitaria como un terreno de pensamiento propio de relevancia internacional, con autores muy apegados al activismo ambiental en sus propios países o en el continente como un todo.<sup>43</sup>

La configuración de este nuevo paradigma de armonía con la Naturaleza se diseñó en la Conferencia Mundial de los Pueblos sobre el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra, en 2010. En el seno de la misma, el Grupo de trabajo nº2 estudió las diversas cuestiones y retos relacionados con la “Armonía de la naturaleza”. Se establecieron unos principios básicos, entre los cuales destacamos los siguientes:

“(2). La creación de un nuevo sistema deberá reconocer que los seres humanos somos parte de la Naturaleza y que ella no nos pertenece y que somos interdependientes con ella, de esta manera se recupera y visibiliza el respeto y el ejercicio de los Derechos de la Madre Tierra en articulación, complementariedad y reciprocidad con los Derechos Humanos; (3). Para lograr la Armonía con la Naturaleza se requiere la recuperación y revalorización de los conocimientos, tecnologías ancestrales y sistemas locales de producción, distribución y consumo que promueven el mantenimiento de la capacidad regenerativa de la naturaleza, además del principio fundamental de igualdad entre diversos pueblos y seres vivos basado en la noción de la Madre Tierra como entidad integral, promoviendo la pluralidad dentro de ellos y la paz entre los pueblos; (4). No es posible la armonía con la Naturaleza si no existe equidad entre seres humanos, entre comunidades, entre naciones y el medio ambiente. [...]”<sup>44</sup>

El término “armonía” implica dar un estadio de avance con respecto al concepto de desarrollo sostenible. El propio concepto de “Armonía con la Naturaleza” ya permite adelantar qué es lo que está rechazando: un contexto no de armonía sino de malestar y de conflicto social, de racismo ambiental, y de injusticia ecológica que sufren distintos grupos subalternos en diversos países.<sup>45</sup> No se trata de sostenibilidad sino de una fusión equilibrada entre crecimiento, ser humano, naturaleza y desarrollo.

<sup>43</sup> Cfr. ALIMONDA, H., TORO PÉREZ, C. y MARTÍN, F. (Coordinadores), **Ecología política latinoamericana: pensamiento crítico, diferencia latinoamericana y rearticulación epistémica**, Buenos Aires, CLACSO. Universidad Autónoma Metropolitana, 2017. Disponible en: <<https://justiciaambientalcolombia.org/2017/11/17/ecologia-politica-latinoamericana-pensamiento-critico-diferencia-latinoamericana-y-rearticulacion-epistemica/>>. Pero son Martín y Larsimont quienes en su comentario establecen la relación entre la Ecología política que se hace en Latinoamérica –EPLat– con la matriz de pensamiento crítico característica de la región: “El argumento central es que la marca de origen de lo latinoamericano se asienta en el trauma catastrófico de la conquista y en la integración subordinada y colonial en el sistema internacional” (LEFF, E., “La ecología política en América Latina: un campo en construcción”, **Sociedade e Estado**, vol.18, nº.1-2, Brasília Jan./Dec. 2003. Disponible en: <[www.scielo.br/pdf/se/v18n1-2/v18n1a02.pdf](http://www.scielo.br/pdf/se/v18n1-2/v18n1a02.pdf)>).

<sup>44</sup> Vid. “Conclusiones finales grupo de trabajo 2: Armonía con la Naturaleza”, Conferencia Mundial de los Pueblos sobre el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra, celebrada en Cochabamba (Bolivia), el 21 de Abril de 2010. Disponible en: <<https://cmpcc.wordpress.com/category/grupos-de-trabajo/02-armonia-con-la-naturaleza/>>.

<sup>45</sup> Algunos países latinoamericanos son los que más se ven afectados por tales males. Medici lo atribuye a una matriz de colonialidad de poder que es común estructuralmente a los Estados latinoamericanos pos-coloniales del capitalismo, que ocuparon una posición periférica en el sistema-mundo

La Nota del Secretario General titulada “Armonía con la Naturaleza”, de 1 de agosto de 2016 (A/ 71/ 266) explica las iniciativas que se han dado en el reconocimiento de los Derechos de la Naturaleza.<sup>46</sup> Subrayamos que, para lograr un justo equilibrio entre las necesidades de las generaciones presentes y futuras, estos textos defienden que es necesario promover la armonía con la Naturaleza (Resolución 66/288, párr.39).

Desde la Unión Europea también se han dado algunos pasos. El 29 de marzo de 2017, diputados al Parlamento Europeo, representantes de las principales instituciones ambientales de la Unión Europea (UE), organizaciones no gubernamentales y expertos internacionales se reunieron en el Parlamento Europeo, en Bruselas, con vistas a organizar una Conferencia que estudiara la adopción de los Derechos de la Naturaleza y la concesión de personalidad jurídica y derechos a los ecosistemas y las especies en el marco del derecho y las políticas de la Unión Europea.<sup>47</sup> Varios diputados al Parlamento Europeo - en su calidad de anfitriones-, abordaron la acuciante necesidad de un cambio de paradigma y expresaron su firme apoyo al papel que podían desempeñar los Derechos de la Naturaleza en la protección del medio ambiente. Concretamente, el diputado al Parlamento Europeo Benedek Jávör observó que el sistema en su conjunto no estaba abordando las causas fundamentales, y tal vez el problema radicaba en el concepto de los derechos. Señaló que “había llegado el momento de reconsiderar la noción básica del concepto de los derechos para incluir a los seres no humanos, para incluir a las Generaciones Futuras y a los seres vivos no individualistas, tales como los ecosistemas y la Naturaleza. Esta ampliación de los derechos no era revolucionaria, sino que había ocurrido antes y él ahora afirmaba que era el siguiente paso adelante”.<sup>48</sup>

Nos encontramos ante problemas de Filosofía moral y, sobre todo, de Filosofía del derecho, de gran envergadura. Las viejas cuestiones de la relación entre ser y deber ser, la causa y el fin, la naturaleza y el valor, se proyectan sobre una nueva ética, la ética de la solidaridad, de la responsabilidad, una ética de la Tierra. Podría considerarse que se está ante una concepción premoderna del Derecho Natural: el fundamento de la norma ya no se busca en la naturaleza del hombre sino en la armonía cósmica, de la que el hombre no es más que un componente.

La construcción teórica, propia del Iusnaturalismo racionalista, de invocar la inseguridad del estado de naturaleza para justificar el paso a la sociedad civil, garante

---

moderno colonial. (Cfr. LEMOS, W. G., “Entrevista a Alejandro Medici”, **Revista Culturas Jurídicas**, vol.4, n°9, set./dez.,2017, p.427. Disponible en: <<http://www.culturasjuridicas.uff.br>>).

<sup>46</sup> Nota del Secretario General. Distr. General. 1 de agosto de 2016. Armonía con la Naturaleza. A/71/266. <[https://unaaa.edu.pe/.../8Armonia\\_con\\_la\\_Naturaleza/ARMONI...](https://unaaa.edu.pe/.../8Armonia_con_la_Naturaleza/ARMONI...)>. En la exposición de la jurisprudencia de la Tierra seguiremos este texto.

<sup>47</sup> Seguimos lo expuesto en el Informe del Secretario General “Armonía con la Naturaleza”. Asamblea General. Naciones Unidas. Distr. general 19 de julio de 2017. A/42/175. Disponible en: <[www.fcjs.unl.edu.ar/.../ONU%20-%20Armonia%20de%20la%20](http://www.fcjs.unl.edu.ar/.../ONU%20-%20Armonia%20de%20la%20)>. Vid. <<http://natures-right.org/ECI-Draft Directive-Draft.pdf>>.

<sup>48</sup> En varios países europeos ya se está reivindicando el reconocimiento de los Derechos de la Naturaleza. En Portugal, hay una petición permanente de los ciudadanos portugueses para que el Presidente de la Asamblea de la República reconozca los Derechos intrínsecos de la Naturaleza. ([www.direitosnatureza.org](http://www.direitosnatureza.org)); En el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda, el Ayuntamiento de Frome está en proceso de conceder derechos de la Naturaleza al río Frome mediante un nuevo decreto que reconoce los derechos del río y del ecosistema circundante. <[www.frometowncouncil.gov.uk/wp-content/uploads/2016/07/Agenda-item-6-For-decision-Establishing-nature-rights-by-law-for-the-River-Frome.pdf](http://www.frometowncouncil.gov.uk/wp-content/uploads/2016/07/Agenda-item-6-For-decision-Establishing-nature-rights-by-law-for-the-River-Frome.pdf)>.

de la paz social bajo el imperio de una ley común, se aplica ahora en sentido contrario: el riesgo inminente, las amenazas derivadas del modelo de producción dominante, justifican la vuelta al estado de naturaleza bajo el imperio de una ley natural que se recupera con tintes ecológicos.

#### 4.2. De la ciudadanía ambiental a la ciudadanía ecológica. Las posibilidades de una justicia intergeneracional

Los derechos de las generaciones futuras y las obligaciones de la generación presente no son recíprocos en sentido estricto, no se trata de una justicia sinalagmática. La fuente de las obligaciones ecológicas de los ciudadanos no descansa en la reciprocidad ni en la ventaja mutua, sino en un sentido no recíproco de la justicia. Dobson ha categorizado un nuevo modelo de ciudadanía, la ecológica: “las obligaciones del ciudadano ecológico hacia las generaciones futuras y hacia otras especies no pueden, por definición, basarse en la reciprocidad. Los ciudadanos ecológicos no pueden esperar nada a cambio de su responsabilidad ni por parte de las generaciones futuras ni de las demás especies”. Cuando nos referimos a responsabilidades con respecto a las generaciones futuras o ambientales no se refiere al sentido de imputar a alguien una falta por actos cometidos en el pasado para buscar la reparación de ese daño sino de responder a un encargo asumido con vistas al futuro, una responsabilidad “prospectiva” que, parece encajar mejor en la noción de “obligación”. Es decir, en un sistema jurídico consolidado, la necesaria anticipación de responsabilidad, en el lenguaje de los derechos se traduce en obligaciones, de manera que la “responsabilidad prospectiva” sería otra forma de denominar la idea de obligación o la de deber.<sup>49</sup>

Hay que diferenciar la ciudadanía ecológica de la ciudadanía ambiental. La ciudadanía *ambiental*, por tanto, se ocupa del asunto en términos de derechos ambientales; se ejerce exclusivamente en la esfera pública y su referente se limita a las configuraciones políticas modeladas por el Estado-nación.

Por su parte, la ciudadanía *ecológica*, se ocupa de deberes que no tienen un carácter contractual; se refiere tanto a la esfera pública como a la privada y es no-territorial:

El «espacio» de la ciudadanía ecológica no es, por tanto, algo dado por las fronteras de los Estados-nación, por organizaciones supranacionales como la Unión Europea, ni siquiera por el territorio imaginario de una cosmópolis. Más bien es producido por las relaciones materiales y metabólicas entre personas individuales y su medio ambiente. Esta relación da lugar a una huella ecológica, que da lugar, a su vez, a ciertas relaciones con aquellos a los que esa huella afecta.

[...] Las obligaciones de la ciudadanía ecológica se extienden en el tiempo, así como en el espacio, hacia generaciones que aún no han nacido. Los ciudadanos ecológicos saben que sus acciones de hoy tendrán implicaciones

---

<sup>49</sup> GORGONI, G., “La responsabilité comme projet. Réflexions sur une responsabilité juridique ‘prospective’”, en EBERHARD, Ch. (Director), **Traduire nos responsabilités planétaires. Recomposer nos paysages juridiques**, Bruselas, Bruylant, 2008, pp.131-146. Disponible en: <[www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/.../gorgonibruylant.pdf](http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/.../gorgonibruylant.pdf)>.

para las personas del mañana, y pueden argüir que el generacionismo se asemeja y es tan poco defendible como el racismo o el sexismo.<sup>50</sup>

Dobson defiende que la noción de ciudadanía ecológica desestabiliza la arquitectura estándar de la ciudadanía al poner el énfasis en los deberes de los ciudadanos más que en los derechos; La ciudadanía ecológica implica un tipo diferente de obligación: una que se dirige a los desconocidos, que pueden estar lejos en el tiempo o en el espacio. Mercado Pacheco considera que se trata de una obligación transitiva (el planeta que hoy se nos exige que preservemos para nuestros descendientes también lo hemos heredado de nuestros antepasados, y de lo que se trata es de asumir la responsabilidad colectiva de poder transmitir a nuestros descendientes esa herencia común.

Uno de los grandes retos que tiene ante sí la ciudadanía es el de dejar de articularse en términos de posesión de derechos (teoría marshalliana) para situarse en el ámbito de los deberes y de las obligaciones. Esa será la vía para desembocar en un deber de cuidado hacia la Naturaleza, es decir, la responsabilidad que tenemos hacia la misma.

La perspectiva prospectiva da lugar a que nociones como responsabilidad, obligación, deber y justicia, entre otras, deban contemplarse desde otra dimensión, ya no sólo espacial sino también temporal. Así, como señala Gorgoni,<sup>51</sup> la responsabilidad tradicional es una responsabilidad de la proximidad, espacial y temporal, implica una cierta reciprocidad entre los sujetos. En el presente, por el contrario, una doble distancia, espacial y temporal, separa los sujetos de la relación de responsabilidad.

## 5. CONCLUSIONES

1 - Tanto la responsabilidad con respecto a las Generaciones Futuras como con relación a la Naturaleza han iniciado con la asunción de principios éticos que, poco a poco, van calando en el contexto jurídico. La incorporación constitucional, legislativa, jurisprudencial y doctrinal de ambas categorías avalan la probabilidad de que vayan cuajando sino en derechos como tal, sí en intereses dignos de protección por el Derecho. Las nociones de tiempo futuro y sostenibilidad contribuyen a realzar la *vis expansiva* de estos conceptos, con el consiguiente cambio que también conllevan para la concepción del derecho moderno.

2 - La consideración de las Generaciones Futuras como titulares de derechos se encuentra en un estadio moral y jurídico -constitucional y legal- mucho más avanzado que los Derechos de la Naturaleza y ello por tres razones. Primero, porque el Derecho, que se ha creado y configurado a lo largo de la historia del pensamiento jurídico, está pensado para el ser humano –no para otro tipo de categorías-. Los derechos de las Generaciones Futuras tienen una puerta abierta a la juridicidad en la medida en que se identifican con la humanidad y con los seres humanos futuros. Segundo, porque como acertadamente subrayó el Juez Weeramantry, en la “Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de 1996, sobre la legalidad de la amenaza del

<sup>50</sup> DOBSON, A., “Ciudadanía ecológica: ¿una influencia desestabilizadora?”, *Isegoría*, nº 24, trad. de Carmen Velayos Castelo, 2001, pp.167-187. Disponible en: <[https://www.researchgate.net/publication/50223618\\_Ciudadania\\_ecologica\\_una\\_influencia\\_des\\_estabilizadora](https://www.researchgate.net/publication/50223618_Ciudadania_ecologica_una_influencia_des_estabilizadora)>.

<sup>51</sup> GORGONI, G., “La responsabilité comme projet. Réflexions sur une responsabilité juridique ‘prospective’”, cit., p.133.

uso de armas nucleares”, los derechos de las futuras generaciones han superado la etapa en la que se los consideraba un “mero derecho en estado embrionario” que lucha por su reconocimiento en la medida en que han llegado al Derecho internacional a través de los principales tratados, opiniones jurídicas y principios generales del derecho de las naciones civilizadas.<sup>52</sup> Tercero, porque como reconoce el citado Informe del Secretario General de la ONU, de 2013, “Solidaridad intergeneracional y necesidades de las Generaciones Futuras”, las Generaciones Futuras pueden considerarse sujetos de derechos en, al menos, algunos derechos, tales como el derecho a no ser privadas de oportunidades para el disfrute de los recursos naturales y el derecho a no ser dañadas mediante un medio ambiente degradado.

3 - Los desafíos que implican las Generaciones Futuras y la Naturaleza desembocan en una relación de “responsabilidad” que los seres humanos tienen con respecto a esas categorías. Y la responsabilidad, además de la connotación ética que ya es intrínseca al concepto, adquiere también un marcado carácter jurídico. Las propuestas de diversas instituciones modelo para un futuro sostenible (bien sean Comités del Futuro, Guardianes de las Generaciones Futuras, Defensor del Pueblo de las Generaciones Futuras o Defensorías de la Naturaleza) adquieren su sentido a partir de la responsabilidad de las generaciones actuales con respecto a las generaciones venideras y con relación al medio ambiente. Futuro sostenible, responsabilidad –con las consiguientes obligaciones que conllevan- harán posible la oportunidad –posibilidad, necesidades- de las Generaciones Futuras a la vez que incentivarán la aplicación de los principios hermenéuticos del Derecho ambiental.

4 - Se ha implantado una nueva hermenéutica para trabajar con estas categorías. Desde los principios básicos de protección ambiental reconocidos internacionalmente, que también fueron respaldados por los Tratados fundadores de la Unión Europea – como los principios de precaución, prevención, quien contamina paga e integración, que no solo deben estar relacionados con la legislación ambiental, sino también el funcionamiento de todo el sistema legal – hasta llegar al principio *pro natura*, a la reparación y a la restauración integral-. En todo este proceso de articulación renovada de la responsabilidad, la articulación de la figura del Defensor de “quien no se puede defender” adquiere protagonismo.

5 - Uno de los grandes retos que tienen ante sí tanto las Generaciones Futuras como los Derechos de la Naturaleza es su tutela y protección. La preservación de los recursos naturales resulta imprescindible para asegurar los derechos de las Generaciones futuras.

Existen al menos quince países que cuentan con instituciones específicas dedicadas a defender formalmente los intereses de las generaciones venideras (Finlandia, Hungría, Bélgica, Escocia, Francia, Malta, Gales, Suecia, Alemania, Israel, Brasil, Chile, Estados Unidos, Canadá y Nueva Zelanda). Las Constituciones de otros países hacen referencia concreta a la necesidad de esa defensa, al igual que sucede en diversos tratados internacionales. Incluso instituciones privadas o prestigiosas Universidades -

---

<sup>52</sup> WEERAMANTRY, C.G. (Juez) “**Commentary on Securing the Rights of Future Generations in international Law**”, Colombo (summer 2008). Disponible en: <<http://futureroundtable.org/documents/2238847/0/Judge+C.+G.+Weeramantry.pdf/efe49509-32fc-49ad-bb19-64083877d08b>>.

como la de Oxford- han creado instancias para analizar y representar el interés de las Generaciones Futuras.<sup>53</sup>

La experiencia de otros países pone de manifiesto que la forma de materializar la defensa de las generaciones venideras es variada. Puede hacerse en el seno de los Parlamentos (en el Reino Unido incluso se ha propuesto la creación de una tercera Cámara), como adjunto a los Defensores del Pueblo (tal y como proponemos para el sistema español), como órganos del poder ejecutivo o incluso a través de iniciativas privadas. Y, bajo cualquiera de esas formas, la defensa se puede llevar a cabo asumiendo funciones también diversas: legislativas, de control, asesoramiento, denuncia, negociación o litigación.<sup>54</sup>

Dada la profunda interrelación entre Generaciones Futuras y Naturaleza, el Defensor de las Generaciones Futuras también podría asumir la tutela del medioambiente en esa visión prospectiva, ya que el derecho a “disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona” forma parte del elenco de los Derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.

La tutela institucional de los Derechos de la Naturaleza también podría establecerse mediante organismos independientes, poniendo de relevancia los mecanismos de defensa en el sistema iberoamericano, por un lado - Defensor del Pueblo (Ecuador), Defensoría de la Tierra (Bolivia) u otras propuestas (México y Argentina)- y del sistema jurídico español por otro, en el que el Defensor del Pueblo desarrolla, entre otras, la función de defensor del derecho fundamental a un medio ambiente adecuado. La introducción de una tutela, en perspectiva prospectiva -y no retrospectiva- para poder obtener una garantía de que el medio ambiente, en toda su amplitud, se proteja adecuadamente –no una vez acaecido el daño sino preventivamente- resulta imprescindible para poder prevenir ya que, una vez producidos los daños medioambientales, difícilmente pueden restaurarse a su estado original.

6 - La visión occidental, resultado de una cultura diversa, no tiene previsto una constitucionalización de los Derechos de la Naturaleza<sup>55</sup>. Aun conociendo la regulación realizada en el sistema andino, se valora la misma con un sentido simbólico-emotivo, que resultaría muy controvertida en nuestros sistemas jurídicos. En relación a una mejor defensa, no se añadiría ninguna ventaja con respecto al Derecho constitucional ambiental ya establecido. En cambio, sí habría numerosas cuestiones de técnica jurídica difíciles de solventar. Sujeto de derecho, capacidad, deber jurídico, obligación jurídica, legitimación activa, representación en tribunales y exigibilidad jurisdiccional y tantas otras, se convierten en obstáculos difíciles de salvar.

Por ello, es necesario mejorar, consolidar y perfeccionar los instrumentos institucionales de defensa del Derecho ambiental. El sistema jurídico español debe refor-

<sup>53</sup> SZABÓ, M., “National institutions for the protection of the interests of future generations”, @pública. *Revista Electrónica de Direito Público*, nº5, Portugal, 2015, pp.1-21. <e-publica.pt/pdf/artigos/national-institutions.pdf>. (Acceso 02.05.2017).

<sup>54</sup> THOMPSON, D. F., “Representing future generations: political presentism and democratic trusteeship”, *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, vol. 13 nº.1, 2010, pp. 17-37. Disponible en: <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:9464286>. (Acceso 09.05.2017).

<sup>55</sup> MARTÍNEZ, E., “Presentación”, en ACOSTA, A. y MARTÍNEZ, E. (Compiladores), *La Naturaleza con derechos. De la Filosofía a la política*, Abya Yala, Quito, Universidad Politécnica Salesiana, 2011, p.13. Disponible en: <http://www.rosalux.org.ec/es/serie-nuevo-constitucionalismo/254-derechos-naturaleza.html>. (Acceso 6.11.2017).

zar los mecanismos de tutela jurídicos –administrativos, penales-, educativos - impulsar la educación ambiental- pero ello no implica tener que configurar unos derechos no-humanos.

Concluimos recordando la teoría de Weiss, cuando subraya que cada generación recibe un legado natural y cultural como *fideicomiso* de las generaciones anteriores, para que a su vez sea transmitido a las Generaciones Futuras. Es decir, sostiene que cada generación es a la vez custodia o depositaria del planeta para las Futuras Generaciones, y una beneficiaria de sus frutos. Esto implica la obligación de cuidar el planeta a la vez que nos otorga ciertos derechos para usarlo.<sup>56</sup> En definitiva, puede afirmarse que sí hay un deber de cuidado.

## BIBLIOGRAFÍA

ALIMONDA, H., TORO PÉREZ, C. y MARTÍN, F. (Coordinadores), **Ecología política latinoamericana: pensamiento crítico, diferencia latinoamericana y rearticulación**

**epistémica**, Buenos Aires, CLACSO. Universidad Autónoma Metropolitana, 2017. Disponible en: <<https://justiciaambientalcolombia.org/2017/11/17/ecologia-politica-latinoamericana-pensamiento-critico-diferencia-latinoamericana-y-rearticulacion-epistemica/>>.

ÁVILA SANTAMARÍA, R., “El derecho de la naturaleza: fundamentos” en ACOSTA, A. y MARTÍNEZ, E. (Editores), **Derechos de la Naturaleza – El futuro es ahora**, Abya Yala, Quito, 2009, p.173-. Disponible en: <<https://therightsofnature.org/ron-conference-articles/>>.

BARRY, B., “La justicia como reciprocidad” en BARRY, B. **Libertad y Justicia**. Oxford, Universidad de Oxford Prensa, 1989, pp.211-24.

BECKERMAN, W., “Intergenerational Justice” en **Intergenerational Justice Review**, nº2, Foundation for the Rights of Future Generation, 2004, pp. 1-6.

BENHABID, S., “Una revisión del debate sobre las mujeres y la teoría moral” en **Isegoría** nº16, 1992, pp.37-63.

CÁRDENAS AGUILAR, F., “Introducción” en CHIVI VARGAS, I.M. (Coordinador), Bolivia. **Nueva Constitución Política del Estado. Conceptos elementales para su desarrollo normativo**, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2010, p. 25. Disponible en:

<[https://www.vicepresidencia.gob.bo/IMG/pdf/ncpe\\_cepdpd.pdf](https://www.vicepresidencia.gob.bo/IMG/pdf/ncpe_cepdpd.pdf)>).

DOBSON, Andrew. “Ciudadanía ecológica” **Isegoría** nº32, 2005, espec. pp.55-57. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/128982>>.

EBERHARD, Christoph. (Editor) Traduire nos responsabilités planétaires. **Recomposer nos paysages juridiques**. Bruselas, Bruylant, 2008, pp.1-82. Disponible en: <[www.dhdi.free.fr/recherches/gouvernance/.../eberhardbruylant.pdf](http://www.dhdi.free.fr/recherches/gouvernance/.../eberhardbruylant.pdf)>.

FACIOLI, A., “Ética del cuidado y ética de la justicia en la teoría moral de Carol Gilligan” en **Revista ACTIO** nº 12–diciembre 2010, pp.41-57. <<http://actio.fhuce.edu.uy/Textos/12/Fascioli12.pdf>>. (Acceso el 27.02.2016).

GORGONI, G., “La responsabilité comme projet. Réflexions sur une responsabilité juridique ‘prospective’”, en EBERHARD, Ch. (Director), **Traduire nos responsabilités planétaires**. Recomposer nos paysages juridiques, Bruselas, Bruylant, 2008, pp.131-146. Disponible en:

<sup>56</sup> WEISS, E. B., **Un mundo justo para las futuras generaciones: Derecho Internacional, Patrimonio Común y Equidad Intergeneracional**, trad. de Gowland, Madrid, M. E. Ediciones Mundi-Prensa, 1999, p.51.

<[www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/.../gorgonibruylant.pdf](http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/.../gorgonibruylant.pdf)>.

GOSSERIES, A., **Penser la justice entre les générations: De l'affaire Perruche à la réforme des retraites**, París, Aubier, 2004.

GUDYNAS, E., "Los derechos de la Naturaleza en serio. Respuestas y aportes desde la ecología política" en ACOSTA, A. y MARTÍNEZ, E., (Compiladores), **La Naturaleza con derechos. De la Filosofía a la política**, Abya Yala, Quito, Universidad Politécnica Salesiana, 2011, p.245. Disponible en: <<http://www.rosalux.org.ec/es/serie-nuevo-constitucionalismo/254-derechos-naturaleza.html>>. (Acceso 6.11.2017).

JONAS, H., **El principio de responsabilidad**. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica, Barcelona, Herder, 1995.

LEFF, E., "La ecología política en América Latina: un campo en construcción", **Sociedade e Estado**, vol.18, n<sup>o</sup>.1-2, Brasília Jan./Dec. 2003. Disponible en: <[www.scielo.br/pdf/se/v18n1-2/v18n1a02.pdf](http://www.scielo.br/pdf/se/v18n1-2/v18n1a02.pdf)>.

LEMONS, W. G., "Entrevista a Alejandro Medici", **Revista Culturas Jurídicas**, vol.4, n<sup>o</sup>9, set./dez.,2017, p.427. Disponible en: <<http://www.culturasjuridicas.uff.br>>.

MARTÍNEZ, E., "Presentación", en ACOSTA, A. y MARTÍNEZ, E. (Compiladores), **La Naturaleza con derechos. De la Filosofía a la política**, Abya Yala, Quito, Universidad Politécnica Salesiana, 2011, p.13. Disponible en: <<http://www.rosalux.org.ec/es/serie-nuevo-constitucionalismo/254-derechos-naturaleza.html>>. (Acceso 6.11.2017).

MERCADO PACHECO, P., "Derechos insostenibles" en J. A. Estévez Araújo (Editor) **El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos**, Madrid, Editorial Trotta, 2013.

NORTON, B., **Toward Unity Among Environmentalists**, Nueva York y Oxford, Oxford University Press, 1991.

OLIVEIRA MORAES, G. de. "Pelos Direitos de Pachamama e pelo Bem viver: um novo modelo socioambiental, ecocêntrico, comunitário e solidário" en MARÉS DE SOUZA FILHO, C.F, FERREIRA, H. S., BARBOSA, C. e NOGUEIRA, C. (Organizadores), **Direito socioambiental: uma questão para América Latina**, Curitiba, Letra da Lei, 2014 pp.175-206.

OLIVEIRA MORAES, G. de. "Del desarrollo sostenible a la armonía con la naturaleza: la influencia del nuevo constitucionalismo latino americano sobre el programa de las Naciones Unidas Armonía con la Naturaleza (HWN UN)" **NOMOS. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 37.2, jul./dez. 2017, pp.395-404.

PADILLA ROSA, E., "Equidad intergeneracional y sostenibilidad. las generaciones futuras en la evaluación de políticas y proyectos". Instituto de Estudios Fiscales, p.15 <[www.ief.es/contadorDocumentos.aspx?URLDocumento=/documentos/recursos/..](http://www.ief.es/contadorDocumentos.aspx?URLDocumento=/documentos/recursos/..)> (Acceso 25.09.2016).

PARTRIDGE, E., **Responsibilities to Future Generations**. Environmental Ethics. New York, Prometheus Books, 1980; también, PALOMBELLA, G., "Reasons for Justice, Rights and Future Generations", EUI Working Papers LAW, Italia, n<sup>o</sup>2007, 7 de marzo de 2007.

RAWLS, J., "The Problem of Justice Between Generations", **A Theory of Justice**, Harvard University Press, 1970. [Trad. al castellano de M<sup>a</sup>. Dolores González, Teoría de la Justicia, México, FCE, 1995, pp.323-332].

SZABÓ, M., "National institutions for the protection of the interests of future generations", @pública. **Revista Electrónica de Direito Público**, n<sup>o</sup>5, Portugal, 2015, pp.1-21. <[e-publica.pt/pdf/artigos/national-institutions.pdf](http://e-publica.pt/pdf/artigos/national-institutions.pdf)>. (Acceso 02.05.2017).

THOMPSON, D. F., "Representing future generations: political presentism and democratic trusteeship", **Critical Review of International Social and Political Philosophy**, vol. 13 n.º.1, 2010, pp. 17-37. Disponible en: <<http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:9464286>>. (Acceso 09.05.2017).

TREMMEL, J. Ch., "Is a Theory of Intergenerational Justice Possible? A Response to Beckerman", **Intergenerational Justice Review**, n.º2, Foundation for the Rights of Future Generation, 2004, pp.6-9;

TREMMEL, J. Ch, (Editor), **Handbook of Intergenerational Justice**, Northampton –USA- Edward Elgar Publishing, Inc, 2006. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.4337/9781847201850>>. (Acceso 07.11.2016).

VANHULST, J., "**Los Derechos de la Naturaleza: un alegato por la vida**" (9.05.2017), Chile. Disponible en: <<https://www.ocmal.org/los-derechos-de-la-naturaleza-un-alegato-por-la-vida/>>.

WEERAMANTRY, C. G. (Juez) "**Commentary on Securing the Rights of Future Generations in international Law**", Colombo (summer 2008). Disponible en:

<<http://futureroundtable.org/documents/2238847/0/Judge+C.+G.+Weeramantry.pdf/efe49509-32fc-49ad-bb19-64083877d08b>>.

WEISS, E. B., **Un mundo justo para las futuras generaciones: Derecho Internacional, Patrimonio Común y Equidad Intergeneracional**, trad. de Gowland, Madrid, M. E. Ediciones Mundi-Prensa, 1999.

ZAFFARONI, R., "La Pachamama y el humano" en ACOSTA, A. y MARTÍNEZ, E., (Compiladores), **La Naturaleza con derechos. De la Filosofía a la política**, Abya Yala, Quito, Universidad Politécnica Salesiana, 2011, pp.25-138. Disponible en: <<http://www.rosalux.org.ec/es/serie-nuevo-constitucionalismo/254-derechos-naturaleza.html>>. (Acceso 6.11.2017).

## INFORMES, TEXTOS

Anteproyecto de Declaración sobre las responsabilidades de las generaciones actuales para con las generaciones futuras. (La Laguna, 25 y 26 de febrero de 1994), p.4. Disponible en: <[unesdoc.unesco.org/images/0010/001018/101848so.pdf](http://unesdoc.unesco.org/images/0010/001018/101848so.pdf)>.

Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones futuras <[http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL\\_ID=13178&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13178&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)>. (Acceso 25.08.2016).

"La solidaridad intergeneracional y las necesidades de las generaciones futuras" (*Report of the Secretary-General*, UN Doc A/68/322). Informe del Secretario General de la ONU (15 de agosto de 2013). <http://docplayer.es/13093975-Asamblea-general-naciones-unidas-a-68-322-la-solidaridad-intergeneracional-y-las-necesidades-de-las-generaciones-futuras.html> (Acceso 15.11.2016).

Comissão Senado do Futuro do Brasil.

<<https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao;jsessionid=2C16B9422221A870D9F7AD6A992CE76D?0&codcol=1716>>.

"Commission on the Future of Sweden (2013) Future challenges of Sweden, Final Report". <<http://www.government.se/legal-documents/2013/03/ds-201319/>>.

The Guardian of the Future Generations. Malta. <<http://www.ncsds.org/index.php/component/content/article/86-profiles/115-malta-in-refo>>.

Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Disponible en:

<<http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>>.

Armonía con la Naturaleza. Diálogos. <[www.harmonywithnatureun.org/wordpress/2016-dialogue/](http://www.harmonywithnatureun.org/wordpress/2016-dialogue/)>.

Armonía con la Naturaleza. Nota del Secretario General A/71/266 (1.08.2016). Disponible en:

<<https://capibarands.files.wordpress.com/.../2016-informe-armonia-con-la-naturaleza.p.>>.

Armonía con la Naturaleza. Informe del Secretario General. A/72/175 (19.07.2017). Disponible en: <[www.fcjs.unl.edu.ar/.../ONU%20-%20Armonia%20de%20la%20Naturaleza%20-%20.](http://www.fcjs.unl.edu.ar/.../ONU%20-%20Armonia%20de%20la%20Naturaleza%20-%20.)>.

Carta de Fortaleza: Manifiesto Pachamama, suscrita el 29 de noviembre de 2017. [...]”. Carta del 7º Congreso Internacional Constitucionalismo y Democracia: El nuevo Constitucionalismo Latinoamericano - Armonía con la Naturaleza y Bien Vivir- Disponible en:

<<http://www.nacionpachamama.com/manifestopachamamaenespanol>>.

“Conclusiones finales grupo de trabajo 2: Armonía con la Naturaleza” en la Conferencia Mundial de los Pueblos sobre el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra, celebrada en Cochabamba (Bolivia), el 21 de Abril de 2010, el Grupo de trabajo nº2 se inv. Disponible en:

<<https://cmpcc.wordpress.com/category/grupos-de-trabajo/02-armonia-con-la-naturaleza/>>.

Informe del Secretario General “Armonía con la Naturaleza”. Asamblea General. Naciones Unidas. Distr. general 19 de julio de 2017. A/42/175. Disponible en: <[www.fcjs.unl.edu.ar/.../ONU%20-%20Armonia%20de%20la%20](http://www.fcjs.unl.edu.ar/.../ONU%20-%20Armonia%20de%20la%20)>. Vid. <<http://natures-right.org/EI-Draft Directive-Draft.pdf>>.

**Submetido em: 31 maio 2018. Aceito em: 11 jun. 2018.**





## REVISITANDO O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR TRIBUTOS SOB A PERSPECTIVA DA SOCIEDADE DOS DIREITOS

*Marcos Aurélio Pereira Valadão\**

*Rodrigo Luís Ziembowicz\**

### **Resumo**

O texto analisa a relação entre direitos fundamentais e os deveres fundamentais na sociedade moderna, no cenário jurídico de um Estado Democrático de Direito. Através de pesquisa bibliográfica e documental analisa-se a necessidade de buscar o equilíbrio entre direitos e deveres para o bem da coletividade e do próprio indivíduo, verificando a necessidade da arrecadação por meio de tributos do Estado Fiscal para que este possa exercer as múltiplas funções que lhe foram atribuídas pela Constituição Federal, na condição de Estado Social. Em consonância com os direitos fundamentais insculpidos na Carta Política, verificar-se-á o dever fundamental de pagar tributos em uma comunidade baseada na solidariedade.

### **Palavras-chave**

Direito Tributário. Direitos e Deveres Fundamentais. Contribuinte.

### **THE FUNDAMENTAL DUTY OF PAYING TAXES IN THE SOCIETY OF RIGHTS**

### **Abstract**

The text analyzes the relationship between fundamental rights and fundamental duties in modern society, in the context of a Democratic State under the Rule of Law. Through bibliographic and

---

\* Pós-Doutor em Direito (UnB, 2017), Doutor em Direito pela Southern Methodist University - EUA (SMU, 2005) - (título revalidado pela UnB). Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO, 1993), especialização em Administração Tributária (PUC-GO, 1991), MBA- Executivo em Finanças pelo IBMEC (1996), é Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB, 1999). É também graduado em Engenharia Mecânica pela UnB (1982). EX-Membro brasileiro do Comitê de Peritos em Cooperação Internacional em Matéria Tributária da ONU (ECOSOC) (jun/2009-jun/2013). Professor da Universidade Católica de Brasília dos cursos de Graduação e Mestrado em Direito, e também em cursos de especialização lato sensu; instrutor da Escola de Administração Fazendária (ESAF) e Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil. Ex Coordenador-Geral de Relações Internacionais da Receita Federal do Brasil. Ex-Presidente da 1ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do MF (CARF) (jun/2013 - jul/2017). Membro dos conselhos editoriais das seguintes publicações: Law and Business Review of the Americas (USA) (1571-9537), Journal of Tax Reform (Rússia) (2412-8872), Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário (1980-1955), Revista de Finanças Públicas (806-8944), Revista do Curso de Mestrado em Direito da UCB (1980-8860), Fórum de Direito Tributário (1678-8656), Direito em Ação (UCB/DF) (1518-9562), Conselhos Científicos da Revista Direito Tributário Atual (1415-8124) e da da Revista Direito Tributário Internacional Atual. Associado da International Fiscal Association (IFA). Membro da Associação Brasileira de Direito Financeiro (ABDF). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito brasileiro, Direito Tributário, Direito Tributário Internacional, Direito Constitucional, Direito Financeiro, Direito Econômico, Direito Internacional Público. Linha de Pesquisa atual: Direito, Estado, Tributação e Desenvolvimento.

\* Mestrado em Direito pela Universidade Católica de Brasília (2018). Graduação em Direito pela Universidade da Região da Campanha (2001). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em investigação criminal, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Penal Tributário, Cursos de Formação Profissional de Delegado de Polícia Federal, Perito Criminal Federal, Escrivão de Polícia Federal, Agente de Polícia Federal, Papiloscopista Policial Federal, e em Cursos de Capacitação Continuada oferecidos pela Academia Nacional de Polícia (Polícia Federal).

documentary research, the need to seek a balance between rights and duties for the good of the collectivity and the individual will be analyzed, verifying the need for tax collection by means of taxes from the Fiscal State so that it can exercise the multiple functions that were attributed by the Federal Constitution, in the condition of Social State. In line with the fundamental rights enshrined in the Political Charter, there will be analyzed the fundamental duty to pay taxes in a community based on solidarity.

#### **Keywords**

Tax Law. Fundamental Rights and Duties. Taxpayer.

### **LE DEVOIR FONDAMENTAL DE PAYER DES TAXES EN LA SOCIÉTÉ DES DROITS**

#### **Resume**

Le texte analyse la relation entre les droits fondamentaux et les devoirs fondamentaux en la société moderne, dans le contexte juridique d'un État de Droit Démocratique. Grâce à la recherche bibliographique et documentaire, la nécessité de rencontrer un équilibre entre les droits et les devoirs pour le bien de la collectivité et de l'individu sera analysé, en vérifiant le besoin de collecter des taxes de l'Etat Fiscal, afin qu'il puisse exercer les multiples fonctions qui lui ont été attribués par la Constitution Fédérale, en la condition d'un État Social. Conformément aux droits fondamentaux consacrés dans la Charte Politique, il sera analysé l'obligation fondamentale de payer des taxes dans une communauté fondée sur la solidarité.

#### **Mots-clés**

Droit fiscal. Droits et Devoirs fondamentaux. Contribuable.

## 1. INTRODUÇÃO

Este estudo se destina a revisitar a relação entre os direitos e os deveres fundamentais dos cidadãos, relativos à solidariedade para a manutenção dos gastos públicos (principalmente através da tributação), em uma sociedade voltada quase que exclusivamente (nas esferas doutrinária e jurisprudencial) para a discussão e proteção dos direitos fundamentais, incluídos aqueles dos contribuintes. Em termos metodológicos, o estudo parte de pesquisa essencialmente bibliográfica, considerando os principais dos autores que trataram o tema, bem assim de uma perspectiva histórica, buscando sua revisitação teórica, sob uma perspectiva mais contemporânea, com foco, também, no caso brasileiro.

Trata-se, portanto, de artigo que busca analisar esta complexa e tormentosa relação entre o poder-dever de tributar (Estado Fiscal), necessário para que esse mesmo Estado possa cumprir as atribuições previstas constitucionalmente (Estado Social), e os limites intransponíveis dos direitos fundamentais combinados com os deveres fundamentais dos cidadãos, como corresponsáveis pela proteção e promoção desses mesmos direitos, inclusive por meio da divisão isonômica (de acordo com a capacidade contributiva) da carga tributária em face das despesas públicas.

No Brasil este assunto toma especial relevância em face da reabertura democrática ocorrida na década de 1980 e, principalmente, após a promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, intitulando-a como "Constituição Cidadã". Assim, deve-se levar em conta que, após um longo período com um regime de exceção no Brasil, as pessoas e os seus representantes, os constituintes, naturalmente priorizaram os direitos fundamentais tolhidos anteriormente, após vários anos em que os cidadãos pareciam ter apenas deveres na sua relação com o Estado.

Entretanto, passaram-se praticamente três décadas desde a promulgação da Carta Política, e mais tempo ainda desde o restabelecimento da democracia no país, isto

é, precisa-se buscar (com certa urgência) um ponto de equilíbrio na sociedade,<sup>1</sup> restaurando a consciência sobre as responsabilidades individuais e coletivas dos cidadãos, também necessárias para uma adequada proteção e promoção dos direitos fundamentais, resgatando assim os vínculos da solidariedade.

## 2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DEVERES FUNDAMENTAIS

Houve um tempo em que os deveres fundamentais possuíam a mesma dignidade dos direitos fundamentais, principalmente na filosofia republicana, visto que os romanos entendiam que a República somente poderia funcionar mediante um certo número de deveres essenciais a serem cumpridos pelos cidadãos,<sup>2</sup> como afirma Canotilho (2003, p. 531).

Os conceitos de direito e de dever surgiram nas searas religiosa e ética, transferindo-se do campo moral para o direito somente na idade moderna, quando o homem deixou de ser governado pela “Lei Divina” e foi erigido a titular de direitos fundamentais e de deveres, necessários para a existência e funcionamento da sociedade (ou Estado) no qual está inserido, como pontua Casalta Nabais (1998, p. 41).

Posteriormente, entre as teorias e legislações sobre os deveres dos cidadãos, surgidas no século passado, destaca-se a Constituição de Weimar (Constituição do Império Alemão, de 1919), prevendo uma parte chamada “direitos fundamentais e deveres fundamentais dos alemães”, os quais posteriormente foram transformados em deveres fundamentais dos “membros do povo” pelo regime nazista alemão, incluindo o dever de trabalhar e o dever de defender o povo, por exemplo (CANOTILHO, 2003, p. 531).

O constitucionalista português ainda acrescenta que, para o ideário comunista do século passado, aos direitos individuais correspondiam os respectivos deveres, sendo estes hipertrofiados a ponto de praticamente anularem os direitos. Posteriormente, conclui que essas duas recém relatadas experiências históricas, entre outras, são provavelmente as maiores responsáveis pela desconfiança e pela desproporção entre as previsões de direitos fundamentais (lançadas em profusão) e de deveres fundamentais (raros) que constam nas atuais constituições (CANOTILHO, 2003, p. 531).

Sob esse viés, Casalta Nabais (1998, p. 15-19) também assevera, com base em diversos autores italianos e alemães, que o tema dos deveres fundamentais é um dos mais esquecidos pela doutrina constitucional recente, concluindo que isto se deve, em parte, por se tratar de discussão relativa ao *status passivo* ou *status subiectionis* apresentado por Jellinek (apud ALEXY, 2011, p. 256-257), utilizado como forma de dominação sem limites do Estado sobre o indivíduo, repita-se, em regimes autoritários.

Entretanto, apesar das experiências europeias com o nazismo, com o fascismo e o comunismo, bem como com outros regimes totalitários, a Constituição italiana (de 1947) tem previsão clara quanto aos deveres fundamentais já no seu art. 2º, reconhe-

<sup>1</sup> O professor português Canotilho (2003, p. 531), ao tratar dos deveres fundamentais, pontua que “Os tempos estão, hoje, maduros para uma reproblemática desta importante categoria jurídica e política.”

<sup>2</sup> Destaca-se uma obra de Marco Túlio Cícero (em latim: Marcus Tullius Cicero - advogado, político, escritor, orador e filósofo romano), publicada em 44 a.C., intitulada *De Officiis* (“Sobre os Deveres”), um verdadeiro tratado sobre os deveres dos cidadãos romanos, contendo três volumes.

cendo e garantindo os direitos invioláveis do homem como indivíduo e como membro de grupos sociais onde desenvolve a sua personalidade, mas expressamente exigindo “[...] o cumprimento dos deveres imprescritíveis de solidariedade política, econômica e social”.<sup>3</sup>

Já a Constituição Portuguesa (de 1976) traz, na sua Parte I, o tema “Direitos e deveres fundamentais”, inclusive lançando no princípio da universalidade do art. 12 a seguinte previsão: “Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição.”

Por seu turno, a Constituição Brasileira também traz referências aos deveres dos cidadãos, inclusive no Título II, que trata “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, tendo em seu Capítulo I a epígrafe “DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS.” Confere-se, então, uma base de legitimação para os deveres fundamentais, muito embora esta conformação não signifique simetria ou conexão estrita entre direitos e deveres fundamentais.

Ao tratar desse objeto, Canotilho (2003, p. 532-536) anota que os deveres fundamentais formam uma categoria autônoma, inclusive a nível jurídico-internacional,<sup>4</sup> ressaltando que se tratam de deveres fundamentais com natureza pontual e que não há correspectividade estrita entre os direitos e deveres fundamentais, sendo esta assimetria entre ambos uma condição necessária para a promoção de um “estado de liberdade”.

Em outras palavras, deve-se evitar a perspectiva de que a cada direito corresponde um dever, evitando assim aquelas interpretações de governos autoritários em que os deveres correlatos suplantavam quase que totalmente os direitos individuais, ou então impediam o exercício destes.

### 3. O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR TRIBUTOS

#### 3.1 Contexto e Evolução

Os direitos fundamentais não dependem dos deveres fundamentais para serem concretizados, pois ambos formam categorias jurídicas que gozam de autonomia, mas isto não impede que existam direitos e deveres fundamentais conexos.<sup>5</sup>

Assim, apenas a título ilustrativo, existem direitos fundamentais correlatos com os deveres fundamentais, como: o direito da criança e do adolescente à educação

<sup>3</sup> “Art. 2. La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.”

<sup>4</sup> Encontram-se exemplos: na Declaração Internacional do Direitos do Homem (art. 29, item 1: “Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível”); no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (preâmbulo); na Convenção Americana dos Direitos do Homem (art. 32, item 1); e na Carta Africana de Direitos do Homem (art. 32, item 1).

<sup>5</sup> Para Casalta Nabais (1998, p. 117-119), os deveres fundamentais “[...] pertencem ou integram a matéria dos direitos fundamentais, ou seja, a (sub)constituição do indivíduo.” Ao depois, ainda contesta a doutrina alemã da assimetria, defendendo que “Não há direitos sem deveres, porque não há garantia jurídica ou fáctica dos direitos fundamentais sem o cumprimento dos deveres do homem e do cidadão indispensáveis à existência e funcionamento da comunidade estadual, sem a qual os direitos fundamentais não podem ser assegurados nem exercidos.”

combinado com o dever de proporcionar a educação imposto aos pais e à sociedade,<sup>6</sup> conjugando esforços com o Poder Público; o direito ao meio ambiente equilibrado combinado com o dever de defendê-lo e preservá-lo,<sup>7</sup> entre outros.

Entre os deveres fundamentais autônomos, podem-se citar o serviço militar obrigatório e o dever de pagar tributos (segundo os critérios de justiça distributiva), constituindo este dever tributário “condición de vida para la comunidade porque hace posible el regular funcionamiento de los servicios estatales y el cumplimiento de las finalidades sociales que lleva a cabo el Estado.” (CRISTINA CHULVI, 2001, p. 104).<sup>8</sup>

Nesse vértice, Barquero Estevan (2002, p. 49) sustenta, em estudo comparado entre as doutrinas espanhola e alemã sobre este tema, a ideia de que o tributo constitui o instrumento “[...] más deseable de financiación de las cargas públicas, y de que la propia Constitución assume esta idea al colocar el deber de contribuir a través de un sistema tributario justo como piedra angular del sistema de financiación del gasto público.”

Quanto a este dever fundamental de pagar tributos, destaca-se que as constituições da Itália (1947),<sup>9</sup> da Espanha (1978)<sup>10</sup> e de Portugal (1976)<sup>11</sup> possuem previsões claras quanto ao dever fundamental de pagar tributos.

Por seu turno, a Lei Maior brasileira não possui previsão explícita neste sentido, mas o mesmo dever fundamental de pagar tributos decorre da análise do texto constitucional, quer seja através da demarcação das competências previstas no Sistema Tributário Nacional (arts. 145 a 155 da CF), quer seja por meio das disposições relativas à ordem econômica. Efetivamente, o art. 173 prevê que “[...] a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo [...]”, restringindo a explora-

<sup>6</sup> Entre as principais disposições sobre os direitos e deveres relativos à educação, a Constituição Brasileira estabelece: “Art. 205. **A educação, direito de todos e dever do Estado e da família**, será promovida e incentivada com a **colaboração da sociedade**, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. [...] Art. 227. **É dever da família, da sociedade e do Estado** assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, **à educação**, ao lazer, à profissionalização, **à cultura**, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária [...] Art. 229. **Os pais têm o dever** de assistir, **criar e educar** os filhos menores[...]” (Grifou-se).

<sup>7</sup> A Carta Maior prevê: “Art. 225. **Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à **coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo** para as presentes e futuras gerações. (Grifou-se).

<sup>8</sup> Como adverte Cristina Chulvi (2001, p. 296), ao tratar da importância do dever de contribuir, “Uno de los deberes que ha acompañado al Estado desde el mismo momento de su nacimiento ha sido el deber tributario. El paso del tiempo y la evolución en las formas históricas estatales han ido dejando su huella en el fundamento de este deber que ha pasado de ser concebido únicamente como medio para conseguir la necesaria financiación que permite la subsistencia del Estado a ser un instrumento al servicio de la política social y económica del Estado redistribuidor.”

<sup>9</sup> A *Costituzione della Repubblica Italiana* foi promulgada pela Assembleia Constituinte em 22 de dezembro de 1947, prevendo: “Art. 53. Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva. Il sistema tributario è informato a criteri di progressività.”

<sup>10</sup> A *Constitución Española*, em vigor desde 29 de dezembro de 1978, prevê: “Artículo 31. 1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio. 2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía.”

<sup>11</sup> A Constituição Portuguesa, de 1976, contém: “Artigo 103.º (Sistema fiscal) 1. O sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza. 2. Os impostos são criados por lei, que determina a incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes. 3. Ninguém pode ser obrigado a pagar impostos que não hajam sido criados nos termos da Constituição, que tenham natureza retroactiva ou cuja liquidação e cobrança se não façam nos termos da lei.”

ção de atividades econômicas pelo Estado e deixando clara a opção do constituinte pela tributação como principal fonte de sustentação financeira do Estado.

Com efeito, quanto à relação entre os direitos fundamentais e os tributos na Constituição brasileira, percebem-se três interfaces mais evidentes, como destaca Correia Neto (2016, p. 293): 1. a limitação à cobrança de tributos e à edição de normas fiscais (direitos de defesa, como os princípios da legalidade, anterioridade e do não confisco); 2. os tributos entendidos como fonte de recursos para custear programas para a efetivação de direitos fundamentais (prestações como saúde, educação, assistência e previdência social); e 3. as normas tributárias como ferramentas extrafiscais para a proteção e promoção de direitos fundamentais, contribuindo diretamente para a promoção dos direitos fundamentais (através de normas indutoras – agravamentos ou desonerações).

Nesse vértice, cabe anotar que tanto os direitos fundamentais de primeira dimensão ou geração (liberdade), quanto os de segunda (igualdade) ou terceira (solidariedade e fraternidade), além dos demais direitos fundamentais, exigem recursos econômicos para sua efetivação, sendo certo que as exações fiscais financiam a ação do Estado voltada para a concretização desses mesmos direitos fundamentais.<sup>12</sup>

Ademais, se os direitos dos cidadãos fossem meras imunidades contra interferências do poder público, a maior virtude do governo em face do exercício dos direitos individuais seria a paralisia ou impotência, quando um Estado impotente não consegue proteger e muito menos promover os direitos individuais e coletivos, como pontuam Holmes e Sustain (1999, p. 44). Entretanto, repita-se, até mesmo o exercício dos direitos fundamentais não prestacionais, como os relativos à liberdade, são custosos e exigem atividades governamentais, exigindo medidas de infraestrutura (prédios públicos, ruas, equipamentos e servidores etc.), de proteção dos direitos de liberdade (segurança, judiciário etc.), embora exijam, aparentemente, menos recursos públicos que aqueles necessários para a promoção dos direitos prestacionais relativos à saúde e à educação, por exemplo.

Nesta corrente, Flávio Galdino (2005, p. 337-8) acrescenta que todos os direitos fundamentais são positivos e significam despesas para a sociedade, e que a crença de que muitos direitos humanos seriam tipicamente negativos, principalmente os direitos políticos e de liberdade, demonstra “cândida ingenuidade” de muitos estudiosos do Direito. Comenta o autor, também, que na Carta Magna brasileira são abundantes as referências à gratuidade e as promessas de diferentes e custosas prestações públicas (independentemente de qualquer contraprestação), criando-se despesas (quase infinitas) sem a necessária previsão de receitas orçamentárias para cobrir os correspondentes gastos, concluindo que até o “mais belo dos direitos” pode sucumbir diante da realidade, se os recursos necessários para promoção deste direito não forem levados em consideração.

---

<sup>12</sup> Correia Neto (2016, p. 298) ressalta que até mesmo os direitos fundamentais de primeira dimensão, referentes às liberdades públicas e lastreados principalmente numa atitude absenteísta do Estado, exigem aparatos estatais para serem exercidos e demandam prestações públicas (como o direito de ir e vir), embora reconheça que aqueles sejam menos dispendiosos que os direitos de segunda dimensão (saúde, educação, assistência e previdência), de caráter prestacional.

Nesse aspecto, como Piketty (2014) demonstra através de longo estudo de viés econômico, os Estados europeus ocidentais possuíam uma carga tributária de aproximadamente dez por cento da sua renda nacional anual no início do século passado, a qual era utilizada para o fim de cumprir somente suas funções relativas à soberania, através das forças armadas, da polícia, da administração geral e do judiciário. Entretanto, com o surgimento do Estado Social (*Welfare State*), diversas outras atribuições surgiram para os governos, no sentido de promover o bem-estar social através do implemento de políticas de acesso gratuito à saúde, à educação, ao mínimo necessário para uma existência digna. Assim, os Estados obviamente tiveram que aumentar a arrecadação. Na Europa ocidental, os tributos passaram dos precitados 10%, em média, para 45% da renda nacional, com aproximadamente 10% da renda nacional utilizados para promoção da saúde, cerca de 10% para a educação, e outros 15% para as rendas de substituição ou de transferência (aposentadoria, seguro-desemprego, programas de renda mínima etc). Em outras palavras, o Estado Social que surgiu o atual Estado Fiscal, dependente quase que totalmente da tributação para o custeio dos novos direitos que foram reconhecidos.<sup>13</sup>

Assim, não é por acaso que Anabela Rodrigues (2001, p. 181-185) assevera, com veemência, que é “[...] através da cobrança de impostos que o Estado realiza em grande parte os objetivos de justiça social que a sua dimensão democrática lhe impõe.”

Ademais, os Estados contemporâneos optaram pela tributação não somente como fonte de receita, mas também como meio de dirigismo estatal e de promoção dos direitos fundamentais, motivos pelos quais entende-se (VALADÃO, 2001, p. 224-241) que o indivíduo garante o respeito aos direitos humanos ao pagar tributos, concluindo-se que este pagamento é intrínseco à vivência em um Estado organizado e que a existência de um se fundamenta, pelo menos em parte, no outro.<sup>14</sup> Defende-se, ainda, a concepção de que somente um Estado democrático organizado pode garantir o exercício e a proteção dos direitos fundamentais, o qual obviamente deverá ser financiado por seus cidadãos. Conclui-se, ainda, que o indivíduo tem o direito fundamental de pagar tributos e assim participar de um Estado que lhe garanta o exercício dos direitos fundamentais, tendo ainda, sob outra perspectiva, o direito a uma tributação balizada pelos direitos fundamentais, na condição de cidadão-contribuinte.<sup>15</sup>

Trata-se, enfim, de perceber que somente através da cidadania fiscal, entendida com uma relação de transparência e equilíbrio entre o contribuinte e o Estado, na qual o cidadão tem o direito de ser informado sobre a arrecadação e sobre a gestão dos recursos públicos, consciente das funções socioeconômicas dos tributos e da necessidade da justa repartição dos custos advindos da vida em sociedade, estabelecendo uma relação participativa, transparente e racional entre governantes e governados. Trata-se de ter consciência dos seus direitos e dos seus deveres em uma sociedade democrá-

<sup>13</sup> São raros os casos em que os Estados não obtêm recursos financeiros principalmente através dos tributos, o que geralmente ocorre quando abundam riquezas naturais (como o petróleo ou metais preciosos) ou exploram atividades econômicas (como o turismo ou o jogo).

<sup>14</sup> Ricardo Lobo Torres (2014, p. 179) comenta que “A solidariedade fiscal está imbricada na *liberdade*, pois o dever fundamental de pagar tributos é correspectivo à liberdade e os direitos fundamentais: é por eles limitado e ao mesmo tempo lhes serve de garantia, sendo por isso o preço da liberdade.”

<sup>15</sup> A título de ilustração, Correia Neto (2016, p. 296) comenta que os direitos fundamentais de defesa do contribuinte garantem a este “[...] que a cobrança de tributos não lhe tolha a liberdade, não se dê sem lei, não lhe confisque o patrimônio, não afete o mínimo necessário a sua subsistência e não se faça senão a partir do próximo exercício financeiro, nem antes de decorridos noventa dias.”

tica, inclusive atendendo ao direito fundamental de exigir que todos contribuam, na proporção das suas respectivas capacidades econômicas, para o bem comum.

### 3.2 Contextualização Possível e o Caso Brasileiro

A Constituição brasileira, quanto a este prisma de um Estado Social-Fiscal e sobre os novos paradigmas inerentes a ele, contempla explicitamente o objetivo de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais, e que as necessidades financeiras deste Estado são nitidamente cobertas por impostos, como lança Lenio Streck (2001). Após, com apoio em Baptista Machado, acrescenta que o “[...] o princípio do Estado de Direito não exige apenas a garantia da defesa de direitos e liberdades contra o Estado, *exige também a defesa dos mesmos contra quaisquer poderes sociais de fato[...]*”, concluindo que os sonegadores de impostos se constituem em poderes sociais de fato que “[...] obstaculizam, escandalosamente, a realização dos direitos previstos na CF/88.”<sup>16</sup> (Itálico no original).

Assim, o Brasil assentou-se como um Estado Democrático de Direito, fundado constitucionalmente em valores voltados, em essência, para a proteção e para a promoção da dignidade da pessoa humana (como núcleo essencial dos direitos fundamentais), tendo por objetivos fundamentais<sup>17</sup> construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e promovendo o bem de todos. Resta evidente, portanto, que o constituinte optou por mudar radicalmente a perspectiva e estabelecer uma sociedade em que a primazia se desloca do Estado para o ser humano,<sup>18</sup> ou seja, o Estado deixa de ser a prioridade para se tornar o instrumento através do qual são protegidos, garantidos e promovidos os direitos fundamentais.<sup>19</sup>

Assim, o dever fundamental de pagar tributos, isto é, o dever de contribuir na repartição das despesas públicas, não atende mais ao interesse do soberano ou do Estado, mas sim à concretização das promessas constitucionais de bem-estar e dignidade humana.

Com efeito, no atual estágio de reconhecimento dos direitos fundamentais, com força jurídico-constitucional vinculativa máxima, deve-se resgatar o equilíbrio entre direitos e deveres, porque todos os direitos possuem custos financeiros em sentido

<sup>16</sup> Em seu artigo, forte na obra de Baptista Machado (Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador), Lenio Streck (2001) afirma que “[...] a ideia de Estado de Direito se demite da sua função quando se abstém de recorrer aos meios preventivos e repressivos que se mostrem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos.” (Itálico no original).

<sup>17</sup> Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme o art. 3º da Constituição: “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.”

<sup>18</sup> Segundo Paulo Bonavides (2004, p. 584-592), passa-se do velho Direito Constitucional da separação de poderes, do positivismo formal em decadência e caráter liberal, para o novo Direito Constitucional dos direitos fundamentais, da cidadania e do pós-positivismo em ascensão.

<sup>19</sup> Correia Neto (2016, p. 280) anota, com perspicácia, que os direitos fundamentais, em face da força vinculativa máxima que possuem, irradiam os seus efeitos sobre todo o arcabouço jurídico, em maior ou menor monta, e que ao “[...] influenciar o modo de interpretar e aplicar toda e qualquer norma jurídica, posicionando-se como conceito central do ordenamento jurídico, **os direitos fundamentais operam verdadeiro deslocamento no Direito Público.** Se antes se via o direito a partir do Estado, com a sedimentação do discurso dos direitos fundamentais, muda-se o ponto de vista: tem-se **o direito**, seja ele público ou privado, pensado do ponto de vista do cidadão.” (Grifou-se).

estrito, pois “[...] todos os direitos, porque não são dádiva divina nem frutos da natureza, porque não são auto-realizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapacitado, implicam a cooperação social e a responsabilidade individual.” (NABAIS, 2002, p. 19-20).

Trata-se de um novo paradigma redistributivo, em que os deveres, aí incluído o dever fundamental de pagar tributos, tem forte conotação de solidariedade social.<sup>20</sup> Nesse rumo, Comparato (2010, p. 77) observa que a “solidariedade prende-se à ideia de responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social [...] com a socialização dos riscos normais da existência humana.”<sup>21</sup>

Ao tratar deste tema, referindo-se ao novo Estado voltado ao “asseguramento da existência digna” e “à igualdade no sentido de coordenação social justa”, o magistrado do Tribunal Constitucional Federal alemão Konrad Hesse (1998, p. 175-176) sustenta há mais de 20 anos a necessidade da contribuição fiscal, entre outras, para a consecução dos objetivos da Lei Fundamental:

Esta tarefa fundamenta não só uma ‘obrigação social’ da coletividade diante de seus membros, portanto, a obrigação para assistência social, assistência vital e satisfação social, mas também obrigações sociais dos membros da coletividade entre si, assim como diante da coletividade: deveres de proteção, ajuda, assistência e deveres de auto-auxílio coletivo, vinculações da propriedade, obrigações tributárias e deveres de prestação, que põem o Estado primeiro em condições de cumprir suas tarefas sociais.

Nessa direção, Fabríz e Souza (2013, p. 59-85) chegam ao ponto de afirmar que “[...] postos simetricamente aos direitos sociais estão os deveres de custear o Estado, que [...] podem ser aceitos voluntariamente, mas que, por derivação constitucional, devem ser exigidos do contribuinte.” Ao depois, defendem que a solidariedade deriva do princípio fundamental da busca pela construção de uma vida digna para todos, a ser promovida reciprocamente entre os indivíduos da sociedade, sendo necessário “[...] da parte de todos o dever à sua observância, isto é, ao particular cabe pagar tributo e ao Estado aplicar, com transparência e justiça social, o produto da arrecadação.”

Isso exposto, apesar dos constantes noticiários narrando desvios de recursos públicos, não podemos continuar com a ideia simplista de que “não se deve contribuir mediante o pagamento de tributos por que os valores arrecadados não vão ser gastos em saúde, educação, segurança etc.” Ao contrário, devemos buscar soluções baseadas em um mínimo de realidade, pois os direitos humanos não podem “ser assegurados por um ente ‘sobrenatural’ – Estado-, esquecendo-se de que esse ente nada mais é do que a soma de todos, e não o contraponto da sociedade” (BUFFON, 2009, p. 84).

<sup>20</sup> O constitucionalista Vieira de Andrade (2009, p.151) afirma: “Ninguém duvida, pelo menos, do interesse pedagógico e da importância espiritual e ética que reveste a ideia dos deveres fundamentais dos cidadãos, significando que o homem não existe isoladamente, nem a sua liberdade é absoluta e que os indivíduos são responsáveis no campo político, econômico, social e cultural pela segurança, pela justiça e pelo progresso da comunidade.”

<sup>21</sup> Nesse vértice, Fábio Comparato (2010, p. 36-37) também sustenta que “[...] a ideia de que o princípio do tratamento da pessoa como um fim em si mesma implica não só o dever negativo de não prejudicar ninguém, mas também o dever positivo de obrar no sentido de favorecer a felicidade alheia constitui a melhor justificativa do reconhecimento, a par dos direitos e liberdades individuais, também dos direitos humanos à realização de políticas públicas de conteúdo econômico e social [...]”

Essa obviedade oferece uma clara percepção quanto aos efeitos da evasão fiscal, conforme aponta Albano Santos (2003, p. 352):

[...] importa reter que a indulgência para com a fuga ao imposto contrasta acentuadamente com a prática, muito divulgada, de responsabilizar o Estado por parcelas crescentes da existência dos cidadãos, criando, assim, uma incongruência a que já se chamou o “dilema típico da nossa época”: reclama-se o máximo do Estado mas rejeitam-se as inevitáveis consequências financeiras dessa atitude. Uma tal contradição reconduz, aliás, o fenômeno ao plano ético, uma vez que só encontra solidez lógica na afirmação de Bastiat de que “todos querem viver à custa do Estado, mas esquecem que o Estado vive à custa de todos [...]”

Nesse viés, reproduz-se o afirmado por Eisele (2001, p. 11-12), pela absoluta propriedade com a qual listou os principais bens jurídicos mediatamente protegidos pela tutela penal nos crimes contra a ordem tributária, justificando inclusive a utilização do direito criminal, a forma mais agressiva de relacionamento entre o Estado e o cidadão, para evitar a sonegação fiscal e as suas consequências:

Por esse motivo, quando o Direito Penal protege o patrimônio público expresso pela receita pública, confere tutelas indiretas a diversos interesses, entre os quais se pode relacionar, de forma exemplificativa, os seguintes:

- a) a solidariedade tributária, que é expressão da igualdade de sujeitos, proporcionalmente implementada pela regra da capacidade contributiva;
- b) a igualdade das condições no exercício da competição mercantil;
- c) a estrutura institucional do Estado, viabilizadora da prestação das tutelas sociais que lhes são constitucionalmente conferidas;
- d) a função administrativa estatal de arrecadação tributária, assim como a eficácia dos instrumentos utilizados para tal finalidade;
- e) a qualidade de vida dos indivíduos beneficiários das prestações estatais de cunho social;
- f) a base cultural dos integrantes da sociedade, referente à consciência acerca da importância do respeito ao patrimônio público, considerado como instrumento de implementação efetiva do Estado Social e Democrático de Direito.

Com efeito, os tributos exigidos em uma sociedade democrática, estabelecida na Carta Maior como um Estado Social e Democrático de Direito, segundo a capacidade contributiva de cada um dos indivíduos, são uma parcela importante das condutas (ou deveres) que são exigidas dos cidadãos<sup>22</sup>, não somente em benefício próprio, mas também em benefício da coletividade, ou seja, uma repartição justa e proporcional dos encargos que a existência e o funcionamento de uma sociedade implicam. Para o Estado, em contrapartida, “[...] significa sacrificar o mínimo para preservar o máximo dos direitos fundamentais [...]”, como assevera Juarez de Freitas (2007, p. 329).

Enfim, o dever fundamental de pagar tributos possui enorme importância em um Estado Social e Democrático de Direito, que visa a garantir a todos uma existência digna, incluindo direitos sociais, econômicos e culturais, os quais exigem elevados

<sup>22</sup> Na esteira de Alessandro Cardoso (2014, p. 144-6) e Vítor Faveiro (2002, p. 87), percebe-se que os deveres fundamentais são legitimados na própria Carta Magna e, assim, possuem dignidade constitucional. Incluem-se, nesse aspecto, as disposições referentes ao sistema fiscal, formalmente previstas na Lei Fundamental, decorrendo em grande parte da natureza social das pessoas que se reúnem em sociedade política para promoverem, através do Estado, sua realização como ente coletivo e como indivíduos.

recursos públicos, estando esses princípios inseridos na Constituição brasileira de 1988, deve-se daí extraídas as consequências jurídicas e econômicas para seu atingimento.

#### 4. CONCLUSÕES

Verificou-se, a partir dos estudos realizados, que o constituinte brasileiro optou não apenas pela formação de um Estado Social e Democrático de Direito ao elaborar a Constituição da República Federativa do Brasil, mas também definiu que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

Em outros dizeres, o Estado Brasileiro, tanto na esfera da União, quanto dos Estados e Municípios, depende das exações fiscais para prestar adequadamente os serviços públicos e atender às demais finalidades apontadas pela Carta Constitucional (em um Estado Democrático e Social de Direito).

Ressalte-se que o modelo de Estado Social de Direito não aceita e não comporta (ao menos em uma análise racional da realidade) a visão reducionista de cidadania, em que somente existem direitos, ao mesmo tempo em que não é adequada a visão comunitarista, que somente reconhece deveres fundamentais.

Desse modo, revela-se de extrema importância a conclusão de que assegurar e promover os direitos fundamentais, através do Estado Social e Fiscal, somente é possível através da fraternidade e da solidariedade, ou seja, do cumprimento também de deveres, entre os quais o dever de pagar tributos possui especial relevo, pois os custos para o atendimento de direitos (tanto fundamentais quanto legais) é bastante elevado.

Nesse vértice, somente existem deveres quando se vive em sociedade, e a capacidade desta comunidade de proporcionar uma vida digna a todos e de manter-se em harmonia depende, em grande parte, da preocupação de cada indivíduo com o destino de todos, ou seja, resulta da solidariedade.

Isso exposto, tem-se que o dever de pagar tributos é um dever fundamental de caráter indeclinável, tornando-se a cidadania fiscal o único caminho viável em um Estado Social e Democrático de Direito, sob pena impossibilitar a própria realização de direitos fundamentais, principalmente aqueles de cunho prestacional, que exigem vultosos recursos. Conclui-se, ainda, que a cidadania fiscal engloba não somente o dever de pagar tributos, mas também o direito fundamental de exigir que todos contribuam, na proporção das suas respectivas capacidades econômicas, pois esses princípios estão inseridos na Constituição brasileira de 1988.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 4. Ed. SILVA, Virgílio Afonso da Silva (Trad.). São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE, José Carlos Viera de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

- BARQUERO ESTEVAN, Juan Manuel. **La función del tributo en el Estado Social y Democrático de Derecho**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BUFFON, Marciano. **Tributação e Dignidade Humana: entre os direitos e os deveres fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARDOSO, Alessandro Mendes. **O Dever Fundamental de Recolher Tributos no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- CHULVI, Cristina Pauner. **El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos**. Castellón: UniversitatJaume I, 2001.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CORREIA NETO, Celso de Barros. Os Tributos e os Direitos Fundamentais. In: **Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor**. Brasília, v. 3, nº 2, Jul-Dez, 2016.
- EISELE, Andreas. A reparação do dano no Direito Penal Tributário. In: Heloísa Estellita Salomão (Coord.). **Direito Penal Empresarial**. v. 1. São Paulo: Dialética, 2001.
- ESPANHA. **Constitución Española**. Boletín Oficial del Estado, de 29 de diciembre de 1978.
- FAVEIRO, Vítor. **O Estatuto do Contribuinte: a pessoa do contribuinte no Estado Social de Direito**. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.
- FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**. New York: Norton & Co., 1999.
- ITÁLIA. **Costituzione della Repubblica Italiana**. Gazzetta Ufficiale, 27 dicembre 1947, n. 298.
- NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos: contributo para a compreensão constitucional do Estado Fiscal Contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 1998.
- \_\_\_\_\_. A Face Oculta dos Deveres Fundamentais. **Revista Direito Mackenzie**. ano 3. n. 2. 2002.
- PEDRA, Adriano Sant’ana. Los deberes de las personas y la realización de los derechos fundamentales. **Estudios Constitucionales**, Talca, Año 12, n. 2, 2014.
- PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. Trad. Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Assembleia Constituinte, sessão plenária de 2 de Abril de 1976.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. Contributo para a Fundamentação de um Discurso Punitivo em Matéria Penal Fiscal. In: PODVAL, Roberto (org.). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. O Dever Fundamental de Pagar Impostos. **Jornal do Brasil**, publicado em 21.02.2001.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. vol. II. Valores e Princípios Constitucionais Tributários. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. Direitos Humanos e Tributação: uma concepção integradora. **Revista Direito em Ação**, Brasília, v. 2, n° 1, set. 2001.

**Submetido em: 26 jun. 2018. Aceito em: 17 dez. 2018.**





# O DIREITO E A APLICAÇÃO DO NEXO ÁGUA-ALIMENTO-ENERGIA: ANTIGOS PRESSUPOSTOS E NOVAS ABORDAGENS NA GESTÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS.

*Gabriela Garcia Batista Lima Moraes\**  
*André Augusto Giuriatto Ferrazo\**

## **Resumo**

O artigo analisa a abordagem proposta pelo Nexo Água-Alimento-Energia, ainda recente e pouco explorado pelo Direito Ambiental Internacional e em muito desconhecido no Brasil. A relevância da análise reside no fato de que o nexo pode apresentar melhorias na eficácia jurídica ambiental na gestão de recursos naturais, razão pela qual deve ser entendida e explorada a relação da abordagem com o Direito. Para tanto, o artigo expõe a metodologia de nexo e propõe um conceito útil às pesquisas jurídicas. Num segundo momento, busca contribuir para identificação da relação entre nexo e Direito, ao passo que demonstra os pressupostos teóricos e científicos que deram origem e motivaram a pesquisa do nexo. Por fim, ressalta o caráter inovador do método em comparação com seus modelos antecessores. O resultado da pesquisa destaca o caráter multicêntrico do nexo, ao propor uma análise não apenas integrada, mas em igualdade de considerações entre as prioridades e objetivos estabelecidos pelos setores hídrico, alimentício e energético. O nexo é uma abordagem de equacionamento para o uso de recursos naturais que conduz o processo de tomada de decisões a partir de dados empíricos, de caráter analítico e multidisciplinar.

## **Palavras-chave**

Nexo Água-Alimento-Energia. Gestão de Recursos Naturais. Recursos Hídricos. Princípio da Integração Ambiental.

---

\* Doutora (2014) em Direito pela Universidade de Aix-Marseille-França e pelo Centro Universitário de Brasília, com bolsa CAPES; Mestre (2009) em Direito pelo Centro Universitário de Brasília em parceria com o Instituto de Desenvolvimento Sustentável e Relações Internacionais da França (IDDRI) com bolsa CAPES/IDDRI-França. Especialista em Direito Internacional Ambiental (2008 - UNITAR-UNEP-Suíça). Bacharel (2007) em Direito, quando foi bolsista CNPq em iniciação científica. No doutorado, fez parte do projeto International Workshop for Young Scholars (WISH) /2012, na Universidade de Pequim, Campus de Shenzhen, na China. ATUALMENTE é Professora Adjunta de Direito Ambiental da Universidade de Brasília (UnB), Codiretora do grupo de Estudos Direito dos recursos naturais e sustentabilidade (GERN) e Coordenadora de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. É ainda coordenadora do Projeto de Pesquisa - Os Recursos Hídricos face às mudanças climáticas: a função do direito na implementação de medidas de adaptação - com financiamento do CNPq. É membro dos projetos de pesquisa: 1) A Estratégia Brasileira para a Gestão Sustentável dos Recursos Marinhos -CAPES/Cofecub e 2) O princípio da precaução, onde o GERN atuou em parceria com a União Internacional para a Conservação da Natureza (UICN). Membro da Rede Amazônica de Clínica de Direitos Humanos.

\* Mestrando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília - UnB - na Linha de Pesquisa Internacionalização, Trabalho e Sustentabilidade (2017-2019). Membro do Grupo de Estudos em Direito, Recursos Naturais e Sustentabilidade, da Universidade de Brasília - GERN/UnB e do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais - FDV. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV (2016). Advogado inscrito na OAB, seccional ES.

## THE LAW AND THE APPLICATION OF THE WATER-FOOD-ENERGY NEXUS: OLD ASSUMPTIONS AND NEW APPROACHES IN THE MANAGEMENT OF WATER RESOURCES.

### Abstract

The article analyzes the approach proposed by the Water-Food-Energy Nexus, very recent and not much explored by International Environmental Law, as well unknown in Brazilian researches. The relevance of the analysis lies in the fact that the nexus can present improvements in environmental legal effectiveness in the management of natural resources, which is why the relationship between the approach and the law must be understood and explored. To do so, the article exposes the nexus methodology and proposes a useful concept for legal research. Secondly, it seeks to contribute to the identification of the relationship between nexus and law, while demonstrating the theoretical and scientific assumptions that originated and motivated the research of nexus. Finally, it highlights the innovative character of the method in comparison with its predecessor models. The research results highlight the multicentric nature of the nexus by proposing an analysis not just integrated, but equally considering the priorities and objectives established by the water, food and energy sectors. The nexus is an equation approach to the natural resources uses that drives the decision-making process through an analytical and multidisciplinary empirical data.

### Key words

Water-Food-Energy Nexus. Natural Resource Management. Water resources. Principle of Environmental Integration.

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo do nexo água-alimento-energia (*water-food-energy nexus*), doravante nexo, tem sido uma opção intrigante para a análise de abordagens de gerenciamento de recursos hídricos, energéticos e alimentares desde sua primeira apresentação, na Conferência de Bonn, em 2011<sup>1</sup>. Ainda que alguns avanços possam ser considerados<sup>2</sup>, a pesquisa científica do nexo apresenta desafios para a implementação de instrumentos de gestão aplicados aos setores em comento<sup>3</sup>. São questões como a própria compreensão do nexo, como se insere no gerenciamento dos recursos naturais, o que o nexo seria capaz de trazer de novo para esse campo. A título introdutório, se esclarece como tais desafios justificam a presente análise e a necessidade de compreensão do papel do direito na aplicação do nexo como instrumento de gestão.

A relevância da análise proposta se dá ante a gravidade do tratamento desconexo entre três questões cuja conexão é inevitável, haja vista diferentes perspectivas. Os três eixos propostos pelo nexo - água, a energia e os alimentos - são itens essenciais para a sobrevivência da humanidade, para a redução da pobreza e para o desenvol-

<sup>1</sup> A ideia do nexo água-energia-alimento ganhou notoriedade como método científico a partir da Conferência de Bonn, em 2011, quando o governo federal alemão organizou a conferência "O Nexo de Energia Hídrica e Segurança Alimentar - Soluções para a Economia Verde" para contribuir Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+20). De acordo com o documento preparado por Hoff, o conceito do nexo água-energia-alimento surgiu na comunidade internacional em resposta às mudanças climáticas e mudanças sociais, incluindo crescimento populacional, globalização, crescimento econômico e urbanização. HOFF, H. **Understanding the Nexus. Background Paper for the Bonn 2011 Conference: The Water, Energy and Food Security Nexus**. Stockholm Environment Institute, Stockholm. 2011.

<sup>2</sup> ENDO, Aiko. et. al. A review of the current state of research on the water, energy, and food nexus. in. **Journal of Hydrology: Regional Studies**. vol. 11. jun. 2017. pp. 20-30.

<sup>3</sup> No 8º Fórum Mundial da Água foi possível observar que as pesquisas de nexo apresentam-se em fase de desenvolvimento em diversos países na busca por soluções a problemas locais e regionais, como na África Austral. Paralelamente à iniciativa pública, renomadas universidades procuram meios de equacionar o nexo, a exemplo da Universidade de Cambridge, no âmbito do Projeto BRIDGE do Centro de Meio Ambiente, Energia e Governança de Recursos Naturais da universidade que tem como objetivo desenvolver uma estrutura de análise e engajamento de políticas para melhorar a resiliência do nexo no Brasil com a mudança ambiental e econômica global, em estreita cooperação com a comunidade acadêmica brasileira.

vimento econômico, bem como se apresentam como bens jurídicos essenciais ao mínimo existencial. A implementação de políticas setoriais isoladas ignora a multidimensionalidade da sustentabilidade, assim como a interdependência das atividades desenvolvidas nos setores hídrico, alimentício e energético, o que reflete no não cumprimento eficiente das disposições jurídicas, eis que a desconexão entre atividades ambientalmente impactantes implica na ausência de proteção ambiental como propõe o Princípio da Integração.

De modo geral, o nexu, é compreendido como um modelo geral de ação, informado pelas interconexões entre ideias, processos ou objetos diferentes, porém de modo integrado, sendo possível obter diferentes resultados. A premissa principal da abordagem de nexu é que os mundos hiperligados de água, energia e alimentos são cada vez mais interdependentes e os impactos em um setor afetam outros<sup>4</sup>.

Por se tratar de uma abordagem integrada que prima pela gestão interligada dos recursos naturais afetos aos setores hídrico, alimentício e energético, a pesquisa do nexu apresenta lacunas na compreensão da relação existentes entre os setores e no modo como esta abordagem pode ser sistematizada e aplicada na gestão dos recursos naturais.

Dentre os fatores que dificultam a pesquisa do nexu, pode-se destacar um deles como o cerne: a real compreensão da abordagem. O conceito, a finalidade e os objetivos do nexu ainda não foram solidificados pela doutrina e prática internacional<sup>5</sup>, sobretudo devido ao caráter intersetorial e multidisciplinar da perspectiva, ao passo que abrange estudos de gestão, economia, engenharia, direito e relações políticas, por exemplo. Mas é possível ser tratado como metodologia de gestão de recursos naturais e então o desafio está na compreensão da complexidade dessa metodologia, já que exige multidisciplinaridade e envolve questões de interesse público e privado em setores-chaves na condução do desenvolvimento e na garantia dos direitos fundamentais. Envolve, pois, a busca por segurança hídrica, segurança alimentar e segurança energética<sup>6</sup>. Além disso, o nexu procura integrar fatores que externos à gestão hídrica, energética e alimentícia, mas que afetam esses setores diretamente. Entre esses fato-

---

<sup>4</sup> HOFF, H. **Understanding the Nexus: background paper for the Bonn 2011 Nexus Conference**. Germany:Stockholm Environment Institute. 2011; LEESE, Matthias; MEISCH, Simon. *Securitising sustainability? Questioning the 'water, energy and food-security nexus'*. in. **Water Alternatives**. vol. 8. n.1. 2015.

<sup>5</sup> MERCURE, Jean-Francois. et. al. *System Complexity and Policy Integration Challenges: the Brazilian Energy-Water-Food Nexus*. in. **C-FENRG Working Papers**. University of Cambridge: Cambridge Centre for Environment, Energy and Natural Resource Governance. nov. 2017, p.7.

<sup>6</sup> *Seguridade hídrica é compreendida pela existência de um nível aceitável de quantidade e qualidade de água para a saúde, subsistência, ecossistemas e produção, considerando níveis aceitáveis de riscos para as pessoas, o meio ambiente e a economia. Outra definição considera a análise de riscos aceitáveis e aponta que a segurança hídrica consiste em "manter quatro riscos relacionados à água em níveis aceitáveis: o risco de escassez, como a falta de água suficiente (curto e longo prazo) para os usos benéficos de todos os usuários; o risco de qualidade inadequada para uma finalidade ou uso específico; o risco de excessos (incluindo inundações), entendido como excedendo os limites normais de um sistema hidráulico (natural ou construído) ou o acúmulo destrutivo de água em áreas que normalmente não estão submersas; e o risco de deterioração da resiliência dos sistemas de água doce, por exceder a capacidade de assimilação de fontes de água superficiais ou subterrâneas e suas interações, com a eventual superação de limites aceitáveis, causando danos irreversíveis às funções hidráulicas e biológicas do sistema".* GREY, David; SADOFF, Claudia. *Sink or Swim? Water security for growth and development*. **Water Policy**. vol. 9. n. 6. 2007; OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico . *Water Security for Better Lives*. **OECD Studies on Water**. OECD Publishing. 2013.

res, estão as mudanças climáticas, por estar diretamente associada à vulnerabilização a oferta de água, energia e alimentos<sup>7</sup>.

Ademais, a importância de uma análise jurídica<sup>8</sup> do nexos deve-se ao fato de que o direito é um instrumento essencial para conduzir a gestão por meio de medidas como a coerção, a criação de obrigações de fazer ou não fazer<sup>9</sup> e o incentivo. A gestão pode ser entendida como o meio de organização das variáveis em torno de um problema, a fim de gerir cenários conexos de controle, antecipação e decisão sobre soluções e prevenções em torno de uma questão proposta<sup>10</sup>, como, por exemplo, medidas de mitigação e adaptação na gestão dos recursos naturais frente ao cenário de mudanças climáticas. No âmbito do direito internacional ambiental, o tema já fora debatido em diversos fóruns desde 2011, tais como a Conferência de Bonn em 2011, a Conferência Rio+20 em 2012 e a Conferência Climática da Organização das Nações Unidas – COP18, em 2012. Contudo, o conceito do nexos ainda é recente no Direito, inserindo-se de modo tímido nas pesquisas de Direito Ambiental no Brasil.

Diante da ampla abordagem que o nexos propicia, o desenvolvimento desse estudo parte de uma perspectiva de direito internacional voltada para o direito ambiental, mais especificamente no que diz respeito aos recursos hídricos. A centralidade da pesquisa focada nos recursos hídricos justifica-se pela possibilidade de conexão entre os setores que o uso múltiplo da água<sup>11</sup> apresenta. A água é o elemento comum para que se atinja segurança hídrica<sup>12</sup> energética e alimentícia, sendo, dentre os três eixos, o elemento mais vulnerável às alterações climáticas<sup>13</sup>. Trata-se de um recurso natural

---

<sup>7</sup> BELLFIELD, Helen. **Water, Energy and Food Security Nexus in Latin America and the Caribbean: Trade-offs, Strategic Priorities and Entry Points**. Global Canopy Programme. 2015; SCHOLZ, M.; YANG, Q. Guidance on variables characterising water bodies including sustainable flood retention basins. in. **Landscape and urban planning**. v. 98, n. 3. 2010; FRUMHOFF, Peter C. et al. Vulnerabilities and opportunities at the nexus of electricity, water and climate. in. **Environmental Research Letters**. vol. 10, n.8. ago. 2015; BATES, B.C., et al. Climate change and water. **Technical paper of the intergovernmental panel on climate change**. Geneva:IPCC Secretariat. 2008.

<sup>8</sup> Ressalta-se que seria deveras pretensioso considerar que tal elementos a serem expostos nesse artigo comportam a compreensão e serão abrigados por todas as áreas em que o nexos pode se apresentar. Isso por que a metodologia empregada em uma pesquisa de direito, bem como os fins a que a abordagem de nexos apresenta para esta área, constituem elementos e resultados de pesquisa diferentes das que as demais áreas de conhecimento possam apresentar.

<sup>9</sup> CARVALHO, Délton Winter de. O Papel do Direito e os Instrumentos de Governança Ambiental para Prevenção dos Desastres. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 75. 2014, p. 45-74; CARVALHO, Délton Winter de. Dano ambiental futuro: da assimilação dos riscos ecológicos à formação de vínculos obrigacionais intergeracionais. in: ELISABETE Gabriela Castellano. et. al. (orgs.). **Direito Ambiental**. 1ed. Brasília: Embrapa. vol. 1. 2014, p. 445-476.

<sup>10</sup> MOISDON, Jean-Claude. Comment apprend-on par les outils de gestion?. In: LORINO, Philippe; TEULIER, Régine. **Entre connaissance et organisation : l'activité collective**. La Découverte Recherches. 2005, p. 239-250.; SEIFFERT, Mari Elizabete Bernardini. **Gestão Ambiental, instrumentos, esferas de ação e educação ambiental**. São Paulo, Editora Atlas. 2007, p. 45.

<sup>11</sup> O uso múltiplo da água é fundamento e princípio da Política Nacional de Recursos Hídricos - PNRH. Os dispositivos da PNRH que versam sobre o uso múltiplo visam garantir o acesso à água em igualdade entre os usuários em razão da disponibilidade do recurso para usos variados (Art. 1º, IV; art. 13, par. único da Lei 9433/1997). A garantia do uso múltiplo da água é competência da Administração Pública, na forma de gestão, regulamentação e fiscalização do recurso, por meio de órgãos, tais como a Agência Nacional de Água – ANA, responsável por definir e fiscalizar as condições de operação de reservatórios por agentes públicos e privados (Art. 4º, XII, da Lei 9.984/2000).

<sup>12</sup> GREY, David; SADOFF, Claudia. Sink or Swim? Water security for growth and development. **Water Policy**. vol. 9. n. 6. 2007; OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Water Security for Better Lives. OECD Studies on Water**. OECD Publishing. 2013.

<sup>13</sup> BELLFIELD, Helen. **Water, Energy and Food Security Nexus in Latin America and the Caribbean: Trade-offs, Strategic Priorities and Entry Points**. Global Canopy Programme. 2015.

de responsabilidade compartilhada e sob o qual deve-se ter especial atenção de planejamento para que se assegure provimento para as futuras gerações<sup>14</sup>.

A problemática dessa produção apresenta-se justamente no fato de que o conceito e do nexa ainda reside no campo da penumbra<sup>15</sup>, enquanto mecanismos de mitigação e de adaptação às mudanças climáticas<sup>16</sup> apresentam-se cada vez mais como medidas urgentes. Embora não apresentem unanimidade quanto aos efeitos exatos, tendo em vista o seu caráter incerto, as previsões dos modelos climáticos coincidem em demonstrar um cenário socioeconômico de maior estresse e conflito, devido a mudanças na disponibilidade hídrica e na geografia agrícola mundial e à maior frequência de eventos climáticos críticos<sup>17</sup>.

Destarte, compreender as interconexões do nexa água-alimento-energia e o papel do Direito na sua aplicação como instrumento de gestão dos recursos naturais envolvidos em um contexto de mudanças climáticas como elemento de grande valia à pesquisa em direito ambiental. Trata-se de identificar um conceito do nexa água-alimento-energia útil para tais pesquisas de direito, ao passo que se verifica uma relação de coordenação entre o direito e a gestão.

Para tanto, em um primeiro momento se analisa as bases comumente empregadas para o conceito de nexa (1), o papel e o limite do direito nesse diapasão (2). Em seguida, estudam-se elementos próprios da proteção jurídica ambiental que podem servir de fundamento para a abordagem de nexa e que permitem construir uma proposta com fundamentos jurídicos e princípios de direito ambiental que subsidiam a sua aplicação (3), o que torna possível identificar o que a metodologia do nexa traz de novo juridicamente (4).

## 2 O NEXO ÁGUA-ALIMENTAÇÃO-ENERGIA COMO METODOLOGIA

Ao se trabalhar com uma metodologia multidisciplinar como o nexa, é preciso antes esclarecer o seu conceito, a fim de identificar, posteriormente, o papel do direito e os seus limites na aplicação do nexa.

<sup>14</sup> SANTIN, Janaina Rigo; CORTE; Thaís Dalla. Planejamento urbano e princípio da prevenção na gestão dos recursos hídricos. in. **Revista NOMOS**. vol. 31. n. 1. jan-jun. 2011.

<sup>15</sup> Nos últimos anos, houve um aumento rápido nos estudos sobre questões do nexa do WEF, como sugerido por uma pesquisa bibliográfica de Scopus (artigos e livros publicados) de 2010 até meados de setembro de 2016 (até 6 de setembro de 2016). Entre um total de 231 publicações, 98 e 75 foram publicadas em 2015 e 2016, respectivamente. O trabalho relatado nexa inclui contribuições de instituições acadêmicas, organizações governamentais, organizações não governamentais e empresas. LIU, J. et. al. Challenges in operationalizing the water-energy-food nexus. in. **Hydrological Sciences Journal**. vol. 62, ed. 11. 2017.

<sup>16</sup> A opção por entender o procedimento de nexa como sendo capaz de promover não só a mitigação, mas também a adaptação, deve-se ao fato de que as medidas de mitigação não serão suficientes para conter o ritmo e o alcance dos impactos oriundos das mudanças climáticas, sendo estas complementares às de adaptação. A adaptação planejada é o conjunto de medidas resultantes de decisões políticas, a exemplo dos Planos de Mudanças Climáticas, Nacional e Estaduais voltadas para resolução de assimetrias e fragilidades ambientais. INTERGOVERNAMENTAL PANEL OF CLIMATE CHANGE - IPCC, **Climate Change 2007: The Physical Science Basis, Summary for Policy Makers**. Fev, 2007, p.20.

<sup>17</sup> Como consequências da mudança climática sobre as atividades agrícolas, hídricas e energéticas, pode-se exemplificar o aumento dos períodos de seca, inundações, tempestade, o derretimento do gelo e o consequente aumento do nível do mar, problemas comuns que envolvem a gestão dos recursos hídricos e conduzem a perdas significativas em termos ambientais, econômicos e sociais. IPCC - Intergovernmental Panel on Climate Change. **Climate Change 2007: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change**. IPCC, Genebra: IPCC, 2007.

Compreende-se o nexu como metodologia com potencial paradigmático<sup>18</sup> na formação de política pública<sup>19</sup>; se trata, pois, de metodologia de identificação de problemas, formação da agenda, análise das medidas, alternativas, tomada de decisão, criação das regras, das metas e sua avaliação<sup>20</sup>. Pretende, pois, a gestão integrada de recursos em oposição a uma gestão setorial. Como metodologia, é preciso compreender a sua base sistêmica e integradora de áreas distintas com conceitos e lógicas próprias.

Ao tomarmos como exemplo o Brasil, os recursos naturais são geridos pelo Estado para consolidar desenvolvimento com a proteção dos direitos fundamentais (ligados à vida, à saúde, à dignidade, entre outros). É o Estado regulador em seu sentido amplo, sendo a regulação baseada nessa premissa de proteção e providência das condições para o exercício dos direitos fundamentais, sociais e difusos. A regulação, então subsidiária<sup>21</sup>, é conduzida com base nos princípios e regras de um Estado de Direito que formulou uma Administração Pública Setorial, haja vista o princípio da especialização<sup>22</sup>. Decorrente deste cenário, temos uma Administração Pública setORIZADA; cada setor, com suas lógicas, regras próprias e conceitos. A regulação do setor energético é distinta da regulação do alimentício, que é distinta da regulação do setor hídrico que é distinta da regulação do setor de proteção ambiental.

A especialização dos setores de regulação e fiscalização dos recursos em estudo é perfeitamente exemplificada no Brasil. A estrutura intervencionista brasileira, no que diz respeito à água e à energia, apresenta-se em forma de agências reguladoras distintas, por meio da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), autarquia federal vinculada ao Ministério de Minas e Energia (MME), e a Agência Nacional de Águas (ANA), que faz parte do Ministério de Meio Ambiente (MMA). Já o setor mais expressivo que se relaciona ao eixo alimentício, diante da ausência de agência regulatória para tanto, pode ser determinado pela produção agrícola, eixo relacionado ao Minis-

---

<sup>18</sup> É possível considerar uma mudança de paradigma ao percebermos a metodologia do nexu como o esforço de se superar metodologias setoriais de gestão de recursos naturais. Sobre o conceito de paradigma: KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira; revisão: Alice Kyoko Miyashiro. São Paulo: Editora Perspectiva S. A, 1975, p. 13

<sup>19</sup> FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. in: **Planejamento e Políticas Públicas**. n 21. Jun 2000: BUCCI. M.P.D. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. in: **Cadernos Pólis 2 Direitos Humanos e Políticas Públicas**. São Paulo: Instituto Pólis. v. 2. 2001, p. 5-16.

<sup>20</sup> SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas. **Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos**. São Paulo: CENGAGE, 2012, p.34.

<sup>21</sup> ARANHA, Marcio Iório. **Manual de Direito Regulatório**. 4 ed. 2018; ARANHA, Márcio Iório. **Interpretação Constitucional e as garantias institucionais dos Direitos Fundamentais**. 2014; COUTINHO, Diogo. **Direito, Desigualdade e Desenvolvimento**. Saraiva, 2012.

<sup>22</sup> A especialização é medida típica regulatória, segundo a qual a organização setorial possibilita uma maior independência em relação aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como da indústria regulada e consumidores. A setorização é entendida como fundamental para a imparcialidade e técnica exigidas pelos órgãos, elementos fundamentais para a eficácia da regulação. Em termos de Brasil, é perceptível a desagregação dos setores de regulação e fiscalização dos recursos em estudo. A estrutura intervencionista brasileira, no que diz respeito à água e à energia, apresenta-se em forma de agências reguladoras distintas, por meio da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), autarquia federal vinculada ao Ministério de Minas e Energia (MME), e a Agência Nacional de Águas (ANA), que faz parte do Ministério de Meio Ambiente (MMA). Já o setor mais expressivo que se relaciona ao eixo alimentício, diante da ausência de agência regulatória para tanto, pode ser determinado pela produção agrícola, eixo relacionado ao Ministério de Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), ao qual se vincula a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA). CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de (Coord.). **Direito, regulação e logística**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 58.

tério de Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), ao qual se vincula a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA).

A dificuldade própria de cada setor de se implementar os seus próprios objetivos é agravada pela, falta de conexão entre setores que na prática são interligados: a escolha pelo aproveitamento energético da água afeta na escolha pelo aproveitamento hídrico pelo setor alimentício que afeta o consumo humano de água, por exemplo. Agrava-se esse cenário com a vulnerabilidade trazida pelas mudanças climáticas, de dimensões difíceis de se estabelecer, mas que não podem ser ignoradas.

O nexu como metodologia de gestão pretende aprimorar a integração entre setores, então fortemente setorizados. A teoria em comento busca atingir, propositalmente, eficiência sistêmica e sustentável, levando em consideração elevadas redes de interdependência e contingenciamentos intersetoriais, como um novo paradigma que contrapõe a idealização e execução de medidas isoladas em distintos setores. A par desse conceito, importante faz-se compreender a perspectiva sistêmica do nexu que se relaciona ao próprio conceito para, então, evidenciar os principais objetivos e finalidades da abordagem.

A base sistêmica do nexu é percebida ao buscar conectar diferentes conceitos e efeitos entre sistemas sociais, estes percebidos como regimes próprios, com princípios, regras, objetivos próprios<sup>23</sup>. Por buscar conectar causas e efeitos é também a consolidação de uma fundamentação consequencialista<sup>24</sup>, eis que os setores de gestão voltados à água, à energia e aos alimentos, configuram-se de modo conexo entre si, de modo que apresentam consequências entre as atividades desenvolvidas em um setor no outro.

O consequencialismo no nexu é, precisamente, a consideração das consequências na tomada de decisão. A percepção da repercussão de um sistema no outro (como, por exemplo, do uso da água na indústria no uso da água para consumo) é a oportunidade de introduzir uma gestão integrada entre eles. O estudo e análise do nexu apresenta-se em um primeiro momento dessa percepção: compreendendo as consequências. Um segundo momento é institucional: coordenar institucionalmente as consequências em comum.

Por meio de tal abordagem, o nexu analisa as interações dinâmicas entre a água, a energia e os sistemas alimentares e, a partir da sistematização de tais interações, desenvolve estratégias de gestão adequadas ao desenvolvimento sustentável. De tal modo, os principais objetivos do nexu água-energia-alimento postulam metas relacionadas com os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável para 2030 que incluem (1) o fim da fome, segurança alimentar, melhoria na nutrição, e promoção da agricultura sustentável (SDG2); (2) assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos (SDG6); e (3) garantir o acesso à energia acessível, confiável,

---

<sup>23</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: Lineamientos para uma teoría general**. Barcelona: Anthropos. 1998, p. 09.

<sup>24</sup> LIMA, Gabriela Garcia Batista. O consequencialismo ambiental: entre o formalismo e a efetividade da proteção jurídica do meio ambiente. in: **Revista de Direitos Difusos**. Ano XII, Vol.57/58. jan/dez. 2012, p.115-130.

sustentável e moderna para todos (SDG7)<sup>25</sup>. Consoante as metas acima, o uso múltiplo dos recursos hídricos, quando por meio da abordagem analítica e integrada proposta pela aplicação donexo, pode se apresentar como instrumento para gestão voltado a atingir tais objetivos.

Propõe-se que tais objetivos possam ser atingidos por meio de tomadas de decisões voltadas a medidas que visem acelerar o acesso equitativo na gestão e uso dos recursos e a retomada da integração dos pilares básicos da sustentabilidade, da sociedade, da economia e do meio ambiente, a fim de que se atinja estabilidade e coesão socioambiental. Todas as melhorias, contudo, requerem vontade política, investimento significativo e capacidade institucional, razão pela qual o nexo é um “novo tipo de política ambiental paradigma”, o qual tem sido bem-sucedido na mudança do debate político de tomada de decisões<sup>26</sup>.

Em termos gerais, todos os estudos acima se concentram na promoção de segurança e considera o envolvimento de eixos diversos, são eles: a sociedade, orientando os comportamentos antrópicos; a economia, com crescimento econômico; e o meio ambiente, por meio da promoção de serviços ecossistêmicos<sup>27</sup>.

Como forma de trazer maior concretude as práticas analíticas na tomada de decisões de políticas públicas voltadas aos recursos hídricos, Hoff<sup>28</sup>, em sua exposição inicial sobre o nexo, propõe o aumento da produtividade dos recursos, aspecto em que o reconhecimento de perdas, ganhos<sup>29</sup> e riscos<sup>30</sup> presentes na análise das atividades intersetoriais apresentam-se de grande valia. Além disso, propõe, também, a utilização de resíduos como um recurso em sistemas multiuso; o maior uso de incentivos econômicos; a existência de coerência entre governos e políticas públicas e, por último, reafirma a necessidade de beneficiar ecossistemas produtivos.

### 3 O PAPEL E O LIMITE DO DIREITO NA ABORDAGEM DO NEXO

O papel do Direito tem direta relação com a atuação estatal, faz parte da gama de instrumentos que o Estado tem a sua disposição para a aplicação dessa metodologia. Na compreensão desse papel, há também os limites: o uso da metodologia do nexo é uma escolha política e não uma escolha de direito, e entra em cena, ou no fomento das pesquisas, ou como instrumento para aplicação de ações para lidar com os resultados das pesquisas proporcionadas pelo nexo.

O nexo, vale lembrar, visa a identificação de oportunidades, por meio da sistematização de dados, utilização de instrumentos jurídicos, mecanismos de gestão e

<sup>25</sup> RINGLER, C.; WILLENBOCKEL, D.; PEREZ, N. et al. Global linkages among energy, food and water: an economic assessment. In. **Journal of Environmental Studies and Sciences**. vol. 6. n.1. março. 2016, p.161.

<sup>26</sup> AL-SAIDI, M.; N.A. ELAGIB. Towards understanding the integrative approach of the water, energy and food nexus. in. **Science of the Total Environment**. 2017, p. 1137.

<sup>27</sup> BIZIKOVA, L.; ROY, D.; SWANSON, D. **The Water-energyfood Security Nexus: Towards a Practical Planning and Decision-support Framework for Landscape Investment and Risk Management**. Winnipeg, MB, Canadá: International Institute for Sustainable Development. 2013, p. 28.

<sup>28</sup> HOFF, H. **Understanding the Nexus. Background Paper for the Bonn 2011 Conference: The Water, Energy and Food Security Nexus**. Stockholm Environment Institute, Stockholm. 2011.

<sup>29</sup> WEF - World Economic Forum. **Global Risks 2011. An initiative of the risk response network. World Economic Forum**. 6th ed., 2011b. p. 60.

<sup>30</sup> LINDBERG, C.; LEFLAIVE, X. **The water-energy-food-nexus: The imperative of policy coherence for sustainable development**. Coherence for Development - Better Policies for Better Lives - Organization for Economic Co-operation and Development, n. 6. 2015, p.12.

abordagens políticas. A partir disso, viabiliza que os tomadores de decisão, sejam relacionados àqueles competentes por políticas públicas, líderes empresariais, investidores, organizações não governamentais e o público em geral, possam acoplar três preocupações de segurança global mutuamente dependentes no desenvolvimento e gestão de atividades ambientalmente impactantes, quais seja, o acesso e a disponibilidade de água, estratégias de energia sustentável e segurança alimentar.

Nesse contexto de medidas amplas, aplicáveis a diversos âmbitos, incumbe ao Direito identificar quais os instrumentos jurídicos possibilitam a incorporação da perspectiva de nexos, a partir do que dispõe o ordenamento em que se pretende aplicar a abordagem. O papel tradicional do Direito é a definição dos princípios, as regras, os instrumentos aplicáveis para a condução da ordem em sociedade. Nessa medida, a metodologia do nexos se incorpora a essas definições e agrega na eficácia para a gestão dos recursos naturais.

Ao se pensar no sistema jurídico brasileiro, por exemplo, tal abordagem pode apresentar ganhos ambientais ao ser incorporada em instrumentos públicos e privados de direito. Exemplificativamente, pode-se destacar alguns instrumentos públicos amparados pelos direitos que são utilizados na gestão dos recursos hídricos e representam oportunidade de implementação do nexos, como o instrumento de outorga e os critérios para a concessão do uso múltiplo da água; as considerações sobre o Plano de Bacia Hidrográfica; a estruturação de políticas públicas propriamente ditas, integrando os três setores, a exemplo do que inicialmente ventila a proposta do RenovaBio<sup>31</sup>; nos termos da Contribuição Nacionalmente Determinada (NDC). Verifica-se que a nova abordagem não necessariamente carece de novos mecanismos de direito para sua aplicação, sendo estrategicamente mais viável a utilização de instrumentos e políticas já existentes que demonstram uma possibilidade de incorporar a perspectiva de nexos.

Por outro lado, a perspectiva de nexos também pode ser incorporada em instrumentos de direito privado, a exemplo dos contratos, amplamente utilizados nas demandas de água e energia e para a produção agrícola<sup>32</sup>. Importa lembrar que o contrato tem o dever de observar o interesse público<sup>33</sup> manifestado no cumprimento da função social que, para esses casos, pode ser compreendido na garantia da qualidade de vida constitucionalmente prevista no art. 225 da Carta Magna. O cumpri-

<sup>31</sup> O RenovaBio é uma política de Estado que objetiva traçar uma estratégia conjunta para **reconhecer o papel estratégico de todos os tipos de biocombustíveis na matriz energética brasileira**, tanto para a segurança energética quanto para mitigação de redução de emissões de gases causadores do efeito estufa. Diferentemente de medidas tradicionais, **o RenovaBio não propõe a criação de imposto** sobre carbono, subsídios, crédito presumido ou mandatos volumétricos de adição de biocombustíveis a combustíveis. Os principais objetivos do programa são: Fornecer uma importante contribuição para o cumprimento dos Compromissos Nacionalmente Determinados pelo Brasil no âmbito do Acordo de Paris; Promover a adequada expansão dos biocombustíveis na matriz energética, com ênfase na regularidade do abastecimento de combustíveis; e Assegurar previsibilidade para o mercado de combustíveis, induzindo ganhos de eficiência energética e de redução de emissões de gases causadores do efeito estufa na produção, comercialização e uso de biocombustíveis. Essa e outras informações sobre o programa em: BRASIL. RenovaBio. in. Ministério de Minas e Energia. Disponível em: <<http://www.mme.gov.br/web/guest/secretarias/petroleo-gas-natural-e-combustiveis-renovaveis/programas/renovabio/principal>>. Acesso em: 29 março 2018.

<sup>32</sup> Cita-se como exemplo os Contratos de Demanda de Distribuição de Água e de Demanda de Potência Elétrica usualmente utilizados para consumidores de grande porte, em especial o comércio e a indústria.

<sup>33</sup> MELO, Noemy Cabeleira De Araújo Monteiro de Castro. **Le contrat au service de l'intérêt général : enjeux transnationaux**. Tese em Direito. França: Universidade Panthéon-Assas. 2017.

mento das cláusulas contratuais deve, portanto, satisfazer a função socioambiental do contrato, sendo o nexu uma metodologia para tanto, ao passo que não apenas propõe o equacionamento de medidas capazes de garantir o regular desenvolvimento das atividades econômicas de modo não lesivo, como também a promoção da integração ambiental. Inserem-se, por meio dessa perspectiva, princípios ambientais a relações privadas civilistas.

De modo geral, é possível afirmar que o nexu compreende a metodologia integradora dos eixos água-alimentação-energia e é uma possibilidade de melhoria da eficácia jurídica ambiental<sup>34</sup> em busca do desenvolvimento sustentável, haja vista a utilização da abordagem sistêmica e consequencialista<sup>35</sup> como pressupostos na construção de procedimentos de gestão capazes de concretizar o Princípio da Integração<sup>36</sup>.

#### 4 PRESSUPOSTOS DA PROTEÇÃO JURÍDICA AMBIENTAL NO NEXO ÁGUA-ALIMENTO-ENERGIA

O estudo do nexu permite identificar que suas origens e motivações possuem raízes próximas a elementos da seara ambiental conhecidos e já explorados há algum tempo no âmbito internacional. Tais elementos podem ser classificados como pressupostos de ordem teórica, identificados no que os instrumentos e as pesquisas de direito já cristalizaram no âmbito internacional como essenciais ao equilíbrio ambiental, bem como de ordem científica, verificados na análise estudos e dados empíricos.

Para a compreensão de tais pressupostos, este capítulo destaca e analisa aqueles essenciais à compreensão do nexu. Primeiro, são abordados os pressupostos de ordem teórica: a gestão dos recursos hídricos (4.1); o modelo de Gestão Integrada dos Recursos Hídricos e o Princípio da Integração (4.2) e o Desenvolvimento Sustentável (4.3). Num segundo momento, explora-se aqueles de ordem científica que motivam a busca

<sup>34</sup> Eficácia jurídica não se confunde com eficiência. Para o presente estudo, a eficácia consiste na análise da existência de elementos normativos suficientes para cumprir com os objetivos para os quais ela foi criada. Já a eficiência relaciona-se com a medida normativa positiva de utilização dos recursos de meio para o alcance de tais objetivos a partir de aspectos organizacionais. Difere-se dos dois conceitos a análise de efetividade, que diz respeito ao benefício, à necessidade e a oportunidade oriundos do alcance dos objetivos e meios visados pelas medidas. Sobre eficácia jurídica: MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. La mise en œuvre du droit international de l'environnement. *Analyses n° 03/2003: Gouvernance Mondiale*. França; Institut du développement durable et des relations internationales – IDDRI. 2003, p. 23; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. Saraiva, 2003, p. 247; VARELLA, Marcelo Dias. A efetividade do direito internacional ambiental: análise comparativa entre as convenções da CITES, CDB, Quioto e Basileia no Brasil. in: BARROS-PLATIAU, Ana Flávia; VARELLA, Marcelo Dias (orgs.). *A efetividade do direito internacional ambiental*. Brasília: UNICEUB, UNITAR e UnB. Sobre eficiência jurídica: 2009, p. 34-35. CHIAVENATO, Idalberto. *Recursos humanos na Empresa: pessoas, organizações e sistemas*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 1994, p. 67-76. Sobre efetividade: TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Estado, democracia e administração pública no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

<sup>35</sup> LIMA, Gabriela Garcia Batista. O consequencialismo ambiental: entre o formalismo e a efetividade da proteção jurídica do meio ambiente. in: *Revista de Direitos Difusos*. Ano XII, Vol.57/58. jan/dez. 2012, p.115-130.

<sup>36</sup> VINUALES, Jorge E. et. al. *The Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press. 2015, p.157-179; DERNBACH, John. Achieving Sustainable Development: The Centrality and Multiple Facets of Integrated Decision-making. In: *10 Ind J Global Legal Stud*. 2003, p. 247-248; SANDS, Philippe. International Law in the Field of Sustainable Development: Emerging Legal Principles. In: *Winfried Lang, ed, Sustainable Development and International Law*. London: Graham & Trotman. 1995, p. 53-61; MEDINA, Rachel; TARLOCK, A. Dan. Addressing climate change at the state and local level: using land use controls to reduce automobile emissions. in: *Sustainability*. n.2. 2010; ASHFORD, Nicholas; HALL, Ralph. The importance of regulation-induced innovation for sustainable development. in: *Sustainability*. n.3. 2011; e DERNBACH, John, MINTZ, Joel. Environmental Laws and Sustainability: An Introduction. in: *Sustainability*. n.3. 2011.

por novos métodos de gestão, como a Escassez dos Recursos Hídricos e as Mudanças Climáticas (4.4).

#### 4.1 A GESTÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS

O manejo dos recursos hídricos por uma lógica ambientalmente adequada pode ser entendido como a chave inicial para a compreensão da abordagem denexo. Os recursos hídricos são limitados e os seus usos são interdependentes entre si, os quais apresentam influências no clima. Não obstante, o uso múltiplo do recurso e os diferentes processos de tomada de decisão para o planejamento desses usos, apresentam interesses diversos, manifestados por atores públicos e privados, que, por vezes, são desconexos, ou ainda antagônicos, tendo-se em consideração a setorização que orienta as atividades da Administração Pública<sup>37</sup>.

De tal modo, compreender a gestão de água é um dos pressupostos para a entender as motivações e os objetivos do nexo. No contexto de recursos hídricos, o enfoque substancial pode ser compreendido, sinteticamente, como uma gestão que alcance seguridade hídrica, compreendida na adequada equação entre a disponibilidade do recurso e a demanda existente para o mesmo, de modo a garantir o abastecimento atual e futuro em padrões de qualidade e quantidade.

Considerando-se essa abordagem substancial, a gestão também envolve o processo de tomada de decisão quanto às diretrizes determinantes para consecução do resultado final de interesse. Inserindo-se num contexto de gestão pública dos recursos hídricos, tem-se que a esta ocorre em função do interesse público definido por lei e a atuação dos atores responsáveis para a execução dos atos de gestão ocorre a partir das competências e atribuições legalmente determinadas, em expressão do princípio da legalidade.

No que diz respeito aos recursos hídricos no Brasil, por exemplo, a Política Nacional de Recursos Hídricos Brasileiros (PNRH) prevê a bacia hidrográfica como sendo a unidade territorial de planejamento e gestão por atuação daqueles que integram o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos – SINGREH. De tal modo, a gestão dos recursos hídricos no Brasil opera-se por uma lógica de gestão compartilhada dentro das atribuições conferidas aos entes competentes de acordo com as disposições da PNRH.

A gestão compartilhada<sup>38</sup> dos recursos naturais, contudo, apresenta alguns desafios motivados pelos interesses e prioridades de cada ator envolvido<sup>39</sup>. Quando a ges-

<sup>37</sup> A exegese dos princípios da administração revela a face operacional de postulados setoriais, tal como o princípio da especialidade, derivado dos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público que conduz à descentralização administrativa. A abordagem especializada é elemento que percorre toda a teoria organizacional da administração pública e, desse modo, também delimita a estrutura jurídica da gestão dos recursos naturais, como a água, o que pode, no entanto, ser prejudicial quando a eficácia jurídica setorial é insuficiente ao cumprimento de um objetivo de gestão que exige uma abordagem sistêmica e integrada. Sobre o exercício da Administração Pública e a orientação setorial: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 20; PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015; CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de (Coord.). **Direito, regulação e logística**. Belo Horizonte: Fórum, 2013 e ARANHA, Márcio Iório. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. 3 ed. Laccademia Publishing, 2015.

<sup>38</sup> LEUZINGER, Márcia Dieguez. A gestão compartilhada de áreas protegidas como instrumento de compatibilização de direitos. **Revista de informação legislativa**. n 211. jul-set. 2016, p. 253-272.

tão de atividades voltadas a recursos naturais é fracionada e dividida entre diversas entidades, uma orientação mais completa sobre o problema torna-se difícil de alcançar. O recurso, ao invés de ser tratado de modo integrado e conexo é dividido em função das atribuições e competências organizacionais dos setores públicos ou das organizações sociais, as quais apresentam disparidade inquestionável com o mundo natural.

Em oposição a esta lógica fragmentada de gestão é que se apresenta a relevância de se enfrentar o desafio de implementação de um procedimento como o nexu WEF, que visa a integração<sup>40</sup>. Tal análise conduz à necessidade de explorar outros dois pressupostos para a compreensão da abordagem, a Gestão Integrada dos Recursos Hídricos e o Princípio da Integração Ambiental do Direito Internacional.

#### 4.2 O MODELO DE GESTÃO INTEGRADA DOS RECURSOS HÍDRICOS E O PRINCÍPIO DA INTEGRAÇÃO

A Gestão Integrada dos Recursos Hídricos (GIRH) é um objetivo de gestão, cuja origem remota da década de 90, que visa a um processo capaz de promover o desenvolvimento e a gestão coordenados de água, terra e recursos relacionados, a fim de maximizar o bem-estar econômico e social de maneira equitativa, sem comprometer a sustentabilidade de ecossistemas vitais e do meio ambiente. Este modelo de gestão entende que a água deve ser vista por uma perspectiva holística, tanto em seu estado natural quanto no equilíbrio das demandas concorrentes - agrícola, industrial e ambiental. A gestão dos recursos hídricos e serviços precisam refletir a interação entre essas diferentes demandas, sendo coordenadas dentro dos setores e entre os setores<sup>41</sup>.

O modelo de gestão destina-se à integração vertical, dentro da organização administrativa, e horizontal, na aplicação concreta dos planejamentos dos setores. Desse modo, a GIRH pode ser vista como um modelo que visa promover boa governança da água<sup>42</sup> e assegurar que o desenvolvimento ocorra de modo equilibrado entre os pilares sociais, econômicos e de sustentabilidade ambiental. Tal aspecto da GIRH apresenta íntima relação com o que propõe o Princípio da Integração Ambiental do Direito Internacional.

Em apertada síntese, o princípio refere-se ao objetivo de que o planejamento econômico, ambiental e social deve ser integrado na tomada de decisões públicas<sup>43</sup>. O

---

<sup>39</sup> BORRINI-FEYERABEND, Grazia. et al. **Sharing Power: learning-by-doing in comanagement resources throughout the world**. Cenesta, Tehran: IIED/IUCN, 2004.

<sup>40</sup> A gestão integrada para este estudo não é entendida como um fim da Administração Pública, mas um meio para se alcançar objetivos elementares para que se atinja sustentabilidade, tal como a eficiência na gestão e a equidade no uso múltiplo do recurso.

<sup>41</sup> Global Water Partnership. **Integrated water resources management**. in. **Technical Advisory Committee (TAC) background paper no. 4**. Stockholm:Global Water Partnership. 2000; World Water Council. **Making water everybody's business**. Londres:Earthscan.2000, p. 108.

<sup>42</sup> A governança da água abrange os processos e instituições políticos, econômicos e sociais pelos quais os governos, a sociedade civil e o setor privado tomam decisões sobre a melhor forma de usar, desenvolver e gerenciar os recursos hídricos. PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO – PNDU. **Governança da água para redução da pobreza. Questões-chave e a resposta do PNUD aos objetivos de desenvolvimento do milênio**. Nova York:Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. 2004.

<sup>43</sup> A integração ganhou notoriedade no âmbito internacional ao ser positivada no Princípio nº 4 da Declaração de Princípios e no capítulo 8º da Agenda 21, documentos firmados durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento - RIO 92, muito embora possa ser verificado nos Princípios 13 e 14 da Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano de 1972.

princípio da integração ressalta, desse modo, a necessária transversalidade na definição e aplicação dos planos, programas e políticas públicas setoriais que possam afetar o meio ambiente com o objetivo de se atingir o desenvolvimento de modo sustentável. O caráter normativo do princípio aplicado à matéria ambiental também reside na disposição de que a elaboração de instrumentos e procedimentos de gestão dos recursos naturais deve propiciar a interconexão entre o componente ambiental com o desenvolvimento, bem assim entre os elementos de interconexão existente entre ambos os pilares<sup>44</sup>.

Pode-se afirmar que o princípio desempenha um papel mais específico do âmbito político-administrativo ao propor uma obrigação processual e substantiva segundo a qual o componente ambiental deve ser levado em consideração na tomada de decisão das políticas de desenvolvimento a fim de que se atinja o desenvolvimento sustentável.

#### 4.3 O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Em tal ponto, é possível notar que os pressupostos teóricos analisados possuem como vertente orientadora o Desenvolvimento Sustentável, outro pressuposto para a compreensão do nexo. Tal consideração deve-se ao fato de que as preocupações ambientais das últimas décadas apresentam-se indissolúvelmente ligada às questões ambientais fortemente ameaçadas no contexto de “supercapitalismo” global<sup>45</sup>. Não obstante, a busca por equilíbrio ambiental também é uma proposta da abordagem de nexo, ao buscar que o equacionamento das atividades que se voltam aos recursos naturais possibilitem, a partir da integração, o desempenho de atividades econômicas levando-se em consideração o imperativo ambiental.

Tal tendência demonstra a preocupação em garantir um futuro mais saudável para as próximas gerações, em compatibilidade com o Relatório de Brundtland da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas de 1987.

O aporte fornecido por tais pressupostos teóricos e a orientação para a qual se volta a abordagem de nexo propõem equidade global ao atender às necessidades humanas das gerações presentes e futuras, visando à conservação ambiental e a redistribuição dos recursos. A abordagem de nexo busca repensar a postura da comunidade internacional quanto às atividades ambientalmente impactantes nos setores hídrico, alimentício e energético, conectando-se, de tal modo, ao marco inicial do desenvolvimento sustentável.

<sup>44</sup> VIÑUALES, Jorge E. et. al. **The Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary**. Oxford: Oxford University Press. 2015, p.157-179; DERNBACH, John. Achieving Sustainable Development: The Centrality and Multiple Facets of Integrated Decision-making. In. **10 Ind J Global Legal Stud**. 2003, p. 247-248; SANDS, Philippe. International Law in the Field of Sustainable Development: Emerging Legal Principles. In. **Winfried Lang, ed, Sustainable Development and International Law**. London: Graham & Trotman. 1995, p. 53-61.

<sup>45</sup> REICH, Robert. Bernard. **Supercapitalismo: como o capitalismo tem transformado os negócios, a democracia e o cotidiano**. Tradução Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.5.

#### 4.4 A ESCASSEZ HÍDRICA E OS EFEITOS DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS

As considerações acerca da proteção ambiental e do desenvolvimento de atividades nos três setores de foco do nexa trazem à cena alguns pressupostos de natureza científica que evidenciam o contexto de crise ambiental atual e motivam a busca por novas soluções, como a escassez hídrica e os efeitos das mudanças climáticas.

A escassez dos recursos hídricos possui causas relacionadas às mudanças climáticas e à falta de planejamento para o equacionamento entre a disponibilidade e a demanda do recurso. No ano de 2017, 872 cidades brasileiras enfrentaram crises hídricas reconhecidas pela União, em razão do longo período de estiagem. Entre 2013 e 2016, 48 milhões de brasileiros foram afetados por períodos duradouros de secas ou por estiagens passageiras<sup>46</sup>.

Os conflitos hídricos brasileiros<sup>47</sup>, em sua grande maioria, relacionam-se a restrições de acesso à água. Tal restrição pode ocorrer devido à baixa disponibilidade do recurso, quanto por questões relacionadas ao excesso da demanda e ingerências.

De 2010 a 2050, estima-se um crescimento de 2 bilhões na população mundial<sup>48</sup>, com o conseqüente aumento da demanda mundial por água, energia e alimentos em 55%, 80% e 60%, respectivamente<sup>49</sup>. O descompasso existente as estimativas de crescimento populacional e da necessidade de utilização dos recursos hídricos deve-se ao crescimento econômico e de consumo, o qual exige a utilização de recursos energéticos, minerais, processos de industrialização e manutenção das atividades agrícolas e pecuárias. Tais fatores elevam os três eixos de concentração do nexa ao centro das preocupações mundiais de gestão dos recursos hídricos.

As Nações Unidas já reconhecem que a escassez hídrica mundial tem raízes em questões de poder, desigualdade social e pobreza, e não na disponibilidade do recurso per si<sup>50</sup>. Tal aspecto ressalta o fato de que o gerenciamento dos recursos hídricos está intimamente relacionado a escolhas políticas e ao processo de tomada de decisão para definição e escolhas de políticas e planejamento público. O Brasil, apesar da abundância em recursos hídricos, ainda não apresenta uma gestão de recursos de modo sustentável, evidente as crises hídricas que assolam o sudeste e recentemente o centro-oeste brasileiro, tais como ocorrido na Cantareira, em São Paulo, em Brasília, Distrito Federal, bem assim os recorrentes casos no nordeste do país.

<sup>46</sup> Agência Nacional de Águas - ANA (Brasil). **Conjuntura dos recursos hídricos no Brasil 2017: relatório pleno**. Brasília: ANA, 2017.

<sup>47</sup> A noção de conflito para este estudo pode ser amparada pela produção de Paul Little, ao entender que os conflitos de fundo ambiental, dentre outros fatores, comportam dimensões políticas, sociais e jurídicas de modo inter-relacionado, ao se considerar o potencial de tensões existentes entre os interesses relacionados à distribuição, à apropriação, ao beneficiamento e à utilização do recurso natural. LITTLE, Paul E. . Os conflitos socioambientais: um campo de estudo e de ação política. in: BURS-ZTYN, Marcel. (Org.). **A difícil sustentabilidade: política energética e conflitos ambientais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Garamond Universitária. 2001, p. 107-122.

<sup>48</sup> RINGLER, C.; WILLENBOCKEL, D.; PEREZ, N. et al. Global linkages among energy, food and water: an economic assessment. In. **Journal of Environmental Studies and Sciences**. vol. 6. n.1. março. 2016, p.161.

<sup>49</sup> LEFLAIVE, X. et al. Water. In: **OECD. OECD Environmental Outlook to 2050: The Consequences of Inaction**. Paris: OECD Publishing, 2012 e IRENA - International Renewable Energy Agency. **Renewable energy in the water, energy and food nexus**. IRENA, 2015.

<sup>50</sup> United Nations Development Programme - UNDP. **Human Development Report 2006. Beyond Scarcity: Power, Poverty and the Global Water Crisis**. Nova Iorque: UNDP, 2006.

Como consequências da mudança climática sobre as atividades agrícolas, hídricas e energéticas, pode-se exemplificar o aumento dos períodos de seca, inundações, tempestade, o derretimento do gelo e o conseqüente aumento do nível do mar<sup>51</sup>, problemas comuns que envolvem a gestão dos recursos hídricos e conduzem a perdas significativas em termos ambientais, econômicos e sociais.

Diante desse panorama é que a abordagem de *nexo* atua como uma nova perspectiva para trazer concretude ao princípio da integração, ao passo que o modelo de ação é informado por interconexões entre diferentes setores que apresentam recursos naturais comuns e, por isso, necessitam de um gerenciamento integrado. As políticas de água, energia e alimentos são cada vez mais interdependentes e os impactos e a escassez do recurso em um setor afeta aos demais, sendo vital entender tais interdependências para atingir objetivos econômicos, ambientais e sociais de longo prazo<sup>52</sup>.

Os pressupostos de ordem científica ressaltam a necessidade do aprimoramento da integração intersetorial por meio de planejamento para o uso da água. Mecanismos, modelos e instrumentos que propiciam a implementação dessa perspectiva, assim como se propõe o *nexo*, são uma oportunidade de adaptação e mitigação dos efeitos causados pelas mudanças no clima. A disponibilidade de água nas bacias hidrográficas depende diretamente das condições do clima, eis que afetam os ciclos hidrológicos, resultando em perdas econômicas, em insegurança energética, alimentar, além de distúrbios na saúde humana<sup>53</sup>. Frente a este cenário desafiador e urgente é que se apresenta oportuno compreender a proposta do *nexo* água-alimento-energia a fim de que se contribua na sistematização da abordagem para a gestão dos recursos hídricos.

## 5. O QUE A ABORDAGEM DE NEXO PROPÕE COMO NOVO?

Não raro, o *nexo* é apontado como algo já existente no direito e até mesmo nos modelos de gestão. Tal afirmativa pode estar correta até certo ponto, devido ao conhecimento de que algumas abordagens anteriores ao *nexo* têm sido utilizadas para explorar interligações setoriais<sup>54</sup>.

Um primeiro ponto característico do *nexo* é que as modelagens anteriormente propostas são amplamente limitadas a setores individuais e, portanto, não são adequadas para desvincular essas complexas interligações para além do âmbito de uma só esfera. Na gestão dos recursos hídricos, por exemplo, ao se considerar a fragmentação especial e administrativa que estrutura o sistema nacional de gerenciamento, tem-se a necessidade de promover integração não apenas nas atividades federais ou nos instrumentos e políticas determinados por esse âmbito, mas também por todos aqueles outros sob os quais as atividades se desenvolvem e, do mesmo modo, apresentam algum grau de competência, tendo em vista a dupla donimialidade que rege o sistema brasileiro.

<sup>51</sup> BATES, B.C., et al. **Climate change and water**. Technical paper of the intergovernmental panel on climate change. Geneva:IPCC Secretariat. 2008.

<sup>52</sup> BELLFIELD, Helen. **Water, Energy and Food Security Nexus in Latin America and the Caribbean: Trade-offs, Strategic Priorities and Entry Points**. Global Canopy Programme. 2015.

<sup>53</sup> TUNDISI, José Calizia (Coord.). **Recursos hídricos no Brasil: problemas, desafios e estratégias para o futuro**. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Ciências, 2014, p.47.

<sup>54</sup> LIU, J. et. al. Challenges in operationalizing the water-energy-food nexus. in. **Hydrological Sciences Journal**. vol. 62, ed. 11. 2017.

Além disso, a abordagem de nexos desempenha um importante papel em questões de governança dos recursos naturais. As abordagens tradicionais raramente abordam questões decorrentes das interfaces entre as dimensões, ao passo que o processo de tomada de decisão orientado pelo nexos propõe afetar fundamentalmente as opções disponíveis em outras dimensões. Isso por que, o nexos objetiva a sistematização das considerações analíticas dos três eixos, abrangendo a consideração de sinergias e *trade-offs* entre os setores de água, energia e alimentos, como elementos necessários para evidenciar a potencialidade que as medidas empregadas de modo integrado entre essas dimensões apresentam para o crescimento econômico, a redução da pobreza, a conservação da biodiversidade, o desenvolvimento sustentável e, ainda, visam mitigar e adaptar os cenários nacionais ao contexto de mudança climática buscando atingir segurança global<sup>55</sup>.

Em comparação com a proposta Gestão Integrada dos Recursos Naturais, o nexos se destaca por seu caráter sistêmico. A GIRH é mais bem empregada para integração vertical, dentro de um setor específico da administração pública, do que horizontal ao considerar a necessidade interação entre os três setores em concreto. O modelo não é muito eficiente em promover o debate da integração para fora do eixo água, entendendo, portanto, os elos horizontais que a prática revela como algum tipo de externalidade<sup>56</sup>.

A atenção para a abordagem de nexos justifica-se a partir do seu caráter multicêntrico. A perspectiva propõe uma análise não apenas integrada, mas em igualdade de considerações entre as prioridades e objetivos estabelecidos por cada setor. O nexos visa promover o adequado equacionamento no que diz respeito ao uso de recursos elementares para as atividades desenvolvidas nos três setores e conduz o processo de tomada de decisões a partir de dados empíricos, de caráter analítico, aspecto em que se inserem as contribuições das demais áreas da ciência.

Além disso, a atenção prestada atualmente ao nexos ajuda a gerar o impulso necessário e a vontade política de ação<sup>57</sup>, carente nas abordagens anteriores que mais se assemelham a meras intenções.

É bem verdade que o nexos encontra seus pressupostos teóricos e científicos em elementos já conhecidos, mas o nexos água-alimento-energia agrega valor às proposições ambientais ao enfatizar as interligações críticas entre setores que se apresentam em uma relação íntima de causa e efeitos em suas atividades, sendo, os três, essenciais ao mínimo existencial e propõe uma nova abordagem com viés mais prático em torno desse contexto.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem de nexos ressalta a necessidade de mudança da perspectiva setorial para que se considerem fatores múltiplos e comuns na gestão dos recursos naturais. O

---

<sup>55</sup> LIU, J. et. al. Challenges in operationalizing the water–energy–food nexus. in. **Hydrological Sciences Journal**. vol. 62, ed. 11. 2017.

<sup>56</sup> VARIS, Olli. et. al. Integrated water resources management: horizontal and vertical explorations and the ‘water in all policies’ approach. in. **International Journal of Water Resources Development**. vol. 30, n.3. 2014.

<sup>57</sup> LIU, J. et. al. Challenges in operationalizing the water–energy–food nexus. in. **Hydrological Sciences Journal**. vol. 62, ed. 11. 2017.

uso dessa metodologia pelo Direito pretende agregar uma possibilidade de integração de setores essenciais na formação de política pública que lhe serão aplicadas. É, pois, uma oportunidade para a condução à gestão integrada e sustentável dos recursos naturais, promovendo o acesso adequado aos alimentos, ao uso múltiplo da água e da energia.

Para explicar melhor, a multidisciplinaridade que caracteriza a aplicação do nexo é uma forma integradora de gestão que pretende superar a atual perspectiva fragmentada da gestão desses recursos e tem o intuito geral de identificar e interpretar pontos desafiadores nas interconexões presentes no manejo das atividades desenvolvidas nos setores hídrico, alimentício e energético. A partir da aplicação de instrumentos próprio dessas diferentes áreas se identifica elementos de conexão que podem ser utilizados para a criação de políticas públicas, já que podem propiciar bases para a definição de metas, ações, programas, entre outros. Nesse contexto, é também desafiador compreender o papel do Direito, vez que é apenas entre uma das disciplinas exigidas na compreensão e aplicação do nexo.

Diante desse panorama, o nexo pode ser compreendido como uma metodologia multidisciplinar que propõe a integração dos eixos água-alimentação-energia para a gestão das atividades ambientalmente impactantes desenvolvidas nesses eixos. A partir de sua abordagem sistêmica e consequencialista, o nexo é uma possibilidade de melhoria da eficácia jurídica ambiental ao propor mecanismos e instrumentos que possibilitam a operacionalização do Princípio da Integração Ambiental.

O estudo do nexo revela a identidade da nova abordagem proposta por Hoff, em 2011, com pressupostos há muito familiares ao direito ambiental internacional. Dentre os elementos que podem ser classificados como pressupostos de ordem teórica, deve-se destacar a correlação do nexo com a gestão dos recursos hídricos; o modelo de Gestão Integrada dos Recursos Hídricos e o Princípio da Integração e o Desenvolvimento Sustentável. De modo geral, todos os pressupostos ressaltados apresentam em comum a característica de alto conteúdo teórico e vagos, sem determinações precisas, enquanto o nexo propõe uma abordagem mais prática, voltando-se para a consecução dos fins ambientais de seus pressupostos por meio de uma implementação de ordem vertical, administrativa, e horizontal, em concreto.

Também podem ser identificados alguns pressupostos de ordem científica, verificados na análise estudos e dados empíricos que ressaltam a urgência do equacionamento de medidas concretas para a garantir o equilíbrio ambiental. Tais pressupostos podem ser entendidos como aqueles que motivam a busca por novos métodos de gestão e dão origem a novas propostas como o nexo, dentre os quais se destaca a Escassez dos Recursos Hídricos e os efeitos das Mudanças Climáticas.

Muito embora seja apontado como algo já existente nos modelos de gestão e no Direito, o nexo apresenta características peculiares que ressaltam sua importância e seu caráter inovador. Ainda que se possa dizer que o nexo volta-se para uma problema já conhecido por meio de uma abordagem que explora interligações setoriais, torna-se oportuno perceber que o nexo propõe a compreensão e sistematização de tais interligações para além do âmbito de uma só esfera. Além disso, a abordagem de nexo desempenha um importante papel em questões de governança dos recursos naturais,

ao passo que o processo de tomada de decisão orientado pelo nexos propõe afetar fundamentalmente as opções disponíveis em outras dimensões.

A atenção para a abordagem de nexos justifica-se a partir do seu caráter multi-cêntrico. A perspectiva propõe uma análise não apenas integrada, mas em igualdade de considerações entre as prioridades e objetivos estabelecidos por cada setor. O nexos visa promover o adequado equacionamento no que diz respeito ao uso de recursos elementares para as atividades desenvolvidas nos três setores e conduz o processo de tomada de decisões a partir de dados empíricos, de caráter analítico, aspecto em que se insere as contribuições das demais áreas da ciência.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS - ANA (Brasil). **Conjuntura dos recursos hídricos no Brasil 2017: relatório pleno**. Brasília: ANA, 2017.

AL-SAIDI, M.; N.A. ELAGIB. Towards understanding the integrative approach of the water, energy and food nexos. in. **Science of the Total Environment**. 2017.

ARANHA, Márcio Iório. **Interpretação Constitucional e as garantias institucionais dos Direitos Fundamentais**. 2014.

ARANHA, Márcio Iório. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. 3 ed. Laccademia Publishing. 2015.

ARANHA, Márcio Iório. **Manual de Direito Regulatório**. 4 ed. 2018.

ASHFORD, Nicholas; HALL, Ralph. The importance of regulation-induced innovation for sustainable development. in. **Sustainability**. n.3. 2011;

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5. ed. Saraiva, 2003,

BATES, B.C., et al. **Climate change and water. Technical paper of the intergovernmental panel on climate change**. Geneva: IPCC Secretariat. 2008.

BELLFIELD, Helen. **Water, Energy and Food Security Nexos in Latin America and the Caribbean: Trade-offs, Strategic Priorities and Entry Points**. Global Canopy Programme. 2015.

BIZIKOVA, L.; ROY, D.; SWANSON, D. **The Water-energyfood Security Nexos: Towards a Practical Planning and Decision-support Framework for Landscape Investment and Risk Management**. Winnipeg, MB, Canadá: International Institute for Sustainable Development. 2013.

BORRINI-FEYERABEND, Grazia. et al. **Sharing Power: learning-by-doing in comanagement resources throughout the world**. Cenesta, Tehran: IIED/IUCN, 2004.

BRASIL. RenovaBio. in. Ministério de Minas e Energia. Disponível em: <<http://www.mme.gov.br/web/guest/secretarias/petroleo-gas-natural-e-combustiveis-renovaveis/programas/renovabio/principal>>. Acesso em: 29 março 2018.

BUCCI, M.P.D. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. in. **Cadernos Pólis 2 Direitos Humanos e Políticas Públicas**. São Paulo: Instituto Pólis. v. 2. 2001

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

- CARVALHO, Délton Winter de. Dano ambiental futuro: da assimilação dos riscos ecológicos à formação de vínculos obrigacionais intergeracionais. in: ELISABETE Gabriela Castellano. et. al. (orgs.). **Direito Ambiental**. 1ed. Brasília: Embrapa. vol. 1. 2014,
- CARVALHO, Délton Winter de. O Papel do Direito e os Instrumentos de Governança Ambiental para Prevenção dos Desastres. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 75. 2014.
- CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de (Coord.). **Direito, regulação e logística**. Belo Horizonte: Fórum, 2013
- CHIAVENATO, Idalberto. **Recursos humanos na Empresa: pessoas, organizações e sistemas**. 3. ed. São Paulo: Atlas. 1994,
- COUTINHO, Diogo. **Direito, Desigualdade e Desenvolvimento**. Saraiva, 2012.
- DERNBACH, John. Achieving Sustainable Development: The Centrality and Multiple Facets of Integrated Decision-making. In. **10 Ind J Global Legal Stud**. 2003.
- DERNBACH, John, MINTZ, Joel. Environmental Laws and Sustainability: An Introduction. in. **Sustainability**. n.3. 2011.
- ENDO, Aiko. et. al. A review of the current state of research on the water, energy, and food nexus. in. **Journal of Hydrology: Regional Studies**. vol. 11. jun. 2017
- FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. in. **Planejamento e Políticas Públicas**. n 21. Jun 2000.
- FRUMHOFF, Peter C. et.al. Vulnerabilities and opportunities at the nexus of electricity, water and climate. in. **Environmental Research Letters**. vol. 10, n.8. ago. 2015.
- GLOBAL WATER PARTNERSHIP. Integrated water resources management. in. **Technical Advisory Committee (TAC) background paper no. 4**. Stockholm: Global Water Partnership. 2000;
- GREY, David; SADOFF, Claudia. Sink or Swim? Water security for growth and development. **Water Policy**. vol. 9. n. 6. 2007;
- HOFF, H. **Understanding the Nexus. Background Paper for the Bonn 2011 Conference: The Water, Energy and Food Security Nexus**. Stockholm Environment Institute, Stockholm. 2011.
- INTERGOVERNAMENTAL PANEL OF CLIMATE CHANGE - IPCC, **Climate Change 2007: The Physical Science Basis, Summary for Policy Makers**. Fev, 2007
- KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira; revisão: Alice Kyoko Miyashiro. São Paulo: Editora Perspectiva S. A, 1975
- LEESE, Matthias; MEISCH, Simon. Securitising sustainability? Questioning the 'water, energy and food-security nexus'. in. **Water Alternatives**. vol. 8. n.1. 2015.
- LEFLAIVE, X. et al. Water. In: **OECD. OECD Environmental Outlook to 2050: The Consequences of Inaction**. Paris: OECD Publishing, 2012.
- IPCC - Intergovernmental Panel on Climate Change. **Climate Change 2007: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change**. Genebra: IPCC, 2007.
- IRENA - International Renewable Energy Agency. **Renewable energy in the water, energy and food nexus**. IRENA, 2015.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. A gestão compartilhada de áreas protegidas como instrumento de compatibilização de direitos. **Revista de informação legislativa**. n 211. jul-set. 2016, p. 253-272.

LIMA, Gabriela Garcia Batista. O consequencialismo ambiental: entre o formalismo e a efetividade da proteção jurídica do meio ambiente. in. **Revista de Direitos Difusos**. Ano XII, Vol.57/58. jan/dez. 2012.

LINDBERG, C.; LEFLAIVE, X. **The water-energy-food-nexus: The imperative of policy coherence for sustainable development**. Coherence for Development - Better Policies for Better Lives - Organization for Economic Co-operation and Development, n. 6. 2015, p.12.

LITTLE, Paul E. . Os conflitos socioambientais: um campo de estudo e de ação política. in: BURSZTYN, Marcel. (Org.). **A difícil sustentabilidade: política energética e conflitos ambientais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Garamond Universitária. 2001,

LIU, J. et. al. Challenges in operationalizing the water–energy–food nexus. in. **Hydrological Sciences Journal**. vol. 62, ed. 11. 2017.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: Lineamientos para uma teoría general**. Barcelona: Anthropos. 1998, p. 09.

MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. La mise en œuvre du droit international de l'environnement. **Analyses n° 03/2003: Gouvernance Mondiale**. França; Institut du développement durable et des relations internationales – IDDRI. 2003,

MEDINA, Rachel; TARLOCK, A. Dan. Addressing climate change at the state and local level: using land use controls to reduce automobile emissions. in. **Sustainability**. n.2. 2010;

MELO, Noemy Cabeleira De Araújo Monteiro de Castro. **Le contrat au service de l'intérêt général : enjeux transnationaux**. Tese em Direito. França: Universidade Panthéon-Assas. 2017.

MERCURE, Jean-François. et. al. System Complexity and Policy Integration Challenges: the Brazilian Energy-Water-Food Nexus. in. **C-EENRG Working Papers**. University of Cambridge: Cambridge Centre for Environment, Energy and Natural Resource Governance. nov. 2017, p.7.

MOISDON, Jean-Claude. Comment apprend-on par les outils de gestion?. In: LORINO, Philippe; TEULIER, Régine. **Entre connaissance et organisation : l'activité collective**. La Découverte Recherches. 2005,

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico . Water Security for Better Lives. **OECD Studies on Water**. OECD Publishing. 2013.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015;

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO – PNDU. **Governança da água para redução da pobreza**.

**Questões-chave e a resposta do PNUD aos objetivos de desenvolvimento do milênio**. Nova York: Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. 2004.

REICH, Robert. Bernard. **Supercapitalismo: como o capitalismo tem transformado os negócios, a democracia e o cotidiano**. Tradução Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.5.

RINGLER, C.; WILLENBOCKEL, D.; PEREZ, N. et al. Global linkages among energy, food and water: an economic assessment. In. **Journal of Environmental Studies and Sciences**. vol. 6. n.1. março. 2016, p.161.

- SANDS, Philippe. International Law in the Field of Sustainable Development: Emerging Legal Principles. In. **Winfried Lang, ed, Sustainable Development and International Law**. London: Graham & Trotman. 1995.
- SANTIN, Janaina Rigo; CORTE; Thaís Dalla. Planejamento urbano e princípio da prevenção na gestão dos recursos hídricos. in. **Revista Nomos**. vol. 31. n. 1. jan-jun. 2011.
- SCHOLZ, M.; YANG, Q. Guidance on variables characterising water bodies including sustainable flood retention basins. in. **Landscape and urban planning**. v. 98, n. 3. 2010.
- SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas. **Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos**. São Paulo: CENGAGE, 2012, p.34.
- SEIFFERT, Mari Elizabete Bernardini. **Gestão Ambiental, instrumentos, esferas de ação e educação ambiental**. São Paulo, Editora Atlas. 2007, p. 45.
- TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.
- TUNDISI, José Calizia (Coord.). **Recursos hídricos no Brasil: problemas, desafios e estratégias para o futuro**. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Ciências, 2014, p.47.
- UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME - UNDP. **Human Development Report 2006. Beyond Scarcity: Power, Poverty and the Global Water Crisis**. Nova Iorque: UNDP, 2006.
- VARELLA, Marcelo Dias. A efetividade do direito internacional ambiental: análise comparativa entre as convenções da CITES, CDB, Quioto e Basiléia no Brasil. in: BARROS-PLATIAU, Ana Flávia; VARELLA, Marcelo Dias (orgs.). **A efetividade do direito internacional ambiental**. Brasília: UNICEUB, UNITAR e UnB. Sobre eficiência jurídica: 2009,
- VARIS, Olli. et. al. Integrated water resources management: horizontal and vertical explorations and the 'water in all policies' approach. in. **International Journal of Water Resources Development**. vol. 30, n.3. 2014.
- VIÑUALES, Jorge E. et. al. **The Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary**. Oxford: Oxford University Press. 2015,
- WEF - World Economic Forum. **Global Risks 2011. An initiative of the risk response network**. World Economic Forum. 6th ed., 2011b. p. 60.
- WORLD WATER COUNCIL. **Making water everybody's business**. Londres: Earthscan.2000, p. 108.

Submetido em: 03 jul. 2018. Aceito em: 14 dez. 2018.





# ACCESS OF INDIVIDUALS TO MERCOSUR TRIBUNALS: FILLING THE GAP VIA ADVISORY OPINIONS

*Paula Wojcikiewicz Almeida\**

## **Abstract**

The Mercosur dispute settlement system possesses several limitations, which are linked to its transitory aspect and include, in particular, the limited access of individuals who are only able to present their demands via the National Section of the Common Market Group of the member state in question. The application of the advisory opinions' mechanism embodies a possible alternative in order to overcome the lack of access of individuals and civil society to Mercosur Tribunals. The referred mechanism enables national courts to question the Permanent Review Court exclusively with regards to the interpretation of Mercosur law. Therefore, it guarantees an indirect access of individuals to Mercosur Tribunals. However, there is still a very low number of advisory opinions solicited to the PRC, which are due, among other factors, to the lack of knowledge of Mercosur law and its mechanisms by lawyers and national judges. This challenge is combined with a normative limitation, *i.e.*, the double non-binding character of the advisory opinions, thereby contributing to legal uncertainty. Some alternatives have been envisaged, notably with the creation of a permanent court for Mercosur.

## **Key words**

Mercosur; Dispute Settlement; Permanent Review Court; individuals; advisory opinions.

## **O ACESSO DE INDIVÍDUOS AOS TRIBUNAIS DO MERCOSUL:**

### **Preenchendo as lacunas via opiniões consultivas**

## **Resumo**

O sistema de solução de controvérsias do Mercosul possui várias limitações que estão vinculadas ao seu aspecto transitório e incluem, em particular, o acesso limitado de indivíduos que só podem apresentar suas demandas por meio da Seção Nacional do Grupo Mercado Comum do Estado em questão. A aplicação do mecanismo de opiniões consultivas constitui uma alternativa possível para

---

\* Doutora em direito pela Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, área de concentração: Direito Internacional e Europeu, mention très honorable avec félicitations du jury à l'unanimité. Indicação para prêmios de melhor tese e para um financiamento para publicação. Doutora em direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Programa de Pós-graduação em Direito, área de concentração: Direito Internacional e Integração Econômica (co-tutela). Mestre em Direito Público Internacional e Europeu pela Université de Paris XI (Paris-Sud), Faculté Jean Monnet, devidamente revalidado no Brasil. Professora adjunta em tempo integral de Direito Internacional e Europeu da FGV Direito Rio. Coordenadora da Cátedra Jean Monnet da União Europeia (Programa de Direito da União Europeia FGV Direito Rio), financiada pela Comissão Europeia. Pesquisadora do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio. Pesquisadora associada do Institut de Recherche en Droit International et Européen de la Sorbonne (IREDIÉS). Pesquisadora visitante do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (2014) e da University of Oxford, Faculty of Law (2014). Membro do ILA Committee on the Procedural Law of International Courts and Tribunals. Pesquisadora do Centre d'études et de recherche en droit international et relations internationales de l'Académie de droit international de La Haye (2010). Coordenadora do Latin American Society of International Law (LASIL) Interest Group on 'International Courts and Tribunals'. Experiência na área de Direito Internacional e Europeu, atuando principalmente nas seguintes áreas: Direito Internacional com perspectiva latino-americana, Direito das Organizações Internacionais, Direito da União Europeia e Direito do Mercosul.

superar a falta de acesso dos indivíduos e da sociedade civil aos Tribunais do Mercosul. O referido mecanismo permite que os tribunais nacionais questionem o Tribunal Permanente de Revisão exclusivamente no que diz respeito à interpretação do direito do Mercosul. O mecanismo garante, portanto, um acesso indireto de indivíduos aos Tribunais do Mercosul. No entanto, ainda há um número muito baixo de opiniões consultivas solicitadas ao TPR que se deve, entre outros fatores, à falta de conhecimento da legislação do Mercosul e de seus mecanismos por parte de advogados e juizes nacionais. Este desafio é combinado com uma limitação normativa, ou seja, o duplo caráter não vinculativo das opiniões consultivas, contribuindo assim para a incerteza jurídica. Algumas alternativas foram previstas, em particular a partir da criação de um tribunal permanente para o Mercosul.

#### **Palavras-chave**

Mercosul; Solução de controvérsias; Tribunal Permanente de Revisão; indivíduos; opiniões consultivas.

### 1. Introduction

Since its inception, Mercosur has opted for a non-coercive and diplomatic dispute settlement system. The 1991 Treaty of Asunción that established Mercosur predicted, in Annex III, a dispute settlement system. This Treaty did not predict the creation of a regional court for Mercosur. Disputes should have been solved, in the first place, by direct negotiations between interested states. As a result of negotiations, the absence of an agreement gave place to a consensus-based recommendation of the Common Market Group (CMG), the Mercosur executive body. Should State Parties not reach a common solution, the procedure continued with the concurring opinion of the Common Market Council (CMC, the highest level body of Mercosur), also by consensus.

The *Protocol of Brasília* filled in the blanks of the procedure as initially foreseen in *Asunción*. In effect, the preamble reinforces its transitory character, showing the importance of an effective instrument to ensure compliance with the *Treaty of Asunción*. The *Protocol of Brasília* for the settlement of disputes establishes a two-step process, with a political step that is binding before the arbitral phase could be activated.

The 1994 adoption of the Protocol of Ouro Preto, an addition to the Treaty of Asunción, confirmed the validity of the Protocol of Brasília. Indeed, Chapter VI of the Protocol of Ouro Preto on dispute settlement determines that conflicts will be submitted to proceedings established in the Protocol of Brasília. In 2002, the Protocol of Olivos (PO) was adopted and replaced the former Protocol of Brasília, entering into force on 1 January 2004. Among the most important innovations of the PO is the Permanent Review Court (PRC), established on 13 August 2004, and headquartered in Asunción.

Responsible for controlling the interpretation and application of Mercosur law, the PRC has been lauded as the major innovation of the PO. The Court consists of an *ultima ratio* jurisdiction, capable of confirming, modifying, or revoking the legal bases and decisions of the *ad hoc* Arbitral Tribunal. It can even pronounce itself, in the first instance, if the parties are willing. The arbitral awards are binding for the states involved in the disputes, and have to be properly executed. The PRC is also able to give advisory opinions on any legal question that involves the interpretation of *Mercosur's* primary and secondary law.

Unfortunately, the Protocol has not led to a permanent jurisdictional body capable of ensuring legal security to Mercosur since State Parties still oscillate between institutionalization based on the European model and the maintenance of an arbitral system for the settlement of disputes. The creation of a court with clear supranational characteristics implies considerable costs that State Parties have not been willing to bear. This lack of a jurisdictional body with all its related consequences implies serious challenges capable of compromising the legitimacy of the Mercosur dispute settlement system.

## 2. The Lack of Direct Access of Individuals to Mercosur Tribunals

The Mercosur dispute settlement mechanism does not permit private parties, natural persons, or legal persons to submit their claims against State Parties for arbitration. There is a specific procedure to accommodate private parties' claims established through the intervention of the CMG. These claims can be related to the adoption or application by a state party of legal or administrative measures of a restrictive or discriminatory nature or those leading to unfair competition in violation of Mercosur treaties and secondary norms (Article 39)

Private persons must initially submit their claims to the National Chapter of the CMG where they are domiciled or have registered their usual place of business (Article 40). In a case where the National Chapter endorses the claim after consultation with the affected individual, that National Section may enter into negotiations with the National Chapter of the State Party charged with the violation. If consultations end without reaching a solution, the National Chapter may submit the claim directly to the CMG (Article 41).

It is possible that the CMG decide that the requirements to hear the case have not been met and then rejects the claim (Article 42.1). In case the claim is not rejected, the Group shall convene a group of experts to issue an opinion on its admissibility (Article 42.2). If the Group of Experts confirms that the claim against a state party is admissible, any other state party may request the adoption of corrective measures or the annulment of the challenged provision. If the request is not complied with within fifteen days, the claiming state party may resort directly to the arbitral proceedings (Article 44.1).

This procedure established by the PO to entertain private parties' claim has only been applied once in the case concerning *Discriminatory and restrictive measures on trade of tobacco and tobacco products* against Brazil<sup>1</sup>. The dispute originated from an application filed by a domiciled Uruguayan company, *Compañía Industrial de Tabacos Monte Paz SA*, before the National Chapter of the CMG in Uruguay. The complaint was judged admissible by the Mercosur Group of Experts. Considering that Brazil failed to comply with it within the prescribed period of time, Uruguay resorted directly to the arbitral proceedings and requested the installation of an Ad Hoc Tribunal.

---

<sup>1</sup> Ad Hoc Tribunal, *Discriminatory and restrictive measures on trade of tobacco and tobacco products, Uruguay v. Brazil*, Arbitral Award of 5 August 2005.

Clearly, the overall system to entertain private-party claims depends upon political decisions of those State Parties directly concerned. The decision of the CMG not to reject the claim requires the unanimous consensus of State Parties, including that of the state allegedly responsible for the violation. According to ex-arbitrator Vinuesa (R. E.), 'at the very end of the entire process, interested Member States will have the same remedy that they already have if they had decided to submit the claim as a dispute among state parties'<sup>2</sup>.

In general, individuals do not have direct access to Mercosur tribunals: the possibility of claiming their rights before sub-regional tribunals remains in the hands of their respective State Party. Instead, claims can be pursued by individuals concerned through proceedings before national courts. National courts shall apply Mercosur law and may recur to the PRC in case of doubt via the mechanism of advisory opinions, which is similar to the EU preliminary rulings<sup>3</sup>. As a consequence, civil society organizations can only obtain access to Mercosur tribunals via advisory opinions. The PO does not provide for *amicus curiae* briefs.

The Project on the creation of a permanent Court of Justice for Mercosur emphasises the access of individuals to national courts in case of a breach of Mercosur law<sup>4</sup>, as well as the possibility to initiate an infringement proceeding against a State Party for failure to fulfil its obligations via the Mercosur dispute settlement mechanism<sup>5</sup>. According to the project, individuals may not only lodge a complaint with the Mercosur Secretariat (similarly to the EU Commission) against a State Party for any measure or practice which is considered incompatible with a provision or principle of Mercosur law, but also decide to bring the case before the Mercosur Court of Justice<sup>6</sup>.

### 3. An Indirect Access of individuals *via* the advisory opinions' mechanism

The mechanism of advisory opinions enables national courts to question the PRC exclusively with regards to the interpretation of Mercosur law. It guarantees an indirect access of individuals to Mercosur Tribunals. Indeed, individuals may vindicate their rights derived from Mercosur law before national courts, which may be required to address an interpretation request to the PRC. Contrary to the EU reference for preliminary ruling whereby the mechanism occurs 'from one judge to another', Mercosur expands the active legitimacy of those capable of requesting consultative opinions. State Parties acting together along with decision-making bodies and the Parliament are all empowered to request a consultative opinion on any legal question arising from Mercosur law to the PRC<sup>7</sup>. However, consultative opinions requested by national judges via their Supreme Courts may only concern the interpretation of a

<sup>2</sup> R. E. VINUESA, 'Enforcement of Mercosur Arbitration Awards Within the Domestic Legal Orders of Member States', *Texas International Law Journal*, vol. 40 (2005), 429.

<sup>3</sup> For further details regarding the mechanism of advisory opinions, see Section 2, Subsection 2.2, Title 2.2.2.

<sup>4</sup> See Article 32 of the Project: 'Natural and legal persons shall have the right to appear before the competent national courts, in accordance with domestic law, when a State Party fails to comply with MERCOSUR law in cases where their rights are affected by the referred breach'.

<sup>5</sup> One option precludes the other in order to avoid forum shopping. See Art. 27.2 of the Project: 'The action brought under the terms of the preceding paragraph, excludes the possibility of appealing simultaneously to the proceeding mentioned in Article 32, for the same reason (...)'.  
<sup>6</sup> Complainants have to demonstrate that they are directly concerned by the infringement (Art. 27.1 of the Project).

<sup>7</sup> Article 2 and 3 of the Regulation of the PO.

Mercosur norm<sup>8</sup>. Moreover, first instance national judges are not permitted to directly access the PRC; their request must be submitted to the respective Supreme Courts.

The importance of this mechanism is well known, as is the preliminary ruling in the European Union. Its objective is to guarantee uniform application of Mercosur law throughout the organization by promoting active cooperation between the national courts and the PRC. This objective is hardly achievable since the PRC's reply does not bind the national court to which it is addressed<sup>9</sup>. The Court's opinion likewise does not legally bind any other national courts before which the same problem is raised. The double non-binding character implies that national courts, even those acting as a final resort, are not obliged to exercise the advisory opinion mechanism, nor bound to apply the interpretation rendered by the Court. The national court therefore remains competent for the original case and may decide whether or not to apply the PRC's advisory opinion.

More details on the submission of advisory opinions can be found in Mercosur secondary norms<sup>10</sup>. Although there is a *rapporteur*, it is possible that the arbitrators specify the grounds for their dissenting votes. This was highly criticised since the advisory opinion must ensure uniformity of Mercosur law instead of underlining the dissenting opinions of its arbitrators. Another source of criticism concerns the costs of issuing advisory opinions, which are due to the State Party from where the demand for clarification originated<sup>11</sup>. Considering that these opinions will be beneficial for all State Parties since they promote uniform application of Mercosur law, such a requirement may discourage national courts from recurring to the PRC. Therefore, advisory opinions proceedings before the PRC should be free of charge.

According to the Regulation of the PO adopted in 2003, the procedure to request advisory opinions to the PRC shall be regulated by the High Courts of Justice of the Mercosur States Parties (Article 4). Four years after, the Common Market Council adopted decision N<sup>o</sup> 02/07, regulating the referred mechanism. From that moment on, it was up to national Supreme Courts to specify the formal requirement to be complied with by first instance national judges intending to submit advisory opinions. It took a while until all national courts were finally able to apply this mechanism. Uruguay was the very first State Party to adopt rules authorizing the national request of advisory opinions (2007), followed by Argentina and Paraguay one year later (2008). Brazil was by far the last State Party allowing its nationals to indirectly clarify a question on the interpretation of Mercosur law (2012)<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> Article 4 of the Regulation of the PO.

<sup>9</sup> See Article 11 of the Regulation of the PO: It seems that Mercosur State Parties have opted for this nonbinding character in order to avoid the risk of judicial law-making by Mercosur tribunals, taking into account the experience of the ECJ in the 60s.

<sup>10</sup> See Article 4 of the Regulation of the PO for the formal requirements in order to submit an advisory opinion to the PRC. See also Decision CMC N<sup>o</sup> 37/03, approving the Regulation of the PO for the Settlement of Disputes in Mercosur; Decision CMC N<sup>o</sup> 02/07, regulating the procedure of requesting an advisory opinion from the Permanent Review Court by the High Courts of Mercosur State Parties; Decision CMC N<sup>o</sup> 15/10, amending the time limit for issuing advisory opinions.

<sup>11</sup> Article 11, Decision CMC N<sup>o</sup> 02/07, regulates the procedure of requesting an advisory opinion from the PRC by the High Courts of Mercosur State Parties. PRC arbitrators, however, are only paid per proceeding and the amount established for rendering an advisory opinion consists of US\$ 2,000, *rapporteur*, and US\$ 1,000 per arbitrator (a total of 4 arbitrators excluding the *rapporteur*). See Section 2, Subsection 2.1, Title 2.1.1.

<sup>12</sup> For a comparative analysis of national regulations authorizing the submission of advisory opinions to the PRC by national courts, see Appendix 7. See also Uruguay, Circular 86/2007 of the Supreme

However, national regulations on the matter differ as to the scope of the request to be submitted to the PRC, as can be seen below:

Rules of procedure of Mercosur State Parties concerning the request of advisory opinions to the PRC					
Author	Regulation	Active Legitimacy	Scope of Request	Requirements	Requesting Court
CMC	Decision N° 02/07	National judges; State Parties acting together, along with decision-making bodies and the Parliament	Interpretation (national judges); Any legal question arising from Mercosur law (other Mercosur bodies)	Formal: Written request containing the statement of the facts and the object of the request; the description of the reasons that motivate the request; a precise indication of the Mercosur rules in question. The request may be followed by considerations made by the parties in dispute, if there are any, and by the <i>Ministerio Público</i> on the object of the request, and any document that may contribute to the statement. The PRC may request the national court clarifications and documents that it finds necessary for the exercise of its jurisdiction. The advisory opinions shall necessarily be linked to ongoing lawsuits in the judiciary or contentious-administrative judicial bodies from the applicant State Party. Admissibility: the request shall originate from one of the superior courts designated by State Parties; the request shall comply with the referred formal requirements; and the matter shall not concern an object of ongoing procedure being settled on the same issue.	Argentina: Supreme Court of Justice of the Nation; Brazil: Federal Supreme Court; Paraguay: Supreme Court of Justice; Uruguay: Supreme Court of Justice and the Contentious Administrative Court
Argentina	Acordada N° 13/08	All judges of the Republic, at the request of the party or ex-officio. The judges will forward the case to the high court so that it refers back to the requesting court.	Interpretation	Written request containing: precise determination of the respective mechanism; mention of the trial or court in which the lawsuit is ongoing; description of the request's object; clear and accurate report of all relevant circumstances of the case related to the request; description of the grounds for the request; and a precise indication of the Mercosur rule which is the object of the request.	Supreme Court of Justice of the Nation
Brazil	Emenda Regimental N° 48/2012	The judge hearing the case or any of the parties	Interpretation	Written request containing: a statement of the facts and the object of the request; the description of the reasons that motivated the request, the precise norm that is the object of the request; and the indication of the national proceedings that originates the request.	Federal Supreme Court
Paraguay	Acordada N° 549/2008	Any body of the Judiciary.	Interpretation or validity	Formal: written request; formulation, in precise terms, of the question that originates the request of interpretation of Mercosur norms and the reasons therefor; concrete indication of the rules to be interpreted and detailed description of the facts involved; these followed by the documentation and records that may contribute to the elucidation of the question. Admissibility: the requested advisory opinion shall refer exclusively to the interpretation or legal validity of one or more of the legal instruments mentioned; it shall be linked with pending cases or cases already decided by the judiciary; it shall relate to one or more standards of the said instrument, and its interpretation or validity shall not be entirely clear; the object matter of the request can not have been the object of a previous advisory opinion.	Supreme Justice Court of Justice
Uruguay	Circular 86/2007	Any body of the Judiciary.	Interpretation or validity	Formal: written request; formulation, in precise terms, of the question that originates the request of legal interpretation of the Mercosur norms and the reasons therefor; concrete indication of the rules to be interpreted and description of the facts involved; Admissibility: the requested advisory opinion shall exclusively refer to the interpretation or legal validity of one or more of these legal instruments; it shall be linked with ongoing lawsuits before the national judiciary; it shall be related to a norm in need of interpretation or assessing the validity; the request subject matter can not have been the object of a previous advisory opinion.	Supreme Court of Justice and the Contentious Administrative Court

The Argentinean and Brazilian norms only authorise requests on the interpretation of Mercosur law, whereas Paraguay and Uruguay also permits demands on the validity of an act of Mercosur law<sup>13</sup>. It is clear that both Paraguayan and Uruguayan norms expand the scope of the request to an unforeseen extent expressly stated by the Regulation of the PO and subsequent norms. Yet, no request concerning the validity of Mercosur norms has ever been submitted to the PRC. This could provide the tribunal an opportunity to clarify applicable rules or lead to a modification of current norms by expanding the scope of request (interpretation and validity), similar to that of the EU system.

Concretely, the PRC has issued a total of three advisory opinions exclusively related to the interpretation of Mercosur law: one submitted by the Supreme Court of Paraguay and two by the Supreme Court of Uruguay<sup>14</sup>:

Court of Justice; Argentina, Acordada N° 13/08 of the Supreme Court of Justice of the Nation; Paraguay, Acordada N° 549/2008 of the Supreme Court of Justice; Brazil, Emenda Regimental N° 48/2012 of the Federal Supreme Court.

<sup>13</sup> See Table available on Appendix 7.

<sup>14</sup> Demand No. 01/2007, submitted by the Supreme Court of Paraguay; Demand No. 01/2008, submitted by the Supreme Court of Uruguay; Demand No. 01/2009, submitted by the Supreme Court of Uruguay.

Use of Precedents and Reference to other Treaties and Tribunals: Advisory Opinions						
Case	Arbitrators	External Precedents	Internal Precedents	Doctrine	Standards of Other Treaties or Courts	References to other Courts and Treaties
Advisory Opinion N° 1/2007	Nicolás Eduardo Becerra (president), Joao Grandino Rodas, Wilfredo Fernández de Brix, Ricardo Oliveria Garcia and José Antonio Moreno Ruffinelli Fifth arbitrator)	ECJ, <i>Costa v. ENEL</i> , 6/64 (pages 5, 16, 21); Court of Justice of the Andean Community, Process 34-A1-2001, 08/21/2002 (page 8); ECJ, <i>Krombach</i> , 7/98 (page 11); <i>Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen</i> , 26/62 (page 21, footnote)	PRC, Award N° 1/2005, 20/12/2005 (page 7); Ad Hoc Tribunal, Award N° 9, 04/04/2003 (page 11); Ad Hoc Tribunal, Arbitral Award issued on 04/28/1999 (page 14)	Santiago Bendava (page 2); Samantha Sanchez Miralles (page 3, foot note); Ricardo Vigil Toledo (page 3); Paolo Mengozzi (page 3); Ricardo Alonso Garcia (page 4,5); Walter Laune (page 4, 5); Luis Ignacio Sánchez (cited by Walter Kaune, page 5); Alejandro Daniel Perotti (pages 5, 6, 11); Paula All (page 8); Adriana Dreyzin de Klor (page 8); Pablo Rodriguez Grez (page 9); Milton Feuillade (page 10); Laura Dromi San Marino (page 15); Cecilia Fresnedo de Aguirre (page 19, 21, 23); Tomas Hutchinson (page 20); Julián Peña (page 20); Jorge Pérez Otermin (pages 20, 21); Héctor Gros Espiell (page 21); Erick Jaime (page 22); Diogo P. Fernández Arroyo (page 22, 23); Werner Goldschmidt (page 23, foot note), Domingo M. López Saavedra (page 23, foot note), Eduardo Tellechea Bergman (page 24), Ruben Santos (page 24), Antonio Boggiano (page 24); Charles Brocher (page 24, foot note); Berta Kaller de Orchansky (page 24, foot note), Carmelitti (page 25), Roubier (page 25), Vescovi (page 25), Hugo Alsina (page 26), Daniel Hugo Martins (page 26)	Art. 27, VCLT (page 19)	Andean Community, European Community (page 7); Panama and New York Convention (page 17); Court de Cassation, France (page 17); Haya (page 17); OAS Inter-American Convention on General Rules of Private International Law, Montevideo, 1979 (page 19, 22, 23, 24) Treaty of Rome (page 21)
Advisory Opinion N° 1/2008	Carlos María Correa, João Grandino Rodas, Roberto Ruiz Dias Labrano (president), Roberto Puceiro Ripoll, e Jorge Luiz Fontoura Nogueira (fifth arbitrator)	X	Ad Hoc Tribunal, 04/28/1999, 1st Award (page 6); Ad Hoc Tribunal, 05/21/2002, 8th Award (pages 9, 11)	X	Art. 26 and 27, VCLT (page 2)	Aladi (page 11); WTO (page 11)
Advisory Opinion N° 1/2009	Carlos María Correa, João Grandino Rodas, Roberto Ruiz Dias Labrano (president), Roberto Puceiro Ripoll, and Jorge Luiz Fontoura Nogueira	X	X	X	Art. 26 and 27, VCLT (page 2)	X

Similar to the EU, several important principles of Mercosur law have been laid down by advisory opinions. The first advisory transposed the EU principles of primacy and direct effect to the Mercosur legal order, whereas the second and third advisory opinions were far less ambitious<sup>15</sup>. The national tribunals which made the request of advisory opinions, however, did not accurately follow the interpretation issued by the PRC. In the Paraguayan situation, the national requesting judge ended up reaching a similar solution to the case, even when applying a distinct reasoning from that of the PRC<sup>16</sup>. In the second and third advisory opinions originating from Uruguay, the national requesting judges followed the exact opposite path and thus, did not comply with the PRC's opinion<sup>17</sup>.

These are not the sole advisory opinions ever to be solicited to the PRC. Indeed, the tribunal has recently terminated two official requests submitted by Argentinean tribunals via resolutions N° 01/2014<sup>18</sup> and 02/2014<sup>19</sup>. The PRC had duly received both

<sup>15</sup> See Section 2, Subsection 2.2, Title 2.2.2 for a summary of the reasoning of the arbitrators applied by the first advisory opinion. For more details, see C. ESPOSITO; L. DONADIO, 'Inter-jurisdictional Co-operation in the MERCOSUR: The First Request for an Advisory Opinion of the MERCOSUR's Permanent Review Tribunal by Argentina's Supreme Court of Justice', *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 10 (2011), p. 261–84.

<sup>16</sup> Interview with Alejandro Perotti dated 12 July 2014 and 10 May 2015.

<sup>17</sup> Interview with Alejandro Perotti dated 12 July 2014 and 10 May 2015. The Uruguayan Supreme Court considered that domestic law had the same hierarchy as international treaties and prevailed over the Asunción Treaty. Interview with Magdalena Bas, professor from the Universidad de la Republica. Montevideo. dated 15 August 2014. For more details on the referred cases. see M. B. VILIZIO. *Solución de Controversias en el MERCOSUR: Análisis de resultados 2004-2011 desde la perspectiva jurídico-política*, (Montevideo: ed. CSIC: UdelAR: Universidad de la República, 2013), p. 34-6.

<sup>18</sup> PRC Presidency, Resolution N° 01/2014, adopted in the auspices of the advisory opinion N° 01/2014 requested by the Argentinean Supreme Court of Justice on the case concerning 'Dow Química Argentina S.A. c/ E.N. –DGA.– (SANLO) Resol. 583/10 y otros s/ Dirección General de Aduanas'.

requests and had already initiated the proceedings when the requesting party took the decision to withdraw its demand for an advisory opinion. The withdrawal decision was then communicated to the PRC less than a month following the initiation of the proceedings. As a consequence, the Tribunal classified both requests on 27/03/2014 and 12/08/2014, respectively. The PRC's decision to classify the cases was very much criticised since it was not up to the parties to the main proceedings to decide whether to refer a question to the tribunal. If the decision to refer the question lies in the national tribunal alone, the same logic should be applicable to withdrawal decisions. Once the national tribunal, via its Supreme Court, has submitted the request of advisory opinion to the PRC, the parties no longer have control over the procedure at the sub-regional level<sup>20</sup>. In several other cases originated from the Argentinean Supreme Courts, the parties withdrew the request of advisory opinions or abandoned the original case before the national tribunals<sup>21</sup>. Most of them dealt with intra-zone export duties<sup>22</sup>.

This very low number of advisory opinions may be due to four main challenges within Mercosur: firstly, the 'double' non-binding character of advisory opinions; secondly, the delay in regulating the submission mechanism by national courts, as previously indicated<sup>23</sup>; thirdly, the lack of incorporation of Mercosur law in State Parties so that individuals and legal persons can extract a subjective right based on Mercosur; and finally the lack of knowledge of Mercosur law and its mechanisms by lawyers and national judges<sup>24</sup>.

#### 4. Conclusion

The Mercosur dispute settlement system possesses several limitations, which are linked to its transitory aspect: the absence of obligatory submission to Mercosur courts, since Article 1 from the *Protocol of Ouro Preto* allows the activation of Dispute Settlement Body (DSB) of the WTO; the *inter partes* effect of the arbitral award, endangering the uniform application of Mercosur law; the limited access of individuals who are only able to present their demands via the National Section of the Common Market Group of the member state in question; the absence of an autonomous coercive power capable of enforcing arbitral awards; the 'double' non-binding character of the advisory opinion.

---

<sup>19</sup> PRC Presidency, Resolution N° 02/2014, adopted in the auspices of the advisory opinion N° 02/2014 requested by the Argentinean Supreme Court of Justice on the case concerning 'S.A. LA HISPANO ARGENTINA CURTIEMBRE Y CHAROLERIA C/ E.N. -DGA.- (SANLO) s/ Dirección General de Aduanas'.

<sup>20</sup> Interview with Alejandro Perotti dated 12 July 2014 and 10 May 2015.

<sup>21</sup> A. Perotti, 'La judicatura argentina y las opiniones consultivas: el 'largo' camino a Asunción' (Buenos Aires: CARI, 11 November 2014).

<sup>22</sup> For further details concerning the Argentinean cases, see M. P. PINON, 'Una Mirada al Mercosur desde la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Comentario al fallo Bio Sidus', *Revista de Doctrina Judicial*, N° 35 (Buenos Aires: ed. La Ley, 28 August 2013), p. 17-21 and 21-7, available on: <http://grupodeintegracion.blogspot.com.br/2013/09/una-mirada-al-mercosur-desde-la-corte.html>.

<sup>23</sup> The non-adoption of internal regulations authorizing the submission of advisory opinions does not preclude a tribunal from requesting it to the PRC. Indeed, the Paraguayan Supreme Court submitted a request even before the adoption of the respective domestic regulation. See PINON, Mariana Peña de, 'Una Mirada al Mercosur', p. 23.

<sup>24</sup> The universities of some Mercosur State Parties, particularly in Brazil, do not offer specialised courses in Mercosur law. And also the teaching at the law faculties, at least in Brazil, remains too much focused on domestic law.

Indeed, the interaction with national courts as part of the judicial decision-making process, motivated by an individual request, does not seem effective. The 'double' non-binding character of the advisory opinion may endanger the uniform application of Mercosur in State Parties. The possibility to engage in a constructive dialogue with Mercosur tribunals is thus dependent upon the discretion of national courts.

Taking all these challenges into consideration, some initiatives have been adopted recently in order to enhance normative and democratic legitimacy, paving the way to the creation of a permanent court for Mercosur. In its first report of 2004, the Mercosur Secretariat already pointed to the risks of not having a true court capable of controlling the application of Mercosur law by State Parties and of ensuring its uniformity. Numerous reform initiatives were adopted by member state supreme courts (Mercosur supreme court meetings), as well as Mercosur institutional organs, including the Mercosur Parliament. They both consist of adopting a binding mechanism based on the creation of a permanent court for Mercosur. The Parliament pronounced on 13 December 2010, transmitting the Project of Norm N<sup>o</sup> 02/10 to the approval of the Common Market Council.<sup>25</sup> In the case of the latter adopting the project, it should be submitted for ratification by national authorities before entering into force.

The proposal by Mercosur parliamentarians is based primarily on the experience of the European Court of Justice, as well as that of the Andean Community and the Central American Integration System.<sup>26</sup> Homologous with European courts, the Mercosur Court of Justice would be provided with competencies to receive actions for annulment, the exception of illegality, actions for failure to act, and actions for failure to fulfil obligations. Preliminary rulings would also be among the competencies of the Court, replacing the optional mechanism of advisory opinions. However, the question remains whether the creation of such a Court will materialise, despite the reluctance of Mercosur State Parties.

The referred Project also envisages the exclusivity of the Court's jurisdiction in all matters relating to Mercosur law, explicitly excluding the possibility for States Parties to access other dispute settlement systems to which they are individually a party (Ar 47(1) of the Project of Norm on the Creation of a Permanent Court of Justice for Mercosur (Project No 02/10)). It also emphasizes the access of individuals to national courts in case of a breach of Mercosur law; and allows for an individual to initiate an infringement proceeding against a State Party due to failure to fulfil its obligations via the Mercosur dispute settlement mechanism. According to the project, individuals may not only lodge a complaint with the Mercosur Secretariat (similar to the EU Commission) against a State Party for any measure or practice which is considered incompatible with a provision or principle of Mercosur law, but also decide to bring the case before the Mercosur Court of Justice.

---

<sup>25</sup> The project was submitted to Mercosur's Parliament on 30 April 2009 and presented by Mercosur's parliamentarian Rodriguez Saa, from Argentina, and Salum Pires, from Paraguay.

<sup>26</sup> The comparison with other integration organizations and not with the WTO DSB is based on the fact that Mercosur is not only about free trade, but also deals with a variety of other topics, such as democracy, human rights, environment, infrastructure, transport, migration, etc. The legal instruments and the sub-regional bodies forming part of the structure created by the founding treaties should be in accordance with the objectives followed by the organization.

In 24 April 2017, at the XLVI Session, the Mercosur Parliament discussed Project No 02/10. As a result, in 26 June 2017, the Parliament issued a recommendation (MERCOSUR/PM/SO/REC No 07/2017) for the CMC to resume analysis, consideration and approval of the Project.

The absence of a jurisdictional solution cannot assure the necessary legal security of the Mercosur dispute settlement system.<sup>27</sup> Indeed, State Parties face constant tension between the need to solve conflicts, on the one hand, and the refusal to submit to coercive modalities of dispute settlement, on the other. They prefer diplomatic procedures, combined with arbitration to solve conflicts derived from Mercosur laws, without interference from an external authority. However, a permanent and independent Court for Mercosur would be the result of a coherent approach in which the legal instrument should result from objectives followed by international organizations. If the objective of State Parties limited itself to the creation of a simple common market in Mercosur, it would be sufficient to obtain reciprocal compromises through a mere treaty of commerce.

## Bibliography

### I. Books and PhD thesis

ALMEIDA, P. R., **Le Mercosud. Un Marché commun pour l'Amérique du Sud** (Paris: ed. L'Harmattan, 2000), 158 p.

ALMEIDA, J. G. A., **Dez anos de Mercosul** (Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris), 2005, 624 p.

ALMEIDA, P. R., **Mercosul: Fundamentos e Perspectivas** (São Paulo: ed. LTr), 1998, 159 p.

ASSIS DE ALMEIDA, J. G., **Mercosul - Manual de Direito da Integração** (Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2001), 215 p.

BAPTISTA, L. O., **O Mercosul, suas instituições e Ordenamento jurídico** (São Paulo: ed. LTr, 1998), 272 p.

BAS, M., **Solución de controversias en el Mercosur. Análisis de resultados 2004-2011 desde una perspectiva jurídico-política** (Montevideo: Biblioteca Plural, Comisión Sectorial de Investigación Científica, Universidad de la República, 2013).

CANCADO TRINDADE, O. A. D., **O Mercosul no direito brasileiro, incorporação de normas e segurança jurídica** (Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2006), 178 p.

CASELLA, P. B., **Mercosul: exigências e perspectivas de integração e consolidação de espaço econômico integrado** (São Paulo: ed. LTr, 1996), 805 p.

DABENE, O., **The Politics of Regional Integration in Latin America, Theoretical and Comparative Explorations** (New York: ed. Palgrave Macmillan, 2009), 259 p.

DRUMMOND, M. C. 'A democracia desconstruída. O déficit democrático nas relações internacionais e os parlamentos da integração', PhD thesis, University of Brasilia (2005), 343 p.

---

<sup>27</sup> WOJCIKIEWICZ ALMEIDA, P., **La difficile incorporation et mise en œuvre des normes du Mercosur. Aspects Généraux et exemple du Brésil** (Paris: LGDJ, 2013), p. 168-69.

EKMEKDJIAN, M. A., **Introducción al derecho comunitario latinoamericano, con especial referencia al Mercosur** (Buenos Aires: ed. Depalma, 1994), 551 p.

KLOR, A. D., PIMENTEL, L. O., KEGEL, P. L., BARRAL, W., **Solução de controvérsias OMC, União Européia e Mercosul** (Rio de Janeiro: ed. Konrad-Adenauer, 2004), 240 p.

MEDEIROS, M., **La genèse du Mercosud: dynamisme interne, influence de l'UE et insertion internationale** (Paris : ed. L'Harmattan, 2000), 500 p.

PEREIRA, A. C. P., **Direito Institucional e Material do Mercosul** (Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2nd ed., 2005), 242 p.

PEROTTL, A., **Tribunal permanente de revisión y Estado de derecho en el Mercosur** (Madrid/Barcelona/Buenos Aires: ed. Marcial Pons/Fundacion Konrad Adenauer, 2008), 267 p.

SUSANI, N., 'Le système de règlement des différends au Mercosur', PhD thesis, University of Paris-Nanterre, 2005, 864 p.

VENTURA, D., **Les asymétries entre le Mercosur et l'Union européenne – Les enjeux d'une association interrégionale** (Paris : ed. L'Harmattan, 2003), 501 p.

VILIZZIO, M. B., **Solución de Controversias en el MERCOSUR: Análisis de resultados 2004-2011 desde la perspectiva jurídico-política** (Montevideo: ed. CSIC: Universidad de la República, 2013), 64 p.

WOJCIKIEWICZ ALMEIDA, P., **La difficile incorporation et mise en œuvre des normes du Mercosur. Aspects Généraux et exemple du Brésil** (Paris : LGDJ, 2013), 446 p.

WOJCIKIEWICZ ALMEIDA, P., **Mercosul: desafios para a implementação do direito e exemplos do Brasil** (Curitiba: Ed. Juruá, 2014), 536 p.

## II. Chapters in Edited Books and Journal Articles

AREVALOS, E. F., 'Opiniones Consultivas, Medidas Provisionales y medidas excepcionales y de urgencia', in **Câmara dos Deputados, Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul (eds.), Solução de controvérsias no Mercosul** (Brasília: ed. Ministério das Relações Exteriores, Divisão do Mercado Comum do Sul, 2003), p. 51-70.

ARROYO, D. F., 'La respuesta del Tribunal permanente del Mercosur a la primera 'consulta interpretativa': escoba nueva siempre barre más o menos', **Revista Jurisprudencia Argentina**, 3, 1, 2007, 3-15.

BAPTISTA, L. O., GOMES, M. J., 'Le règlement des différends dans le Mercosur', **Revue de droit des affaires internationales**, N° 2, 2000, 197-200.

\_\_\_\_\_, 'Mercosur: décision du premier tribunal arbitral', **Revue de droit des affaires internationales**, N° 3, 2000, 353-357.

BAPTISTA, L. O., 'Análise da funcionalidade do sistema de solução de disputas do Mercosul', in **Câmara dos Deputados, Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul (eds.), Solução de controvérsias no Mercosul** (Brasília: ed. Ministério das Relações Exteriores, Divisão do Mercado Comum do Sul, 2003), p. 101-113.

BARRAL, W., 'As inovações processuais do Protocolo de Olivos', in **Câmara dos Deputados, Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul (eds.), Solução de controvérsias no Mercosul** (Brasília: ed. Ministério das Relações Exteriores, Divisão do Mercado Comum do Sul, 2003), p. 233-246.

BOLDORINI, M. C., 'Protocolo de Olivos – innovaciones en el sistema de solución de controversias del Mercosur', in Câmara dos Deputados, Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul (eds.), **Solução de controvérsias no Mercosul** (Brasília: ed. Ministério das Relações Exteriores, Divisão do Mercado Comum do Sul, 2003), p. 114-149.

CARVALHO DE VASCONCELOS, R., MAIA TAVARES, S., 'La competencia consultiva del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur: legitimación y objeto', **Revista del Tribunal Permanente de Revisión**, vol. Nº 4, 2014, 117-134.

ESPOSITO, C.; DONADIO, L., 'Inter-jurisdictional Co-operation in the MERCOSUR: The First Request for an Advisory Opinion of the MERCOSUR's Permanent Review Tribunal by Argentina's Supreme Court of Justice', **The Law and Practice of International Courts and Tribunals**, vol. Nº 10, 2011, 261-84.

ESTOUP, L. A., 'Solution des controverses e Société. L'originalité du Tribunal permanent de révision du Mercosur', **Droit et société**, Nº 59, 2005, 65-81.

GATTINONI DE MUJIA, M., LÓPEZ LECUBE, A. F., PEROTTI, A. D., 'El efecto directo de las normas Mercosur y el asunto Van Gend & Loos', **Revista de derecho del Mercosur**, Nº 4, 2002, 69-88.

KLOR, A. D., 'La primera opinión consultiva en Mercosur germen de la cuestión prejudicial?', **Revista española de derecho europeo**, Nº 23, 2007, 437-61.

KLOR, A. D., HARRINGTON, C., 'Las opiniones consultivas en Mercosur: el debut del mecanismo jurídico', **Revista de derecho privado y comunitario**, Nº 2, 2007, 551-607.

MECHAM, M., 'Mercosur: a failing development projet?', **International Affairs**, vol. 79, issue 2, 2003, 369-86.

PEROTTI, A. D., 'Estructura institucional y derecho en el Mercosur', in ESTOUP, L. A., (ed.), **Revista de Derecho Internacional y del Mercosur**, Nº 1 (Buenos Aires: La Ley, Sintese, 2002), p. 63-137.

\_\_\_\_\_, 'Elementos básicos para la constitución de un Tribunal de Justicia del Mercosur', **Temas del Cono Sur**, Nº 58 (Buenos Aires: Mercosurabc, 2009), p. 9-22.

\_\_\_\_\_, 'Tribunal permanente de revisión del Mercosur: situación institucional y opiniones consultivas', **Temas del Cono Sur**, Nº 58 (Buenos Aires: Mercosurabc, 2009), p. 5-17.

\_\_\_\_\_, 'Elementos básicos para la constitución de un Tribunal de Justicia del Mercosur', in Caetano, G. (ed.), **La reforma institucional del Mercosur. Del diagnóstico a las propuestas** (Montevideo: CEFIR – Ediciones Trilce, 2009), p. 199-220.

\_\_\_\_\_, 'La obligatoriedad de las opiniones consultivas emitidas por el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur', in Juan Patricio Cotter (ed.), **Estudios de Derecho aduanero. Homenaje a los 30**

**años del Código Aduanero** (Buenos Aires: ed. Abeledo-Perrot, 2011), p. 453-84.

\_\_\_\_\_, 'La judicatura argentina y las opiniones consultivas: el 'largo' camino a Asunción' (Buenos Aires: CARI, 2014).

PINON, M. P., 'Una Mirada al Mercosur desde la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Comentario al fallo Bio Sidus', **Revista de Doctrina Judicial**, Nº 35, 2013, 17-21 and 21-7.

PORTINHO, L. C., 'A Aplicação das normas do Mercosul pelo juiz nacional', in ESTOUP, L. A., (ed.), **Revista de Derecho Internacional y del Mercosur**, Nº 3 (Buenos Aires: La Ley, Sintese, 2000), p. 59-63.

SCHNEIDER, F. B., 'O acesso à jurisdição no Mercosul', in ESTOUP, L. A., (ed.), **Revista de Derecho Internacional y del Mercosur**, N° 4 (Buenos Aires: La Ley, Sintese, 2000), p. 128-32.

SIMÓN, L.M., SALVO, N., 'El rol del juez nacional en los procesos de integración', in LEWANDOWSKI, E. R. (ed.), **Direito Comunitario e Jurisdição supranacional, o papel do juiz no processo de integração regional** (São Paulo: ed. Juarez de Oliveira, 2000), p. 167-78.

WHITELAW, J., 'The Mercosur dispute settlement system', **Inter-governmental trade dispute settlement** (London: Cameron May, 2004), p. 215-27.

WOJCIKIEWICZ ALMEIDA, P., 'L'influence de la Cour de Justice de l'Union européenne dans le projet constitutif d'une Cour de Justice pour le Mercosud', **Universitas: Relações Internacionais**, vol. 9, N° 1, 2011, 131-58.

\_\_\_\_\_, 'A execução do Direito da Integração do Mercosul: uma limitação da autonomia dos Estados-partes', **Revista Novos Estudos Jurídicos**, 2009, p. 155-67.

Submetido em: 21 nov. 2018. Aceito em: 30 dez. 2018.





# TOWARDS A REDEFINITION OF THE RIGHT TO WORK FOUNDATIONS: FROM “FREE WORK” TO SOLIDARITY DECOLONIAL WORK

*Isabele Banderia de Moraes D’Ángelo*  
*Boris Marañon Pimentel*

## **Abstract**

This article aims to criticize the theoretical elements which concerns the right to work, assuring that work has been wrongly misunderstood with salaried work or “free” work, as opposed to servile work which took place in Europe until the emergence of the industrial capitalism. Salaried work is only one of the historical forms of labor control and although it is not subject to extra-economic coercion, such as the servile labor, it daily experiences despotism and alienation in the capitalist labor organization. In face of such situation, this article proposes a resignification of the labor concept in order to incorporate other modalities with solidarity and horizontal features that have emerged in this historical period of expansion of structural unemployment, as well as the hegemony of finance capital.

## **Key words**

Labor law. Free-subordinate work. Solidary work. Coloniality of work. Decoloniality of work.

## **RUMO A UMA REDEFINIÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO AO TRABALHO:**

**do “trabalho livre” à solidariedade do trabalho decolonial.**

## **Resumo**

Este artigo tem como objetivo fazer uma crítica dos elementos teóricos que fundamentam o direito ao trabalho, argumentando que o trabalho foi indevidamente identificado com o trabalho assalariado ou trabalho “livre”, em oposição ao trabalho servil que existia na Europa até o surgimento do trabalho. capitalismo manufatureiro-industrial. O trabalho assalariado é apenas uma das formas históricas de controle do trabalho e, embora não esteja sujeito à coerção extra-econômica, como o trabalho servil, ele experimenta diariamente o despotismo e a alienação na organização capitalista do trabalho. Diante dessa situação, o artigo propõe uma resignificação do conceito de trabalho para incorporar outras modalidades solidárias e horizontais que emergiram nesse período histórico de expansão do desemprego estrutural e da hegemonia do capital financeiro.

- 
- Doutora e Mestra em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Professora Adjunta dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade de Pernambuco - UPE. Coordenadora Setorial de Extensão do Campus FCAP/PE. Foi Professora da Graduação e da Pós-Graduação lato sensu da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Membro da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho, do Instituto Ítalo-brasileiro de Direito do Trabalho e da Associação Luso Brasileira de Juristas do Trabalho. É líder do Grupo de Pesquisa Direito do Trabalho e os Dilemas da Sociedade Contemporânea. É membro do GPTEC - Grupo de Pesquisa Trabalho Escravo Contemporâneo.
  - Doctor en Estudios Latinoamericanos por la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAN. Maestro en Ciencias Sociales por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales de México. Economista por la Universidad Agraria La Molina de Perú. Actualmente es investigador en el Instituto de Investigaciones Económicas de la UNAM. A partir de 2008 coordina varios proyectos sobre organizaciones económicas solidarias en México, y desde 2011 coordina el Grupo de Trabajo del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (GT Clacso) “Economía solidaria y transformación social. Una perspectiva descolonial”, que aglutina a más de 15 investigadores de siete países de América Latina.

### Palavras-chave

Direito do trabalho. Trabalho livre/subordinado. Trabalho solidário. Colonialidade do trabalho. Descolonialidade do trabalho.

## 1 INTRODUCTION

What we have lived so far may be considered as a historical period marked, in general terms by the global crisis of the pattern of capitalist power which emerged in the sixteenth century, by imminent risk, in ecological aspects, of a mass destruction of the basic conditions that allow human life on Earth, and in the labor field due to the structural and irreversible crisis of salaried work; mainly due to the technological transformations of productive processes and the political capacity that capital has had, under the hegemony of the financial branch to impose its terms over the capital-labor relationship, deepening the substitution of live labor for dead labor and jeopardizing the labor rights. This is also a historical period of irreversible crisis of the Nation-State, increasingly losing its sovereignty before supranational powers and large transnational corporations; a Nation-State that is being increasingly privatized by an alliance hegemonized by finance capital, experiencing a gradual destruction of its capacity to generate citizenship and to sustain political and social rights, since, among other aspects, may be somewhat faced as processes of elimination of labor rights around waged work identified from Eurocentric foundations.

In such context, it is essential to consider a critique of the hegemonic conception of the right to work, since it is based on a Eurocentric vision that identifies and legitimizes salaried work as “work”, and makes other forms of collective work practically invisible mediated by salary and profit, while responding to non-instrumental rationalities, such as solid work and work for the reproduction of life in urban and rural sectors.

The article is divided in four sections. The first one views the supporting arguments of the hegemonic vision of the right to work. The second one, the criticism the hegemonic vision from the theory of the colonality of power. The third section raises the need to resignify work as a whole, considering other non-salary or vertical forms of labor, but based on reciprocity, collectivity and horizontality. Finally, some conclusions were taken.

## 2 THE VISION OF THE CLASSICAL THEORY OF LABOR LAWS: THE PREVALENCE OF FREE/ SUBORDINATED WORK AS THE FUNDAMENTAL ETHOS OF ITS THEORIES

The individual contract of work, the essential legal bond that joins the employer to the employees, constituted special contract for socialization of human life and is also responsible by the very definition of Labor Rights in the words of Maurício Godinho Delgado:

The Labor Rights is the juridical specialized branch of law, which regulates the type of relationship of a contemporary society. This study should begin with the presentation of its essential characteristics, allowing the analyst to immediately visualize his or her own outlines. (DELGADO, 2018, p.47).

Tomás Sala Franco: "The Labor Rights concerns mainly the work which meets the characteristics of being subordinated to another person" (RAMIREZ, ORTEGA E FRANCO, 2008, p.20). Or a theoretical hypothesis strengthened in a hegemonic way that is, at the same time, possible to identify the subordinate work as the essence of the Labor Rights, in spite of the existence, for a long time, of arguments that defend an expansion of the protective field and, consequently, it's the Labor Rights themselves. A dominant predominantly regrettably that follows a diametrically opposed line, as exemplified by Maurício Godinho Delgado:

Which is the central category of the Labor Rights without which this legal branch would not exist? Obviously, it is all about subordinate work that specifically establishes the labor relationship, constituting itself around the specific juridical relation or universe of institutions, principles and characteristic features to this specific juridical conditions.

Nevertheless, this ruling doctrine has failed to overcome its own contradictions. This lies exactly in establishing a counterpoint between labor-slave and labor-servile, and between these and another modality that is called free-subordinate labor, which emerged in modern, industrial, capitalist age. And the discussion continues: Labor (as free, but subordinate) is today the most important and frequent legal relationship between all the labor relations which has been formed by the capitalist society. This socioeconomic generality of work, however, can be considered as a relatively recent phenomenon in the periods prior to the nineteenth century, non-free labor prevailed, in the servile or formerly slave form. In that old and medieval framework of predominance of the slave or servile use of labor, there remained a small socioeconomic space for the hiring of the provision of free work. In such a context, the legal norms and concepts concerning such infrequent modalities for the use of free labor were also comparatively scarce (DELGADO, 2018, p. 290).

Not to overcome such dilemma is to consider this modality of work, at the same time and under the same circumstance, as free and subordinate forms of work, yet these two positions cannot be completed or merged, because they are absolutely exclusive. The classical doctrine has failed in establishing this difference (slave labor/servile labor and free/subordinate labor) - while concealed free labor before it existed. What really happened was that such model of capitalist society also needed to buy freely executed labor and submit it to the rigid dictates of the industries. Therefore, it received the Labor Law as its own private object.

Questions concerning the absence of freedom in such type of work had already been raised since the first half of the nineteenth century, proving to be a more sophisticated form of exploitation. The utopian socialists were the precursors to denounce the barbarities of such form of human exploitation. Followed, then, by the anarchist doctrine and the Marxism itself.

In the words of João Matias and Manuela Alves:

Economic and social processes were accelerated and profoundly affected by rapid technological changes. The development and streamlining of the means of transport and communication intensified the processes of globali-

zation (this one understood in its multifaceted condition). (MATIAS e ALVES, 2016, p. 233) (authors translation)

What, then, would free labor finally be classified, in a critical philosophical conception as opposed to liberal philosophy?

For Marx (Marx and Engels, 1953), for example, the slave could not sell his work to his possessor, just as the ox does not sell the product of his labor to the peasant, since it itself was the commodity that could be passed from one to another. In turn, the servant sells only part of his workforce. He does not receive wages from the owner of the land, but he is the owner of the land that receives the tribute from him. As for the "free work" designation, he claimed: The servant belongs to the earth and gives the owners fruits of the earth. The free laborer, by contrast, sells himself, piece by piece. He sells, as he runs from the hammer, hours of his daily life (8,10,12,15), to those who offered more, to the owners of raw materials, instruments of labor and means of subsistence, that is, to capitalists. The worker does not belong to an owner or to the land, but hours of daily life belonging to whoever buys them (8, 10, 12, 15). The laborer abandons the capitalist to whom he rents, as soon as he wants, and the capitalist dismisses him when he pleases, as long as he does not extract any more profit or obtain the desired results. But the worker, whose only recourse is the sale of his labor power, can not abandon the whole class of buyers, that is, the capitalist class, without renouncing life. What really happens is that the worker, in fact, belongs to the capitalist class, and it is up to him to find whoever he wants, in order to find a buyer in this bourgeois class (MARX and ENGELS, 1953, pp. 63-64).

Still in the mentioned work - Wage Work and Capital - in order to deglorify the ideology of free work, it established a comparison between wage labor and the silkworm. Under this point of view, behind the apparent neutrality, the traditional laborists deliberately assume one of the currents: the liberal thought of yesterday and today. Necessary, so to emphasize the obsolescence of subordinate work as object of Labor Rights. Such deconstruction privileges an ontological conception of human labor dissociated from labor suffering and also proposes to disqualify the pseudo-discourse centered on the idea of a free, and at the same time, subordinate work, as well as to bring a true look at the apparent balance between the contractors parties.

Without this hermeneutic agenda it would not be possible to present an alternative labor and income dissociated from the labor tradition received by the classic Labor Rights. Once it is clear that subordinate labor is no longer hegemonic in the world of capitalism, and there are infinite modalities or alternatives of labor and incomes that coexist with subproletarianization, and structural unemployment, it is necessary to deconstruct the ideology that glorified it and that gave it a characteristic that it could never have - that of free labor. Thus it will be possible to construct its ontological aspect and reject its merely mercantilist aspect.

### 3 CRITICISM OF THE HEGEMONIC WORK CONCEPTION

In this section, we present, on the one hand, a critique concerning the dominant sense of work from a democratic perspective and, for another, a decolonial critique of such concept.

### 3.1 WORK RELATIONS UNDER A DEMOCRATIC VIEW

In the previous title we tried to demonstrate, from a new hermeneutic agenda and other theoretical foundations, the obsolescence of hegemonic labor doctrines, for the fact that they still have the subordinate work as an object of this legal field. The refutation of this object is sustained by two basic principles: a) its current loss of reference, in terms of sociability and legal protection, while in the era of Full Employment and Industrial Society an important proportion of the economically active population was subject to this model of work.

Empirical and analytical evidence shows that, in the era of Structural Unemployment and capitalist society dominated by financial capital, the majority of the economically active population finds themselves: a) in marginality (called by others informality, performing degrading, precarious or clandestine work; or is unemployed b) the confluence of social and political thoughts as disparate as those elaborated by classical sociology - Marx, Weber, and Durkheim - in order to demonstrate that all of them have a critical view.

According to the researcher Charlise Gimenez:

In societies where the reactions of people and their actions are characterized, by his superficiality and by the constant change of acting, feeling, living and understanding in a social context, one can perceive, in the same proportion and in the same people the production of fears and uncertainties. (CHALISE ET ALI, 2017, p. 261) (authors translation)

From that time on, it was possible to refute the dilemma and the contradiction that forged the legal-labor theory, in the sense of trying to put the writing/servile work before the free /subordinate work, to make its apology and justify the very essence of the Labor Rights. The confrontation between slavish/servile and free/subordinate labor brought about by classical scholarly doctrine aimed at putting all forms of labor at the service of capitalist production.

At that moment, properly free labor became synonymous with vagrancy and provided for in criminal law as a crime. The concepts of organizational theory, no matter how elaborate they may be in their solutions to the excluded millions-parasubordination, employability, entrepreneurship, and flexicurity-are no less veiled ways of validating the barbarities that result from this exclusionary economic model (DANGELO, 2014).

This study goes far beyond criticizing the existing regime and begins to observe the Social Economy or Solidarity, as an adequate proposal adequate to redesign citizenship, through work, to extend the Protective Principles and the perfect framework of Labor Rights in the category of Fundamental Human Rights.

In the opinion of the sociologist Ricardo Antunes: "It seems to me, however, a great misconception to conceive of it as a real alternative to undermine the mechanisms of the productive unit of market logic, as capable of undermining the mechanisms of capitalist productive unity. As if, through the expansion of the solidarity economy, initially by the fringe of the system, the essence of the logic of the commodity production system and the valorization of capital could be substantially reversed or altered (ANTUNES, 2006, p.113).

Professor Eneida Melo Correia de Araújo (2003) in her book intitled "The Work Relations": "A democratic perspective, articulated the idea of a democratic management, based on the rights to education, art and culture. In her work, she sought to extend the canon of protection of labor right, referring specifically to art. 6th of the Federal Constitution which treats as the fundamental constitutional principle, the right to work, education and culture".

Thus, she launched her ideas on labor relations from a democratic perspective and pointed out variables perfectly framed in the context of the Social Economy or Solidarity. She also tried to demonstrate the oppressive nature of subordinate labor relations, as she pointed to "the possibility of a democratic transformation of business activity within that framework of the globalization of production relations" (ARAÚJO, 2003).

Concerning the participation of workers in the company's decisions, she referred to Carole Pateman's arguments, in order to highlight the need for their transformation, "regarding the traditional structure. Such a change must be directed precisely to the power of decision, which is concentrated in the person of the employer and his agents" (ARAÚJO, 2003, p.292). All this, in order to make possible, "in a more vigorous and gradual manner, a new company profile: democratic, participatory, capable of integrating workers into their economic, social and moral ends" (ARAÚJO, 2003, p.293).

Preventing the individual from using the products of his work, prohibiting access to the fundamental rights guaranteed by the Constitution, prevents the growth of the economy "and generates a legal order devoid of an ethical burden" (ARAÚJO, 2003, p.295).

Finally, another aspect that draws attention to the present study is Professor Eneida Melo's warning regarding the strengthening of trade unions and their enlargement. What Professor Everaldo Gaspar Lopes de Andrade and Professor Fernanda Lira call the horizontalization of the organized collective movement, to cover all work and income alternatives, as well as clandestine, marginalized and non-employable. Also include necessarily the workers belonging to the third sector - those of the solidarity economy. This is the only alternative for the restoration of the trade union movement and for it to retake the counter-hegemonic collective struggles of a universalist character.

The study deals specifically with this theme, since, until recently, the proposal of solidarity economy was seen with some prejudice and resistance on the part of traditional trade unionists, who only saw a union and unionism aimed at subordinate workers.

Gonçalo Guimarães (1999, p.11) - National Coordinator of the University Network of Technological Incubators of Popular Cooperatives - prefigures the work *Sindicalismo & Cooperativismo* - that one of the initial objectives of incubators is to organize, train and requalify workers to enable entry into the formal labor market - whether through self-managed or cooperative enterprises - in the face of the process of productive restructuring and privatization of public enterprises. In the same work, Luís Antônio Souza e Silva admits that it has always been a taboo in the trade union

movement to discuss cooperative and solidarity economy, because the unions have historically always been tailored in a certain line of action, that is, the employment of a signed contract. "But today this is not the reality and if the trade union movement is not attentive, it will continue working for a minority of people who, somehow, may be working with a formal contract - direct employees of a certain company" (1999, p. 128-129). These arguments penetrate and disarticulate the structures, the bases of the old labor doctrine, as it seeks to expand the field of incidence and protection of human labor, while claiming the new model of unionism.

When Professor Eneida Melo reports to a legal order that privileges public policies to rescue citizenship and is centered on an ethical load, it is in full agreement with the sociologist Alain Touraine:

[...] There is an undeniable weakening of democratic institutions. And the conclusion from this retreat is not negative: democracy can not be defined in purely institutional terms. The only force that the technical economic world of instrumental rationality and the world of meaning, culture and subjectivity can bring together is the will of each individual, each group, to build a project of life, to build their personal sovereignty. No longer, then, is an individual as an abstract universal: each individual, each group seeks to create their own personal life project. It is necessary to demand social policies that are positive aid policies for freedom and responsibility, not political ones. (TOURAINÉ, 2000, p. 39)

### 3.2 A DECOLONIAL CRITICISM TO WORK: A VISION RESTRICTED TO EMPLOYED WORK AND THAT HIDES OTHER HISTORICAL EXISTENT WAYS

In this section we present a synthesis of the geneology of how the dominant, colonial-modern, work concept was constituted, as salaried, homogenous, abstract and "free" work, a vision that has served as a reference to theoretically elaborate the dominant vision of labor law, based on wage labor. The analysis is based on the theory of the coloniality of power, elaborated by the Peruvian sociologist Aníbal Quijano, which proposes a rereading of Latin American history from the category "race" as a world criterion of hierarchical social classification from the beginning of the century. XVI, when modernity, coloniality and capitalism arise.

From the theory of the Coloniality of power, it is possible to affirm that the imposition by the dominant thought of labor as a social category had as its objective to legitimize a specific way, required by capitalist, modern and colonial power, to produce wealth: "abstract" work "And" homogeneous ", based on salaried work that produces use value and exchange value, at the same time. It is a very specific type of work, salaried, of the "productive" work that has as an exclusive characteristic the production of surplus value for the accumulation of capital. This social category refers to "manual" work with the support of machines that multiply their productivity, that is, to typical industrial work. The work was given "manual", a relevance and a social recognition that had not had in the previous world to the one of the coloniality-modernity (before the XVI century), since from the appearance of the relations of being able, that is to say, of domination, exploitation and conflict, at the dawn of human history, the manual activity aimed at agricultural production, that is, the production

of basic satisfiers, was stigmatized from an aristocratic vision that qualified it as despicable and unworthy.

It was Aristotle who first in Western thought defined manual labor as an unworthy activity because it prevented man from living autonomously, without worries about satisfying his basic needs. Aristotle was also the first thinker to attribute to the “manual” labor force a subordinate place in social classification from his belief in “natural inequality” among men, by claiming that manual labor corresponded to inferior human beings, lack of reasoning and argumentative capacity, bodily strong and destined, therefore, to obedience and physical labor. “Natural inequality” was the central argument that justified slavery in ancient Greece, a type of work control that allowed a small sector of the Polis to devote themselves to philosophy and politics, as citizens, a situation that was denied to the slaves.

With Christianity and from the “fall” of Adam and Eve, manual activities oriented to the satisfaction of needs were attributed a heavy burden, a divine condemnation: “you will eat with the sweat of your brow”, which remained throughout the so-called “Middle Ages”, until the fifteenth century. Both St. Augustine and, above all, St. Thomas Aquinas, legitimized this classification by decisively supporting it in the Aristotelian ideas of natural inequality among men. It was the Protestant Christians who gave a dramatic turn to the vision of “manual” work establishing their social dignity from the notion of vocation, so that the “manual” work was constituted, from their industriousness and an austere life of the worker, on the way for the salvation of souls.

Between the sixteenth and eighteenth centuries, from the constitution of capitalism on a world scale and the emergence of the modernity project, passing through Locke, who establishes the articulation between work and private property and Genovesi (1786), contributing the idea of productive-non-productive work, the concept of “manual” work would be elaborated in association with instrumental reason, as a means to accumulate wealth and power, so that it was stripped of all spirituality and ended up being considered only as a mechanical act, stripped of all religious and ethical content by Adam Smith. Thus, the concept of work was dislodged from its historical and cultural context, thought from an inexorable movement of historical evolution in evolutionary and civilizing terms, “from Europe”, for the whole world and according to the needs of the colonial, modern power patron, capitalist and eurocentric. It was a type of work that Smith (2014), according to a criterion of Eurocentric scientism, defined as productive, creator of use values and exchange values at the same time; an abstract work that defined wealth as a result of asymmetric social relations, erased from the “economic” other forms of non-salaried work because they were considered “archaic”, “pre-capitalist” and belonging to “people without history”. A concept of work that concealed Coloniality, since it presented the hierarchical social classification, the place of work, the type of work performed, as well as the payment (or non-payment) and the amount paid to the worker, as something that was “natural” way, for purely economic reasons.

In this Eurocentric and colonial approach, the hierarchical social classification based on the idea of race (that is, Coloniality), had no impact on perceiving non-Europeans as non-human and wild and assigning them to non-human works. Sala-

ried, that is to say, work without any cost as slavery and servitude were. Although, over time, non-Europeans (non-whites) were accessing salaried jobs, they always did so in unfavorable conditions, doing the worst jobs and receiving the lowest wages, in relation to Europeans.

Marx argued that capitalist society was a historical, modifiable social order and that domination and exploitation were not eternal. Marx (1982a and 1982b), stripped the mechanisms of capitalist exploitation, that is, the production and appropriation of surplus value by capitalists, a process that occurred in the sphere of production and that was unintelligible from an analysis of exchange of equivalents (labor force by salary) in the field of circulation. At the same time, Marx formulated a profound questioning of the “industrial pathology”, that is, the wide process of alignment that recorded the work in capitalism that resulted in a conversion of the worker into an appendage of the machine and in the loss of his ability to control their own work and the meaning of their life in a system that tends toward the total commodification of social existence (LANDER, 2008 and MARAÑÓN, 2017). In this sense, although wage labor was “free” in relation to servitude in Europe, because there was no extra-economic coercion, it was characterized by being vertical, instrumental, producing values of change and abstract labor. In no way that type of work was free because the worker is subject to the decisions of the buyer on the use of labor power; it is subject to domination and exploitation (conditions that are aggravated by racism); it is subject to the alienation of its being, of its work and of the products of its work, and to be an appendix of a machine that imposes the rhythm of the productive process, which leads to the dehumanization of the worker (MANDEL, 1989).

However, the thought of Marx himself presented serious Eurocentric tensions associated with evolutionism, his firm belief in progress; and its strong intellectual and epistemological debts with Hegel (regarding the belief in Western civilization, people with history and people without history) and with Smith, with respect to progress (FONTANA, 1982) and the fundamental categories of classical political economy (the dichotomies value of use-value of change, productive work and unproductive work, process of work-process of valorization, development of the productive forces-alienation) (LANDER, 2008). Marx’s reductionist vision of productive work, assimilating it only to value-based salaried work, led to the consolidation of a Eurocentric vision of the historical course of humanity, elaborated from Europe, in which the civilized was associated with a type of wage labor, highly productive and linked to trade and industry. This view reinforced the Eurocentric delegitimization of the other types of existing work, of a non-capitalist type, signified by collective work and symmetrical reciprocity, which also had an overwhelming quantitative importance in relation to wage-labor in the whole nineteenth century world (MARAÑÓN, 2017).

At the same time, Marx did not consider the idea of race to be decisive as a category used in social classification not only for capitalism but for the capitalist, colonial-modern and Eurocentric pattern of power (QUIJANO, 2007a). As Bagú (1972) maintains, neither Marx nor Engels problematized the fact that, starting with the conquest of the New World, the white Europeans occupied command positions while non-Europeans-non-whites played obedience functions.

That is, according to Quijano (2007a, 1998b), Marx could not glimpse that the capitalist power since the sixteenth century had as its distinguishing feature the coloniality of power based on the hierarchical social classification based on race, to which we should add those of class and sex. The coloniality of work implied, in addition to placing salaried work in a privileged place, the invisibilization of all other historical forms of labor control (slavery, servitude, reciprocity and simple commodity production), which played (and plays) a fundamental role in the constitution and reproduction of world capitalism, showing that capital articulates them in a hierarchical manner to extract the surplus produced. That is, capital coexists with these other productive forms (MARAÑÓN, 2017).

At present, there is a crisis not of “work” but of wage labor as a result of the changes registered by capitalism: structural unemployment associated with the increasing substitution of live labor for accumulated labor, the political defeat of workers and the predominance of financial capital in the world of capital. There is a crisis of wage labor and a resurgence of other forms of work, including slavery and servitude, as well as reciprocity and simple small commodity production. It is important to deepen the criticism of the Eurocentric idea of work assimilated to salaried work, which delegitimizes other forms of work and has been internalized in the social imaginary, setting action guidelines that are no longer having a real historical basis, to pay attention to other forms of work, not vertical or based on exploitation but on reciprocity, which emerge as part of the new horizon of emerging historical meaning: the defense of the Common House, Mother Earth, called the Good Living and the de-commodification, from the struggles of the “indigenous” movements. Their practices already in deployment, can contribute to define other forms of work, where this is part of life and not the reason to live (MARAÑÓN, 2017).

#### 4 THE NEW HERMENEUTICAL AND DECOLONIAL GUIDE: FOR BEYOND THE SUBORDINATE WORK - TOWARDS THE SOLIDARY WORK

In this section, arguments are presented aimed at resignifying the concept of work, proposing the incorporation of non-capitalist forms of work associated with economic Solidarity.

The ways trailed tried to exactly problematize and refute a theoretical model which prevailed almost absolute during all the last century, and assumed a new point of view, less academic and speeded to practically all labor attorneys. (DANGELO, 2014)

Curious and weird is the fact that even existing a vast literature produced by other fields of the social field, the Brazilian juridical labor laws did not even try to comment such facts. Even more curious is the fact that as a legal entity, there are fields of social knowledge that are dealing specifically with the same subject - or human work - but by giving it a different hermeneutical feature. In the majority of times, even in the same universities, research lines unleashed in different centers - to sociology, economy, political science and economy, among others—point towards a completely different interpretation of human work, giving it legal centers. The effort developed here, from a multidisciplinary and integrative version of such knowledge, tries conjugate the juridical knowledge and the other social thoughts that occupied

human work into matching ways. For the case of appraisals of the Social Economy or the Solidarity - Boaventura de Souza Santos and César Rodríguez (2005, pp. 23-74) specifically stated that they were critical thinkers who adhered to "hermeneutics of emergencies", inasmuch as they intended to interpret, in an abbreviated manner, the way that certain organizations do, movements and communities resist to the hegemonic forge of capitalism and reception of economic alternatives based on non-capitalist principles.

These alternative hermeneutics also seek to expand the spheres that intercede the point of views, concentrating on reciprocity in our monotheistic interests; causing a decrease of the dependency of people in relation to salaried work, making it possible the equal remuneration of works who are also workers of cooperative companies, while also creates forms of sociability also solidary and based on collaborative work and a democratic participation in the decision-making of the companies.

Finally, it tries to reorder or redefine the growing exploration into two natural resources, at a global level, competitively defined, with a production model and two consumption parameters instituted in the same dimension, which is to be exhausted by these natural resources that are the most disastrous type of production and consumption.

The options and proposals registered by the aforementioned sociologists imply acknowledging the effective possibilities of new alternative development models, ideas that have already been launched in the agendas of international institutes and cooperations and occupy a relevant space in the academic production of recent years. In another work coordinated by Boaventura de Souza Santos, he and Hermes Augusto Costa (2005, p.23) point out the main impacts triggered by the transformations of world capitalism over labor and the difficulties that unions face in articulating organized collective movements. Among these impacts, it is possible to enumerate the following aspects: increase of the structural unemployment, generator of the process of social marginality; dislocation of productive processes and the predominance of financial markets on productive markets; increasing segmentation of labor markets that retains degraded segments of the labor force below the poverty level; development of a mass culture called consumerist ideology and consumer credit; risks against which the appropriate insurance is inaccessible to the vast majority of workers. These justifications are joined to many others, in the sense of moving the object of labor law, that is, to break the paradigm of the subordination of labor over capital.

## 5 CONCLUSION - THE ECONOMIC/SOCIAL SOLIDARITY TO EXTEND THE OBJECT OF LABOR RIGHTS

Since the 1980s in Latin America, a number of social practices have emerged aimed at satisfying basic needs based on non-instrumental rationalities, emphasizing solidarity, reciprocity and horizontal decision-making. These practices often question, in many cases, the injustices and destruction of life and "nature" by capitalism, posing other ways of doing economy and society. These practices have been termed social economy, solidarity economy, social and solidarity economy, and encompass various organizational forms, including cooperatives, communal enterprises, mutual societies, barter clubs, alternative currencies, urban and rural collectives. However, given the economism and lack of consideration of the existence of power relations, the

concept of economic solidarity, a set of social relations that tend to reciprocity, de-commodification, relationality and self-government, is proposed. satisfaction of the basic necessities and the integral reproduction of the life, from an emancipating action and solidarity, between the humans with the Mother Earth.

From the standpoint of Economic Solidarity, it is a question of recognizing the legitimacy of other forms of work that do not fit the dominant image of work equivalent to employment that has been imposed for at least a century and a half ago: “work manual-wage “industrial, with legal rights codified within the framework of the Nation-State. These other forms refer to different ways of working to obtain an income in a dependent manner, through the sale of the labor force in the intangible production and in the activity of services, where the employer, the worker and the user- client, or independently where the self-employed worker and the client are (DE LA GARZA, 2010). That is to say, there is the acceptance that not only “industrial wage-labor” is productive labor, a situation that was refused when the social category of productive labor was created, as the only creator of wealth, for the Economy “classical” politics, thus being identified as “classical work”. This clearly demonstrates how the production of knowledge in Modernity was both Coloniality, since the idea of work was constructed by denying the ontological and epistemological existence of other histories and cultures, and other forms of non-mercantile work, which belonged to the “people without history”.

A decolonial re-signification of the concept of labor must be taken from various contributions (from Marx himself when he speaks of human self-realization, of anarchism, of the “indigenous” vision, of feminist criticism, of cooperative thinking, among others) produced from the margins of this vertical, racist, instrumental, destructive world of Mother Earth and life, of the world of Modernity-Coloniality in an open crisis. But above all, the inspiration to resignify and, in this case, to advance in the decoloniality of the concept of work, is to open our senses towards the new, although uncertain and not definitive that is emerging, that is, a new historical system, the Buenos Vivires, characterized by combining liberating and solidarity rationalities, by a relational intersubjectivity, in which the difference is recognized without it being a source of inequalities and hierarchies, and associating scientific knowledge with non-scientific knowledge in the production of knowledge (GERMANÁ, 2011).

This emerging proposal of another historical system tends to be associated with certain images that delineate (but do not fix) their contours with reference to social equality and to the relationality between diverse relations between reciprocity, complementarity and democracy.

Work as an activity for life, done considering cyclical time and measured time, work not despised but appreciated. In this sense, Van Kessel and Condori (1992) and Medina (2001) contribute to formulate some ideas regarding the work in its indigenous version.

In this sense, a proposal to define decolonial work would be an activity that combines work and life, reinstall the joy of work based on reciprocity between human beings and Mother Earth, link all living beings without hierarchies of sex-gender, race and economic conditions, and without relations of domination and exploitation, in a historical horizon of sense oriented to Good Living. Work cannot be

understood only as an action aimed at satisfying basic needs but at reproducing life as a whole, which is why it must recognize the contribution of women to the production and reproduction of life. Therefore, if it is recognized that work encompasses different activities and not just salaried work, then both the concept of work and the conception of labor right have to be reformulated.

## REFERENCES

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do Trabalho e Pós-modernidade: Fundamentos para uma teoria geral**. São Paulo: LTr, 2005.

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho: Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho**. Perdizes, SP: Boitempo, 2006.

\_\_\_\_\_. Dimensões da precarização estrutural do trabalho. In: DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia (Orgs.). **A Perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização**. São Paulo: Boitempo, 2007.

ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. **As Relações de trabalho: Uma perspectiva democrática**. São Paulo: LTr, 2003.

BAGÚ, Sergio. **La estructura social de la Colonia**, Buenos Aires: El Ateneo, 1959.

BASCHET, Jerome. **Adiós al capitalismo**. Autonomía, sociedad del buen vivir y multiplicidad de mundos, Buenos Aires, Argentina: Futuro Anterior-NED ediciones, 2014.

BRAUDEL, Fernand. **La dinámica del capitalismo**, México: Fondo de Cultura Económica, 1985.

D'ANGELO, Isabele Bandeira de Moraes. **A subordinação no direito do trabalho – para ampliar os cânones da proteção a partir da economia social e solidária**. São Paulo: LTR, 2014.

DE LA GARZA, Enrique. **Hacia un concepto ampliado de trabajo**. Del concepto clásico al no clásico, Barcelona: Ed. Anthropos/UAM, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2018.

FEDERICI, Silvia. **El Calibán y la Bruja**, Madrid: Traficantes de Sueños, 2010.

FONTANA, Josep. **Historia. Análisis del pasado y proyecto social**, Barcelona: Editorial Crítica, 1982.

GENOVESI, Antonio. **Lecciones de Comercio o bien de Economía Civil**, Madrid: Viuda de Ibarra, hijos y compañía, 1786.

GERMANÁ, César. El pensamiento desde el Sur de los intelectuales críticos, en Julio Mejía Navarrete, Editor, **América Latina en debate: sociedad, conocimiento e intelectualidad**. II Foro Internacional y Encuentro de la Asociación Latinoamericana de Sociología, Lima: Universidad Ricardo Palma, Editorial Universitaria, 2011.

GIMENIEZ, Chalise Paula Colet; DEL'OLMO, Florisbal de Souza e ANGELIN, Rosângela. Dos direitos humanos e dos conflitos na sociedade líquida pós-moderna. **Nomos Revista de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 37,2, pp. 259-280, jul./dez. 2017.

GUIMARÃES, Gonçalo. Prefácio. In: \_\_\_\_\_(Org). **Sindicalismo & cooperativismo: A economia solidária em debate**. Transformações no mundo do trabalho. São Paulo: Unitrabalho, 1999.

LANDER, Edgardo. **Contribución a la crítica del marxismo realmente existente: verdad, ciencia y tecnología**, Caracas: Fundación Editorial El perro y la rana, 2008.

LESSA, Sérgio. **Trabalho e proletariado no capitalismo contemporâneo**. São Paulo: Cortez, 2007.

LIRA, FenandaBerreto. **A Greve e os novos movimentos sociais**. São Paulo: LTr, 2009.

MANDEL, Ernest. **Tratado de Economía Marxista, Tomo 1, D.F.**, México: Editorial Era, 1989.

LOCKE, John, [s/f], **Segundo tratado sobre el gobierno civil**, <[http://car.virtus360.com/moodle/pluginfile.php/7259/mod\\_resource/content/1/Locke/0001\\_Locke\\_-\\_Segundo\\_tratado\\_sobre\\_el\\_gobierno\\_civil.pdf](http://car.virtus360.com/moodle/pluginfile.php/7259/mod_resource/content/1/Locke/0001_Locke_-_Segundo_tratado_sobre_el_gobierno_civil.pdf)>. Access in: 11/11/2018.

MARAÑÓN, Boris, **Una crítica descolonial del trabajo**, Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Económicas -Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.

\_\_\_\_\_. **De la economía (social) y solidaria hacia la solidaridad económica, los Buenos Vivires y la Descolonialidad**, Revista Cooperativismo y Desarrollo (24), 2016a.

\_\_\_\_\_. Notas sobre la solidaridad económica y la descolonialidad del poder, en Boris Marañón Pimentel (Coordinador), **Políticas para la solidaridad económica y el Buen Vivir en México**, México: Instituto de Investigaciones Económicas - UNAM, 2016b.

\_\_\_\_\_. **La solidaridad económica en el Buen Vivir. Tendencias recientes (En América Latina y en Chiapas, México)**, ponencia presentada en el Congreso ALASRU Sociedades Rurales Latinoamericanas: Diversidades, contrastes y alternativas D.F., México, 6 al 11 de octubre, 2014a.

MELHADO, Reginaldo. **Poder e sujeição: os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação**. São Paulo: LTr, 2003.

MARX, Karl. **El capital**, Tomo I/Vol. I, Libro primero. El proceso de producción del capital, D.F., México, Siglo XXI, 1982a.

\_\_\_\_\_. **El capital**, Tomo I/Vol. II, Libro primero. El proceso de producción del capital, D.F., México, Siglo XXI, 1982b.

MATIAS, João Luis Nogueira e ALVES, Manuela Caldas Fontenele. OS Direitos fundamentais na pós-modernidade: como a sociedade que se traduz no risco e no consumo poderá tutelar direitos. **Nomos Revista de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 36, pp. 225-241, jul./dez. 2016.

MEDINA, Javier; QAMAÑA, Suma Javier. **La comprensión indígena de la buena vida, La Paz, Bolivia**: Federación de Asociaciones Municipales de Bolivia: GTZ, Proyecto de Apoyo a la Gestión Participativa Municipal, 2001.

QUIJANO, Aníbal. **“Bien Vivir” Entre el “desarrollo” y la Des/Colonialidad del Poder**”, Revista, Ecuador Debate, Quito, Centro Andino de Acción Popular CAAP, (8): 77-87, 2011.

\_\_\_\_\_. Colonialidad del poder y clasificación social, en Santiago Castro-Gómez y Ramón Grosfoguel (Editores), **El giro decolonial**. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global, Pontificia Universidad Javeriana/Instituto Pesar, Universidad central-IIESCO, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007a.

\_\_\_\_\_. **“¿Sistemas alternativos de producción?”** en José Luis Coraggio (Organizador), **La economía social desde la periferia**, Buenos Aires: Contribuciones latinoamericanas, Universidad Nacional de General Sarmiento-Altamira, 2007b.

\_\_\_\_\_. “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, en Edgardo Lander (Compilador), **La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales Perspectivas latinoamericanas**, Buenos Aires: CLACSO, 2000.

\_\_\_\_\_. Sistemas alternativos de produção? In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **Produzir para Viver: os caminhos da produção não capitalista**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 476-514.

\_\_\_\_\_. **La economía popular y sus caminos en América Latina**, Lima: Mosca Azul Editores, 1998a.

\_\_\_\_\_. **Un fantasma recorre el mundo**, Estudios Avanzados, 12 (34) San Agustín, s/f, La ciudad de Dios,

<<https://docs.google.com/file/d/0B0fWQcW3AnDONTRmYWlyN2ItN2FiZS00MjJLTg0OTMfNjc1OGE2ZmYzNWEx/edit?hl=en>>. Access in: 11/11/2018.

SANTO TOMÁS DE AQUINO, [s/f], Del gobierno de los príncipes, <[www.statveritas.com.ar](http://www.statveritas.com.ar)>. Access in: 11/11/2018.

SANTOS, Boaventura Souza de. **Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

\_\_\_\_\_; COSTA, Hermes Augusto. Introdução: para aumentar o cânone do internacionalismo operário. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Trabalhar o Mundo: Os caminhos do novo internacionalismo operário**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SMITH, Adam. **Investigación sobre las naturaleza y causa de la riqueza de las naciones, Distrito Federal**, México: Fondo de Cultura Económica, 2014.

TEIXEIRA, Sérgio Torres e BARROSO, Fábio Túlio. **Os princípios do direito do trabalho diante da flexibilização laboral**. In: Revista do TST. Porto Alegre: Magister, nº3, pp. 57-69, julho/setembro 2009.

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da modernidade**. Petrópolis: Vozes, 2000.

VAN KESSEL, Juan; CRUZ, Dionisio Condori. **Criar la vida**. Trabajo y tecnología en el mundo andino, Santiago de Chile: Editorial Vivarium, 1992.

**Submetido em: 28 nov. 2018. Aceito em: 30 dez. 2018.**





# GOVERNANÇA E PROMOÇÃO DA DEMOCRACIA NA AMÉRICA LATINA: UMA ANÁLISE DA CONSTRUÇÃO NORMATIVA NO ÂMBITO DAS ORGANIZAÇÕES REGIONAIS

*Marinana Andrade e Barros*

*Jorge Lasmar Mascarenhas*

## **Resumo**

Este artigo tem como objetivo analisar a construção normativa da promoção da democracia na América Latina. O fenômeno, que ocorre no âmbito das organizações regionais especialmente a partir da década de 1990, leva à elaboração de normas de conduta para os Estados acerca do regime político por eles adotado e significou uma importante transformação do tratamento concedido a essa temática, até então fundamentalmente nacional. Na América Latina, há uma sobreposição e concorrência de organizações que tratam da promoção da democracia, por vezes diferindo na compreensão do que seja democracia, do que pode se configurar como ruptura da democracia e nas possíveis reações a essa ruptura. Para atingir ao objetivo proposto, este estudo utiliza como principal técnica de pesquisa a análise documental.

## **Palavras-chave**

América Latina. Organizações regionais. Promoção da democracia.

- 
- Doutora em Direito Internacional pela Université Paris 1 - Sorbonne e em Relações Internacionais pela PUC Minas. É mestre em Direito Público pela PUC Minas e especialista em Direito Internacional pelas Faculdades Milton Campos. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais e em Relações Internacionais pela PUC Minas. É professora do Centro Universitário UNA e do UNI-BH. Tem experiência nas áreas de Direito Internacional e Constitucional, Relações Internacionais, Teoria Política e do Estado.
  - Doutorado em Relações Internacionais pela London School of Economics and Political Sciences (LSE) tendo contado com bolsa da CAPES (1o lugar do Brasil na área). Mestre em Direito Internacional pela UFMG. Bacharel em Direito pela UFMG e em Relações Internacionais pela PUC Minas. Atualmente é Coordenador Geral de Pós-Graduação e Professor Titular de Direito Internacional das Faculdades Milton Campos além de Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais da PUC Minas. Atua como consultor, advogado e é membro da Comissão de Direito Internacional da OAB-MG, do Instituto Histórico e Geográfico de Minas Gerais e do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Participa do Terrorism Research Initiative, Lidera a Rede Brasileira de Pesquisa Colaborativa Sobre o Terrorismo e Violência Política (ligada ao Terrorism Research Initiative), é Coordenador para a América Latina e Central do Committee for the Study of International Society in the Americas (CSISA) e é o Diretor de Assuntos Jurídicos da International Association for Security and Intelligence Studies (INASIS). Atuou como Professor Visitante na Universidad Nacional de Rosario, foi Chefe do Departamento de Relações Internacionais da PUC Minas, membro da Comissão de Avaliação de Programas Acadêmicos e Profissionais da Área de Ciência Política e Relações Internacionais para o Quadriênio 2013-2016 da CAPES e docente convidado em cursos de capacitação e treinamento em diversas organizações privadas e agências governamentais. Possui trabalhos publicados em quatro línguas, tem ampla experiência na mídia e conquistou vários prêmios, bolsas e condecorações. Atua principalmente nas áreas de Direito Internacional, Segurança Internacional, Terrorismo e Violência Política, Teoria de Relações Internacionais, Política Internacional, Cultura e Religião, Oriente Médio, Ásia do Sul, Inteligência Comercial e Negociações Internacionais.

## GOVERNANCE AND THE DEMOCRACY PROMOTION IN LATIN AMERICA: AN ANALYSIS OVER THE NORMATIVE CONSTRUCTION ON THE LEVEL OF REGIONAL ORGANIZATIONS

### Abstract

This article aims to analyze the normative construction of democracy promotion in Latin America. The event occurs within the Regional Organizations since the 1990s, leading to the elaboration of standards of conduct for States regarding the political regime adopted and meant a major transformation of the treatment granted to this theme which till then was fundamentally national. In Latin America, there is an overlap and competition of organizations that deal with the promotion of democracy, sometimes differing in the understanding of what democracy is, what can be configured as a rupture of democracy and in the possible reactions to the crises it provokes. To reach the proposed objective, this study uses documentary analysis as its main research technique.

### Keywords

Latin America. Regional Organizations. Democracy promotion.

## 1. INTRODUÇÃO

A promoção da democracia se tornou tema constante da agenda internacional a partir das alterações causadas pelo fim da Guerra Fria. A busca por um regime democrático, que era tratada até então fundamentalmente como parte das trajetórias políticas nacionais, ganha uma dimensão internacional com constrangimentos para o comportamento dos Estados em relação ao regime político por eles adotado. Esse fenômeno pode ser observado tanto nas relações bilaterais quanto nas multilaterais no sistema internacional. No âmbito bilateral, tem sido cada vez mais comum constatar a influência das mudanças dos regimes políticos dos Estados em relações diplomáticas e comerciais. Na esfera multilateral, há uma crescente institucionalização da promoção da democracia por meio da criação de normas abstratas que buscam reger a conduta dos Estados acerca de seus regimes políticos e de consequentes sanções em caso de ruptura da democracia.

É interessante perceber que isto ocorre ainda que não haja um consenso sobre o que seja democracia. A disseminação da democracia como valor não levou à homogeneização acerca de seu conteúdo. Pelo contrário, democracia quer dizer muitas coisas diferentes. O fundamento desses diferentes entendimentos relaciona-se especialmente à longa trajetória histórica que fez com que o preenchimento de seu conteúdo fosse flexível, sendo adotado por governos e teóricos para designar regimes políticos muito diferentes entre si. Essa plasticidade torna a definição da democracia ideologicamente localizada, ou seja, preenche-se seu conteúdo de acordo com aquilo que se pretende defender ou atacar em termos políticos. Isto significa que aquilo que é considerado como característica de um Estado democrático, como risco e como ruptura de uma democracia pode variar.

Ainda assim, em um sistema internacional no qual os poderes materiais e ideacionais definem os termos da governança internacional, existe uma forte tendência a se considerar como democracia aquilo que tem sido compreendido como tal pelos Estados ocidentais. Em termos práticos, trata-se da democracia liberal, que se baseia em direitos de liberdade e em direitos políticos que fundamentam a participação política e os procedimentos para escolha de representantes. Nesse contexto, a promoção da democracia na América Latina mostra-se particularmente interessante. A trajetória não-linear e conturbada dos regimes políticos contribui para a centralidade e também

para as particularidades da conformação desta agenda na região. Golpes, cerceamento de direitos civis e políticos e concentração de poder fazem parte da história política latino-americana. Tendo este cenário como pano de fundo, na região desenvolveu-se um robusto corpo de normas a favor da democracia. Há, atualmente, seis organizações regionais que lidam com o tema: Organização dos Estados Americanos (OEA), Sistema de Integração Centro-Americano (SICA), Comunidade Andina (CAN), Mercado Comum do Sul (Mercosul), União das Nações Sul-Americanas (Unasul) e Aliança Bolivariana para os Povos da Nossa América (ALBA). Trata-se, assim, de um caso de concorrência e sobreposição de organizações já que há compartilhamento de membros entre elas assim como de temas tratados.

A primeira fase da produção normativa regional sobre promoção da democracia ocorreu durante os anos 1990, no âmbito da OEA, SICA e CAN. A América Latina vivia o período pós-redemocratização e voltava-se para o Consenso de Washington e seu repertório liberal. Em um alinhamento com o *mainstream* político mundial, ênfase foi dada às políticas econômicas de liberalização e à elaboração de arcabouços jurídicos nacionais que coadunassem com o liberalismo político. Já a segunda fase da produção normativa aconteceu durante os anos 2000 e até a primeira década dos anos 2010 no Mercosul, Unasul e ALBA. Então, a região passava pelo movimento que ficou conhecido como “virada à esquerda” ou “onda rosa”<sup>1</sup>, quando líderes identificados em diferentes medidas com o questionamento do repertório liberal, ascenderam ao poder. Ainda que não tenha havido uma completa ruptura dos procedimentos de escolha de representantes nos países palco da “virada à esquerda”, com frequência, especialmente no caso dos governos ligados ao bolivarianismo, observou-se a utilização de novas formas de participação política para além da representação, com implementação de mecanismos de participação direta, ao mesmo tempo em que houve a mitigação dos mecanismos de *accountability* horizontal. De forma geral, os governos da “virada” enfatizaram as políticas sociais – elementos fundamentais de suas plataformas políticas – como parte do aprofundamento da democracia. Observa-se, nesta segunda metade da década de 2010, o que parece ser o fim ou ao menos um importante revés dos governos de esquerda na região<sup>2</sup>, o que torna o atual momento um possível novo ponto de virada para a promoção da democracia na América Latina, cujos contornos ainda não estão claros.

Ao se debruçar sobre a problemática da construção normativa da promoção da democracia pelas organizações regionais da América Latina, este artigo busca compreender o conteúdo das normas abstratas, que trazem previsões gerais para o comportamento dos Estados em relação aos seus regimes políticos, nos diferentes foros políticos regionais que lidam com essa questão. Isto significa examinar o que se entende como democracia, como ruptura da democracia e qual seria o papel da Organização em caso de uma crise política. Ao traçar a trajetória histórica desta construção normativa objetiva-se compreender tanto o caminho particular de cada organização para a incorporação da temática da em sua agenda quanto as aproximações e distanciamentos entre elas. O artigo baseia-se, essencialmente, na técnica de pesquisa documental, analisando tratados, declarações e resoluções sobre o tema a partir dos anos

<sup>1</sup> Para mais sobre a “virada à esquerda” ver: Braga, Amaral, 2012; Weyland, 2010.

<sup>2</sup> Ainda há poucos estudos publicados a respeito do revés da “virada à esquerda”. Entre eles, ver: Zanatta, 2017.

1990, quando ele ganhou profundidade. De forma secundária, a pesquisa bibliográfica será utilizada para apoiar a análise documental.

## 2. AS TRAJETÓRIAS DA CONSTRUÇÃO NORMATIVA DA PROMOÇÃO DA DEMOCRACIA NA AMÉRICA LATINA

O processo internacional de elaboração de normas sobre o regime político dos Estados ganhou robustez a partir do fim da Guerra Fria<sup>3</sup>, quando o encerramento da bipolaridade levou a um apelo a favor da democracia liberal<sup>4</sup>. Naquele período, uma onda de fortalecimento do regionalismo levou, como regra, à repactuação das organizações regionais já existentes e também ao surgimento de novas organizações. Na América Latina as organizações – reformuladas ou recém-inauguradas – inseriram a promoção da democracia como parte de suas agendas. A heterogeneidade marcou este processo tanto no conteúdo disposto – adjetivação ou não da democracia, descrição das formas de ruptura e sanções aplicáveis – quanto na forma – utilização de instrumentos de *hard* ou de *soft law*<sup>5</sup>. A seguir serão analisados os quadros normativos formados desde então, atentando-se para as especificidades de cada organização.

### 2.1. Organização dos Estados Americanos

A OEA foi produto da primeira onda de regionalismo, ocorrida após a II Guerra Mundial, apesar de suas raízes remontarem ao fim do século XIX. Trata-se da organização regional com o maior número de membros do continente americano, já que congrega todos os Estados independentes da região. É nela que se estabelece, pela primeira vez nas Américas, a agenda da promoção da democracia. Em 1991, a Assembleia Geral da OEA aprovou duas resoluções que ditariam o tom das transformações da temática da promoção da democracia: o Compromisso de Santiago com a Democracia e a Renovação do Sistema Interamericano e a Resolução 1080. O Compromisso de Santiago foi proposto pelo Chile com o apoio de Argentina, Canadá, Estados Unidos e Venezuela (ROGET, 2009). O documento estabelece a democracia como o valor a partir do qual as mudanças – consideradas necessárias para a OEA diante das transformações da ordem internacional – seriam concretizadas. Com ele, os Estados partes da Organização “[d]eclaram seu compromisso indeclinável com a defesa e promoção da democracia representativa (...) dentro do respeito aos princípios da livre determinação e da não-intervenção”. Pela perspectiva assumida com o Compromisso de Santiago, a democracia representativa seria a “expressão da legítima e livre manifestação da vontade popular, dentro do respeito imutável pela soberania e independência dos Estados membros”.

<sup>3</sup> Apesar de a sistematização da promoção da democracia somente ocorrer ao final do século XX, é possível encontrar menções à necessidade de um concerto pró democracia na América Latina desde o século XIX (AGUIAR, 2004; ROGET, 2009).

<sup>4</sup> Nesse sentido tem destaque a obra de Francis Fukuyama (1992) que afirmava que os derradeiros anos do século XX traziam consigo o fim da história com um marcante consenso em torno da democracia liberal que, como uma força homogeneizante, constituiria o término na evolução das ideologias.

<sup>5</sup> As expressões *hard law* e *soft law* padecem de definição assentada (SHELTON, 2010). Aqui, tratados serão compreendidos como instrumentos de *hard law*, que têm o condão de vincular o Estado, exigindo-se seu cumprimento. Já a expressão *soft law* designará instrumentos internacionais diferentes dos tratados que contêm princípios, normas e padrões que dispõem sobre o comportamento que se espera dos atores internacionais sem, contudo, pela sua forma, serem capazes de comprometer o Estado.

Mais pragmática, a Resolução 1080 estabeleceu procedimentos a serem realizados pela Organização em caso de haver uma “interrupção abrupta ou irregular do processo político institucional democrático ou do legítimo exercício do poder de um governo democraticamente eleito”<sup>6</sup>. A Reunião de Ministros ou a AG analisaria os fatos e adotaria sua decisão em relação ao caso examinado, consideradas as disposições da Carta e o Direito Internacional<sup>7</sup>. A Resolução foi adotada por consenso pela AG, mas sua aprovação não foi um processo simples. Foi clara a divisão entre os “países não-intervencionistas” – Brasil, Colômbia e México – e os “ativistas” – Argentina, Canadá, Chile, Estados Unidos, Venezuela entre outros (ROGET, 2009).

Estabelecia-se, assim, sem dubiedades, que a promoção da democracia seria uma pauta da Organização, sobre a qual ela agiria quando considerasse necessário. Contudo, é preciso atentar para as nuances contidas nos documentos. O que se assistia era a uma importante mudança de paradigma ao se considerar o regime político dos Estados como um assunto da OEA, mas, como costuma acontecer, isto não representou uma ruptura completa com os preceitos que informaram as relações continentais nesta seara até então. Termos como soberania, independência e não-intervenção estavam dispostos nas normativas sobre a importância da democracia representativa. O fato de os dois documentos utilizados para começar a concretizar esta mudança de perspectiva da OEA serem instrumentos de *soft law* reflete em parte seu conteúdo ideacional.

Outro ponto que merece atenção na análise das duas resoluções é a ausência de normatização acerca das possíveis reações que a Reunião de Ministros ou a Assembleia Geral (AG) poderiam ter diante da ruptura da democracia em um Estado membro. A Resolução 1080 dispõe que o órgão convocado deve se ater à Carta da OEA e ao Direito Internacional para tomar “as decisões que forem consideradas apropriadas”<sup>8</sup>. Ora, não havia então na Carta qualquer disposição que permitisse uma ação contra Estado por ausência de democracia. Da mesma forma ocorre com o Direito Internacional, considerado no dispositivo como uma espécie de método para a legitimação das decisões tomadas. Não há nada no Direito Internacional que permita a aplicação de sanções a um membro de uma organização internacional específica caso este venha a deixar de ser democrático. Se não há nada na Carta da OEA que obrigue um Estado a ser democrático e nenhum compromisso convencional do Estado neste sentido, realizado no âmbito da organização, não há de se falar em encontrar no Direito Internacional eventuais justificativas para legitimar sanções à ruptura da democracia.

As lacunas existentes nos documentos apontavam, na verdade, para o fato de que aquele era o movimento inicial de um processo mais longo e que se tornaria mais complexo com o tempo. A sensibilização dos países do continente para a nova abordagem sobre a democracia havia sido o primeiro passo. Ao final do ano de 1992, a Assembleia Geral da OEA aprovou o Protocolo de Washington que passaria a vigor em 1997. Com ele, concluiu-se a mais radical alteração da Carta da OEA para fazer frente à nova função da qual a Organização havia se incumbido, a de atuar diretamente nas crises nas democracias do continente, dispondo sobre as possíveis sanções sofridas

<sup>6</sup> Art. 1º da AG/RES. 1080 (XXI-O/91).

<sup>7</sup> Art. 2º da AG/RES. 1080 (XXI-O/91).

<sup>8</sup> Art. 2º da AG/RES. 1080 (XXI-O/91).

por um Estado que se afastasse da democracia representativa. O significado de “ruptura da democracia” foi esclarecido pelo *caput* do artigo 9º. A deposição, pelo uso da força, de um governo democraticamente eleito seria o gatilho para a ação da Organização que levaria a um mecanismo de *peer pressure* entre os membros com o objetivo de manter-se o regime democrático, sob pena suspensão do Estado.

Todos os Estados latino-americanos ratificaram o Protocolo nos anos que se seguiram à sua proposição – a República Dominicana foi a exceção à celeridade, somente ratificando-o em 2009. A única ressalva ao documento foi realizada pelo México, que já vinha se mostrando contrário às normas sobre promoção da democracia nos anos anteriores. De fato, desde a Doutrina Estrada, o país passava por períodos em que defendia com vigor a necessidade de a política externa se afastar de qualquer viés intervencionista. O México consignou no Protocolo que, apesar de seu apego e respeito à democracia, considerava esta uma questão doméstica, que não deveria ser tratada no âmbito de uma organização regional e que as alterações do Protocolo modificariam o propósito inicial da OEA. A voz do México se manteve solitária. O contexto político da redemocratização e o ambiente internacional de valorização do regime democrático certamente atuaram favoravelmente ao movimento de negociação e de aprovação da reforma da Carta da OEA.

Ao longo da década de 1990, em diferentes contextos e documentos, a OEA reafirmou seu compromisso com a promoção da democracia. Em 2001, a Cúpula das Américas, na qual a Organização atua como secretaria executiva, reuniu os Chefes de Estado e de Governo do continente – à exceção de Cuba – e emitiu a Declaração da Cidade de Quebec. Nela, foi adotada uma cláusula democrática em que ficava consignado que o “respeito ao sistema democrático são, ao mesmo tempo, uma meta e um compromisso comum, além de constituírem uma condição essencial de nossa presença nesta e em futuras Cúpulas”. O documento se associa ao rol de instrumentos que demonstram, por um lado, a convergência do continente em torno da democracia representativa e, por outro, as primeiras manifestações de desacordo com esta perspectiva. A partir de uma iniciativa da delegação do Peru, que havia saído recentemente do governo autoritário de Alberto Fujimori<sup>9</sup>, circulou informalmente durante a Cúpula, o projeto de um documento que reunia e expandia as normas sobre a democracia no âmbito interamericano. Seguindo a proposta peruana, o texto da Declaração dispõe que na sessão seguinte da AG deveria ser preparada “uma Carta Democrática, que [reforçasse] os instrumentos da OEA destinados à ativa defesa da democracia representativa” (CÚPULA DAS AMÉRICAS, 2001, p. 01). Hugo Chávez, então pela primeira vez participando como Presidente da Venezuela em uma Cúpula, assinou o documento, mas solicitou que fosse feita uma reserva de seu país em relação a este ponto. Começava a se delinear o embate ideológico que comporia parte importante do desenvolvimento do tema da promoção da democracia no continente americano a partir dos anos 2000.

Para dar continuidade à empreitada de negociação e aprovação da Carta, o Peru reuniu outros quatro países que considerava os mais afins ao projeto no continente: Argentina, Canadá, Estados Unidos e Costa Rica (OEA, 2003). Depois de uma série de

---

<sup>9</sup> Em 2000, depois de dez anos de cerceamentos de direitos e escândalos de corrupção, Alberto Fujimori renunciou à Presidência do Peru e pediu asilo no Japão.

reuniões, o grupo chegou a um consenso acerca da proposta a ser levada ao Conselho Permanente (CP) para discussão e negociação. O Conselho definiu então que o documento deveria ser votado no Trigesimo Primeiro Período de Sessões Ordinárias da Assembleia Geral. A esperada aprovação não ocorreu como consequência da falta de acordo entre os membros da OEA – o que demonstra que a confluência em relação ao tema carecia de uniformidade. Somente em uma sessão extraordinária da AG, em 11 de setembro de 2001, o documento foi aprovado. Com a Carta, ficaria assentada a cláusula democrática na OEA e a convergência da Organização em torno da democracia representativa.

Durante as negociações, três foram os principais pontos de controvérsia entre os Estados, dois ligados ao conteúdo e um à forma do documento: a ausência de disposições acerca dos problemas sociais do continente, a problemática da democracia representativa versus democracia participativa e a questão da natureza jurídica da Carta (OEA, 2003). No Trigesimo Primeiro Período de Sessões Ordinárias, parte das objeções em relação ao projeto apresentado recaiu sobre a ausência de reflexões acerca dos desafios sociais que se impõem à região – reflexão realizada especialmente pelos representantes venezuelanos na Assembleia (OEA, 2003). Como consequência, o documento aprovado após as discussões na sessão ordinária não pretere as questões sociais, pelo contrário, reforça a necessidade de que haja desenvolvimento para que a democracia possa se desenvolver<sup>10</sup>.

O segundo ponto de divergência sobre o conteúdo da Carta relacionou-se à dicotomia entre democracia representativa e democracia participativa. Para alguns dos presentes nas discussões sobre o documento, este foi considerado o ponto mais controvertido e difícil da negociação (OEA, 2003). Da mesma forma como acontecera com a questão sobre os problemas sociais, nesse item a Venezuela foi o principal opositor à permanência da proposta apresentada em termos de uma democracia unicamente representativa (OEA, 2003). O país inaugurou naquele período pós-Guerra Fria, com Hugo Chávez, a discussão sobre a necessidade de atentar-se para a democracia participativa, que prevê uma participação mais robusta dos cidadãos para além da mera representação – ainda que domesticamente na Venezuela, este discurso tenha servido para tentar legitimar uma diminuição da oposição e dos mecanismos de *accountability* horizontal. A construção de um consenso em torno deste tema veio na forma de uma espécie de equacionamento. O texto da Carta que foi aprovado vislumbra, afinal, a participação como elemento importante da democracia<sup>11</sup>.

O documento adotado teve um caráter mais holístico do que a primeira versão apresentada. Contou, afinal, com um rol de direitos sociais e contemporizou o viés participativo da democracia. Contudo, ao enunciar o princípio democrático a ser seguido pelos Estados do continente, a abordagem procedimental sobressai. A Carta expressa o significado da democracia representativa para a OEA, conjugando-a aos Direitos Humanos, ao Estado de Direito, eleições e sufrágio, existência de múltiplos partidos e separação e independência entre os poderes<sup>12</sup>. E acrescenta ainda que a forma como se concretiza a gestão pública, proba e transparente, importa para o exer-

<sup>10</sup> Art. 11 da Carta Democrática Interamericana.

<sup>11</sup> Art. 6º da Carta Democrática Interamericana.

<sup>12</sup> Art. 3º da Carta Democrática Interamericana.

cício da democracia<sup>13</sup>. A Carta insere elementos da ideologia política liberal ao conceito de representação (CAMARGO, 2013). Na definição propriamente dita do que seja a democracia e que direcione a ação dos Estados, a abordagem é claramente liberal.

No que concerne aos embates sobre a forma que teria o documento, eles recaem, basicamente sobre sua natureza jurídica. Durante as negociações, diferentes delegações apontaram para o fato de que as disposições da Carta excediam, algumas vezes, as previsões do próprio documento constitutivo da OEA (OEA, 2003), o que levava à questão sobre a necessidade ou não de a Carta ser um instrumento vinculante para os Estados e, conseqüentemente, qual seria o procedimento para sua aprovação. Os negociadores optaram por uma perspectiva pouco positivista ao aplicar o princípio do desenvolvimento progressivo do Direito Internacional, mencionado no preâmbulo da Carta Democrática. Isto significou considerar as disposições da Carta da OEA como normas gerais que traçavam as linhas de defesa e promoção da democracia e que permitiriam o desenvolvimento de novas normas que derivassem dos princípios ali contidos. A Carta foi assim aprovada, por unanimidade, como uma Resolução da AG. A princípio, portanto, sem capacidade para vincular as partes. Contudo, é inegável que este seja um dos casos de limbo jurídico das normas provenientes de instrumentos de *soft law*. A Carta Democrática sistematiza o que já havia sido produzido no sistema interamericano em termos de normas, princípios e procedimentos para ação coletiva de promoção da democracia, amplia alguns destes pontos e, dependendo da interpretação adotada, contraria alguns preceitos.

O documento apresenta, pela primeira vez de forma inequívoca, a democracia como um direito no continente<sup>14</sup>. Em termos de procedimento, a Carta Democrática reafirma em vários sentidos as mudanças que haviam sido implementadas na Carta da OEA pelo Protocolo de Washington e também as disposições da Resolução 1080. Contudo, inova em alguns pontos, ampliando as possibilidades de provocação da Organização em caso de ruptura da democracia em um Estado membro. Há duas possibilidades de dar-se início aos mecanismos previstos pelo documento. Primeiro, o próprio governo pode considerar que há riscos para seu “processo político institucional democrático ou seu legítimo exercício do poder” e recorre ao Secretário Geral ou ao Conselho Permanente<sup>15</sup>. Nesse caso, com o consentimento do governo afetado, gestões podem ser efetuadas para analisar a situação e para realizar ações de preservação e fortalecimento da institucionalidade democrática<sup>16</sup>. Considerando-se que “a ruptura da ordem democrática ou [a] alteração da ordem constitucional que afete gravemente a ordem democrática” persiste em um membro, isto pode ser considerado um obstáculo insuperável para participação nos órgãos colegiados da OEA<sup>17</sup>. A segunda possibilidade de dar início aos mecanismos da Carta é por meio de qualquer Estado membro ou do Secretário Geral que, considerando que tenha ocorrido uma alteração da ordem constitucional que afete a ordem democrática em um membro, convoque o Conselho Permanente para avaliar coletivamente o caso e adotar decisões que julgar pertinentes<sup>18</sup>. O CP pode “determinar a realização de gestões diplomáti-

<sup>13</sup> Art. 4º da Carta Democrática Interamericana.

<sup>14</sup> Art. 1º da Carta Democrática Interamericana.

<sup>15</sup> Art. 17 da Carta Democrática Interamericana.

<sup>16</sup> Art. 18 da Carta Democrática Interamericana.

<sup>17</sup> Art. 19 da Carta Democrática Interamericana.

<sup>18</sup> Art. 20 da Carta Democrática Interamericana.

cas” e, se elas se mostrarem infrutíferas, convocar a AG para um período extraordinária de sessões<sup>19</sup>. A Assembleia pode decidir pela suspensão do Estado afetado da Organização pelo voto afirmativo de dois terços dos membros<sup>20</sup>.

Apontando para os mecanismos de ação coletiva da Organização diante de ruptura da democracia em um Estado membro, o Comitê Jurídico Interamericano chamou a atenção, ainda quando analisava o projeto da Carta, para a possibilidade haver uma contradição entre a Carta Democrática e a Carta da OEA (CJI, 2001). Com a reforma promovida pelo Protocolo de Washington, o artigo 9º prevê que as ações coletivas devem realizadas quando o governo “democraticamente constituído seja *deposto pela força*” (grifo nosso). Haveria, segundo o Comitê, duas possíveis interpretações a este dispositivo: uma mais restritiva, compreende a deposição pela força apenas como golpe de Estado ou como uma revolução; outra, mais ampla, entende que a deposição pela força poderia incluir qualquer ruptura que violasse os princípios constitucionais básicos de um Estado membro (CJI, 2001). A Carta Democrática se coaduna com a segunda interpretação porque prevê que ações podem ser tomadas pela Organização quando houver “uma alteração da ordem constitucional que afete gravemente sua ordem democrática”. O Comitê ponderou que a interpretação mais ampla da Carta da OEA ficaria assentada se Carta Democrática fosse aprovada por consenso – o que efetivamente ocorreu, extinguindo, pela perspectiva do CJI, eventual contradição entre os documentos.

Diante das características e do conteúdo da Carta Democrática, não surpreende a ausência de acordo entre juristas e autoridades políticas em relação à sua natureza jurídica (HUBERT, 2009). Trata-se, afinal, de uma Resolução da AG, portanto instrumento de *soft law* que, segundo o próprio documento, reflete o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional e, além disso, inova em relação às normas sobre promoção da democracia no sistema interamericano. Durante as negociações da Carta e nos anos que se seguiram à sua adoção, a pergunta sobre a vinculação ou não do documento não encontrou termo (OEA, 2003). Em 2003, o Comitê Jurídico Interamericano opinou sobre o assunto no Informe Anual para a AG. Segundo o órgão, a Carta é superior às resoluções dos órgãos das organizações internacionais e tem força vinculante (CJI, 2003).

Os anos que se seguiram à adoção da Carta Democrática mostraram um contínuo esforço da OEA de afirmação do valor da democracia para a Organização. Em absolutamente todas as seções da Assembleia Geral houve a aprovação de declarações e de resoluções que dispunham sobre o assunto. Em 2005, aconteceu a mais importante tentativa de modificar a Carta Democrática. Os Estados Unidos propuseram a criação de um órgão permanente e independente composto por membros da sociedade civil para monitorar a democracia nos Estados membros da Organização. A proposta foi amplamente rejeitada pelos presentes. Ela foi compreendida como uma ameaça à soberania dos países (COOPER, LEGLER, 2006) e ao princípio da não-intervenção, além de possuir um caráter estritamente punitivo e reativo (HOFFMANN, 2005). A recusa à proposta parece ter demonstrado o limite da institucionalização da promoção da democracia na OEA no corrente cenário regional. Com o insucesso do projeto

<sup>19</sup> Art. 20 da Carta Democrática Interamericana.

<sup>20</sup> Art. 21 da Carta Democrática Interamericana.

norte-americano, é possível depreender que a base normativa da promoção da democracia havia sido concluída, por ora, tendo como ponto culminante a Carta Democrática em seu formato original. Ela constitui, conforme descreveu a Declaração de Santiago Sobre Democracia e Confiança Cidadã, de 2003, “o principal referencial hemisférico para a promoção e defesa de princípios e valores democráticos compartilhados nas Américas no início do século XXI”<sup>21</sup>, sendo o documento sobre democracia que congrega o maior número de Estados do continente.

## 2.2. Sistema de Integração Centro-Americano

O processo de integração da América Central teve início na década de 1950 com a criação da Organização dos Estados Centro-Americanos (ODECA), composta então pelos governos da Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras e Nicarágua. A Carta da ODECA, de 1951, dispunha serem os objetivos da Organização o fortalecimento dos vínculos entre os países, a solução pacífica de controvérsias, a busca de desenvolvimento econômico, social e cultural<sup>22</sup>. Os propósitos deveriam ser buscados tendo como bases os princípios da ONU e da OEA, especialmente, a igualdade jurídica entre os Estados, o respeito mútuo e o princípio da não-intervenção<sup>23</sup>. Além disso, sublinhando a separação entre assuntos domésticos e internacionais, afirmava-se que nenhuma das disposições contidas na Carta poderia afetar o cumprimento das normas constitucionais das partes do bloco, assim como as obrigações e os direitos assumidos no âmbito da ONU e da OEA<sup>24</sup>.

Durante a década de 1980, a instabilidade marcou tanto o cenário econômico como político na América Central. A péssima situação da econômica era sentida nas altas taxas de inflação, no crescimento das dívidas externas, na baixa demanda pelos produtos da região e pelo encolhimento do PIB (SORTO, 2002). No âmbito político, as guerrilhas e o governo sandinista na Nicarágua levavam à constante ameaça de intervenção militar pelos Estados Unidos (SORTO, 2002). Em grande parte da região, houve violentos conflitos ao longo de toda a década. Com isso, o processo de integração entrou em um período de declínio. Ao mesmo tempo, a OEA vivia um momento de descrédito especialmente devido às ações dos Estados Unidos para instrumentalizar a Organização, ainda no contexto da Guerra Fria. Neste cenário, o Grupo Contadora juntamente com o Grupo de Apoio – formados por países latino-americanos – deu início às negociações que tinham como objetivo resolver a crise que pairava sobre a América Central. Apoiados pela OEA e pela ONU, o Contadora implementou o Processo de Esquipulas, que marcou a história política da região e permitiu a pacificação e a inauguração de uma nova etapa da qual a democratização seria parte fundamental (VILLALTA, 2011). Em maio de 1986, foi adotado o Acordo de Esquipulas I. O documento, considerado passo primordial para a pacificação, trazia em si a relação imediata entre a democratização e a paz<sup>25</sup>. No ano seguinte, foi elaborado o Acordo de Esquipulas II, um verdadeiro pacto de democratização<sup>26</sup> (VILLALTA, 2011).

<sup>21</sup> Preâmbulo da AG/DEC. 31 (XXXIII-O/03).

<sup>22</sup> Art. 1º da Carta da ODECA (original)

<sup>23</sup> Arts. 2º e 3º da Carta da ODECA (original).

<sup>24</sup> Art. 18 da Carta da ODECA (original).

<sup>25</sup> Arts. 3º e 4º da Declaração de Esquipulas.

<sup>26</sup> O tema da democracia ocupa parte importante do Acordo de Esquipulas II. Há, no documento, uma seção intitulada “Democratização” e outra, “Eleições livres”.

O Processo de Esquímulas deu o impulso necessário para uma nova fase da integração regional. Da mesma forma, a abordagem sobre a pacificação que informava a perspectiva do Grupo Contadora serviu como conteúdo para os próximos passos da ODECA. Em 1991, foi adotado o Protocolo de Tegucigalpa que reformava a ODECA criando o Sistema de Integração Centro-Americano (SICA). O Sistema entrou em vigor em 1993 e reunia, além dos países membros da ODECA, o Panamá<sup>27</sup>. Como um produto do cenário internacional pós-Guerra Fria, o SICA diversificou os objetivos da ODECA. A integração agora significava buscar tornar a sub-região uma zona de paz, liberdade, democracia e desenvolvimento<sup>28</sup>. A promoção da democracia aparece como um dos propósitos fundamentais da Organização e com conteúdo claramente definido. É propósito do SICA “[c]onsolidar a democracia e fortalecer suas instituições sobre a base da existência de governos eleitos por sufrágio universal, livre e secreto, e do irrestrito respeito aos Direitos Humanos”<sup>29</sup>.

O viés procedimental da democracia fica explícito com a importância atribuída às eleições e à consequente representação. No âmbito sub-regional é pouco comum que o primeiro documento vinculante que trate da democracia o faça de forma tão clara quanto ao conteúdo como o fez o Protocolo de Tegucigalpa. Algumas hipóteses podem ser aventadas para justificar este fato: a então recente derrocada do governo sandinista na Nicarágua, que incorporava os ideais comunistas na região; a forte democracia liberal que vigorava na Costa Rica desde 1949; a tradicional influência política e econômica dos Estados Unidos na América Central; a OEA naquele período estabelecia entre as suas prioridades a promoção da democracia representativa e a relação entre a ODECA/SICA era próxima e disposta, inclusive, convencionalmente. Estas variáveis somadas tornaram a sub-região propícia a exaltar o conteúdo da democracia liberal no início da década de 1990.

A abordagem do Protocolo de Tegucigalpa para a democracia foi referendada e aprofundada pelo Tratado Marco de Segurança Democrática na América Central de 1995, que entrou em vigor em 1997. O Tratado traz um enfoque multidimensional da segurança, relacionando-a a diferentes facetas do Estado: política, econômica e social. Uma das premissas que permeou a construção do documento foi aquela segunda a qual a segurança e a democracia são temas correlatos e devem ser necessariamente tratados de forma conjunta. Assim, a democracia seria uma das variáveis para garantir a paz. Tanto o preâmbulo quanto a parte normativa do Tratado corroboram a concepção liberal de democracia somando às variáveis políticas do regime, também algumas econômicas. Assim, prevê-se que o compromisso com a democracia, baseada no Estado de Direito, comporta o respeito e o fortalecimento das liberdades fundamentais, da liberdade econômica, da justiça social e dos governos eleitos por sufrágio universal, livre e secreto<sup>30</sup>. O viés procedimental é explícito, mas a questão social também está presente. Neste sentido, a superação da pobreza e da pobreza extrema é reconhecida como parte da estratégia de fortalecimento da democracia<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Posteriormente, aderiram ao SICA Belize (2000) e a República Dominicana (2013).

<sup>28</sup> Art. 3º, *caput* do Protocolo de Tegucigalpa.

<sup>29</sup> Art. 3º, a do Protocolo de Tegucigalpa.

<sup>30</sup> Estes elementos estão dispostos tanto no Preâmbulo quanto no Art. 1º do Tratado Marco de Segurança Democrática na América Central.

<sup>31</sup> Art.15 do Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamerica.

O Tratado Marco é um resultado evidente do conturbado processo histórico vivido pela América Central ao longo de sua trajetória pós-independência. Os golpes e os governos militares foram uma constante na região, tornando-se quase a regra ao invés da exceção. As guerrilhas foram atores políticos fundamentais na segunda metade do século XX. O Tratado Marco foi uma tentativa de evitar a repetição da história com a submissão do poder militar ao poder civil. A democracia foi compreendida como um instrumento para este fim. Neste sentido, o documento contém diferentes passagens que afirmam a necessidade da relativização e limitação do poder militar por meio de um poder civil eleito constitucionalmente<sup>32</sup>. O esforço para o fortalecimento da democracia passa, dessa forma, de acordo com o Tratado, pela abstenção das partes de prestar apoio político, militar ou financeiro para grupos irregulares que tenham pretensões políticas e que atentem contra a unidade e a ordem do Estado e desestabilizem governos democraticamente eleitos<sup>33</sup>.

A hipótese de ação do bloco em caso de ruptura da democracia não é prevista de forma nominal, mas há margem para a interpretação de que um dos procedimentos dispostos pelo Tratado a englobe. O documento dispõe que o Conselho de Ministros poderá adotar ou recomendar à Reunião de Presidentes que tome medidas preventivas em caso de crises que se configurem como uma potencial ameaça à segurança dos Estados e cidadãos segundo o julgamento dos governos dos Estados membros ou dos órgãos do SICA<sup>34</sup>. Como todo o conteúdo do documento correlaciona a segurança com a democracia, é possível depreender-se que o mecanismo de ação previsto para a ameaça à segurança seria aplicado, por uma questão de lógica, a eventuais rupturas da democracia nas partes do Tratado. O Tratado é silente em relação ao que se configuraria como uma ruptura da democracia ou a quais medidas deveriam ser adotadas neste caso, deixando grande margem para a discricionariedade dos membros do SICA.

### 2.3. Comunidade Andina

O processo de integração dos países andinos teve início ainda em 1969 quando Bolívia, Colômbia, Equador e Peru se uniram em torno do Acordo de Cartagena, formando o Pacto Andino tendo como objetivo a promoção do desenvolvimento dos Estados membros e a integração econômica<sup>35</sup>. Ao longo de sua existência, o bloco passou por transformações em sua constituição. Em 1973, a Venezuela aderiu ao Pacto Andino, o Chile se retirou em 1976. As primeiras manifestações favoráveis à democracia no bloco ocorreram em 1980, no contexto da redemocratização da América Latina. Foi então adotada a Carta de Conduta dos países andinos. O documento dispõe que a concertação política entre os países seria um fator decisivo para a afirmação do sistema democrático<sup>36</sup>. Os Presidentes acordaram ainda que buscariam basear-se politicamente na “democracia popular de caráter participativo, sem prejuízo dos princípios da autodeterminação dos povos, da não-intervenção e do pluralismo ideológico<sup>37</sup>” e que se esforçariam para contribuir para “a vigência da liberdade, da justiça social e da

<sup>32</sup> Arts. 2º c, 4º, 27 b do Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica.

<sup>33</sup> Art. 8º do Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica.

<sup>34</sup> Art. 57 do Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica.

<sup>35</sup> Art. 3º do Acuerdo de Cartagena.

<sup>36</sup> Preâmbulo da Carta de Conducta.

<sup>37</sup> Art. 1º da Carta de Conducta.

democracia mediante cumprimento do compromisso andino de aplicar os princípios fundamentais estabelecidos em outros instrumentos internacionais (...) <sup>38</sup>”.

Já em uma fase de nova abordagem aos processos de integração pós-Guerra Fria, em 1997, uma reformulação do Acordo de Cartagena, feita pelo Protocolo de Trujillo substituiu o Pacto pela Comunidade Andina. Os membros eram, a princípio, os mesmos do Pacto Andino, ou seja, Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela – a Venezuela se retiraria do bloco em 2006. As principais transformações realizadas pelo Protocolo foram no âmbito institucional e trataram de forma tímida a problemática do regime político dos Estados membros da Comunidade, apenas inserindo no preâmbulo que os governos ali reunidos se fundavam sob “os princípios da igualdade, justiça, paz, solidariedade e democracia”. O impulso dado pela reestruturação e as transformações da agenda internacional resultaram na adoção de novas normativas sobre a promoção da democracia. Assim, na Decisão 458/1997 do Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores sobre as Diretivas da Política Externa Comum aos membros da Comunidade, a democracia foi alçada a tema central do bloco, figurando entre os objetivos da política externa comum <sup>39</sup> e sendo apontada como área de ação no âmbito político <sup>40</sup>.

Em 1998, os Presidentes da Comunidade Andina emitiram uma declaração sobre a relação entre a democracia e a integração. Nela, afirmaram considerar a “democracia como condição indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento da sub-região <sup>41</sup>” e apontaram, entre os objetivos da Organização, o “desenvolvimento e a consolidação da democracia e do Estado de Direito, assim como o respeito aos Direitos Humanos e às liberdades fundamentais <sup>42</sup>”. A Declaração termina com a solicitação ao Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores para a preparação de um projeto de Protocolo Adicional ao Acordo de Cartagena que estabelecesse as medidas a serem adotadas em caso de ruptura da ordem democrática em um dos signatários <sup>43</sup>. Nascia então a mais importante iniciativa da Comunidade em relação à promoção da democracia. O Protocolo Adicional ao Acordo de Cartagena/Compromisso da Comunidade Andina pela Democracia, de 1998, descrevia o caminho a ser percorrido e as medidas a serem tomadas no caso de um país membro passar por uma crise em sua democracia.

Em caso de ruptura da democracia, o primeiro passo seria a realização de consultas dos Estados membros “entre si e, se possível, com o país afetado <sup>44</sup>”. Em caso de insucesso das consultas, o Conselho de Ministros de Relações Exteriores deveria ser convocado. O Conselho seria o órgão a determinar tanto se houve efetivamente uma ruptura da ordem democrática quanto quais medidas deveriam ser tomadas <sup>45</sup>. A decisão por tais medidas levaria em consideração a gravidade e a evolução dos acontecimentos no país afetado e compreenderiam a suspensão da participação em algum ou alguns dos órgãos do sistema andino; dos projetos de cooperação internacional; dos

<sup>38</sup> Art. 11 da Carta de Conducta.

<sup>39</sup> Art. 2º, g, da Decisão 458/1997 do Conselho de Ministros das Relações Exteriores.

<sup>40</sup> Art. 6º, c, da Decisão 458/1997 do Conselho de Ministros das Relações Exteriores.

<sup>41</sup> Preâmbulo da Declaración del Consejo Presidencial Andino sobre Democracia e Integración.

<sup>42</sup> Art. 2º da Declaración del Consejo Presidencial Andino sobre Democracia e Integración.

<sup>43</sup> Art. 2º da Declaración del Consejo Presidencial Andino sobre Democracia e Integración.

<sup>44</sup> Art. 3º do Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena.

<sup>45</sup> Art. 4º do Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena.

direitos derivados do Acordo de Cartagena além de outras medidas permitidas pelo Direito Internacional e consideradas pertinentes no cenário analisado<sup>46</sup>. Mesmo com a adoção das medidas descritas, os países membros seguiriam buscando o restabelecimento da ordem democrática por meio de gestões diplomáticas<sup>47</sup>. Todas as ações deveriam ser suspensas uma vez que concluído que a situação que motivou as medidas cessou<sup>48</sup>. Seguindo o Acordo de Cartagena, as decisões do Conselho seriam tomadas por consenso<sup>49</sup>, excluído, neste caso, o Estado objeto das medidas<sup>50</sup>.

A ratificação do Protocolo Adicional teve, contudo, sérios percalços ainda não superados. Os quatro países membros ratificaram o documento: Peru em 2000, Bolívia em 2001, Equador em 2003 e a Colômbia somente em 2008 – a Venezuela, deixou o bloco não sem referenda-lo. A princípio, a ratificação dos quatro levaria à vigência do tratado. No entanto, ao ratificar o Protocolo, a Colômbia optou por fazer uma reserva à alínea “d” do artigo 4º e por expressar sua interpretação sobre o artigo 5º. O artigo 4º, “d” estabelece que, na falta de êxito em reverter a ruptura da ordem democrática, uma das sanções aplicáveis seria a “suspensão dos direitos derivados do Acordo de Cartagena e a concertação de uma ação externa em outros âmbitos”. A reserva colombiana recaiu sobre o final do dispositivo. Assim, o país não se considera obrigado à normativa contida em “concertação de uma ação externa em outros âmbitos”. Já a declaração feita pela Colômbia versa sobre o artigo 5º que dispõe que as medidas tomadas contra o Estado em que tenha restado rompida a ordem democrática serão acordadas mediante decisão do Conselho de Ministros das Relações Exteriores sem a participação do membro afetado. O governo colombiano fez constar de seu instrumento de ratificação que compreendia que esse dispositivo não inviabilizaria a intervenção do Estado onde teria havido a ruptura com a finalidade de garantir o direito de defesa.

A principal questão que se depreendia do instrumento de ratificação depositado pela Colômbia relaciona-se ao fato de não haver no Protocolo Adicional a previsão de reserva. O documento é um tratado realizado entre um número restrito de Estados e cuja finalidade, pode-se inferir, depende da aplicação de sua totalidade para todas as partes. Assim, restaria a aplicação dos parágrafos 2º e 5º do artigo 20 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. O dispositivo prevê que nesse caso – inexistência de previsão de reserva, número restrito de partes e importância da aplicação na íntegra do tratado – a reserva é tida como aceita depois de transcorridos doze meses sem que nenhuma das partes tenha feito objeções. Essa foi a interpretação da Secretaria Geral da CAN. Depois de um longo silêncio na Comunidade Andina sobre o futuro do Protocolo Adicional, finalmente em 2012, a Secretaria Geral se manifestou opinando pela aprovação do documento em quem constariam tanto a reserva quanto a declaração de interpretação da Colômbia<sup>51</sup>.

Foi então enviada ao Conselho Andino de Ministros das Relações Exteriores uma proposta de decisão que esclareceria sobre a entrada em vigor do Protocolo. O que parecia ser um desfecho para a vigência do documento segue como uma reticên-

<sup>46</sup> Art. 4º do Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena.

<sup>47</sup> Art. 6º do Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena.

<sup>48</sup> Art. 7º do Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena.

<sup>49</sup> Art. 17 do Acuerdo de Cartagena.

<sup>50</sup> Art. 5º do Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena.

<sup>51</sup> SG/Propuesta 291.

cia, já que não houve, desde então, qualquer manifestação oficial do Conselho sobre o assunto. Desde a assinatura do Protocolo, a política do Equador e da Bolívia passaram por mudanças importantes como parte da “virada à esquerda”. Já na Colômbia, desde 2002, quando Álvaro Uribe venceu as eleições para a Presidência, a tendência liberal tem prevalecido no país. As diferenças ideológicas pesaram contra o processo de integração, o que ficou explícito com a saída da Venezuela do bloco. A dificuldade em se encontrar uma definição para o Protocolo Adicional é um reflexo claro da própria CAN e das expectativas de seus membros em relação ao seu desenvolvimento. A tendência da Organização nos últimos anos tem sido de focar em questões comerciais. A falta de convergência entre os membros em relação a temas políticos tornou esta uma seara espinhosa para o bloco. Assim, apesar de o caminho percorrido até o final da década de 1990 parecer indicar para a paulatina institucionalização da promoção da democracia, as divergências políticas resultaram em uma interrupção desse processo.

Considerados os documentos sobre democracia que a Comunidade emitiu ao longo de sua trajetória, constata-se que não há adjetivação para a democracia. O Pacto Andino havia se aproximado de uma qualificação ao tratar, ainda em 1980, sobre a democracia participativa e o pluralismo na Carta de Conduta, mas estes termos não foram repetidos nos instrumentos da Comunidade sobre o tema. A associação da democracia ao Estado de Direito – realizada tanto na Declaração Presidencial quanto no Protocolo – dá margem a uma interpretação pelo viés procedimental.

#### 2.4. Mercado Comum do Sul

O Mercosul foi negociado e criado durante o processo de redemocratização da Argentina e do Brasil. Entre o fim dos regimes militares e a origem do bloco, em 1991, os documentos de soft law produzidos afirmavam a importância da democracia para aquela etapa do relacionamento entre os dois países. A Declaração de Iguazu, de 1985, primeiro passo formal que dispõe sobre as intenções de integração, destacava que as características deste regime político levariam a uma maior proximidade entre os países da região<sup>52</sup>. No mesmo sentido, aprofundando as propostas da Declaração, no ano seguinte foi assinada a Ata para a Integração Brasileiro-Argentina. O preâmbulo da Ata remete à relevância do momento político vivido e enfatiza que a integração será um fator positivo para o fortalecimento dos regimes democráticos. Nem a Declaração nem a Ata adjetivam a democracia. É interessante observar que as referências ao regime democrático deixaram de ser feitas quando ao invés dos instrumentos de soft law, os governos optaram por tratar convencionalmente a criação do bloco. Assim, o Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento entre o governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Argentina, de 1988, furta-se a qualquer alusão à democracia. O acordo constitutivo do Mercosul, Tratado de Assunção seguiu esta mesma diretriz.

O movimento de construção do Mercosul refletiu, portanto, de forma acurada, o contexto do fim da Guerra Fria. A democracia já era parte da agenda, mas as menções a ela ficavam restritas aos documentos de caráter ideacional, em textos que sublinham o valor da democracia e a relevância de sua consolidação. Contudo, não se dispunha

---

<sup>52</sup> Arts. 16 e 32 da Declaração de Iguazu.

sobre ações efetivas do bloco em relação ao regime político de seus membros, deixando transparecer rasa internalização dos membros quanto ao tratamento internacional do tema. No entanto, ao longo da década de 1990, com o sucesso das eleições nacionais nos países membros, a resistência da democracia eleitoral mesmo com algumas sérias adversidades<sup>53</sup> e o ambiente internacional que consolidava a democracia como tema da agenda, o Mercosul começou a construir um arranjo normativo que considerava o regime político central para a sua existência.

Logo nos anos seguintes ao Tratado de Assunção, esta tendência se estabeleceu por meio de declarações que tratavam especificamente da democracia. Em 1992, a Declaração Presidencial de las Lenãs dispôs que as instituições democráticas são essenciais para o desenvolvimento do Mercosul. Já em 1996, a Declaração Presidencial sobre Compromisso Democrático no Mercosul, deu início às bases para a ação do bloco em caso de “alteração da ordem democrática”<sup>54</sup>. O preâmbulo da Declaração traz, pela primeira vez, a democracia de forma qualificada, apontada sua versão representativa. O documento prevê um mecanismo de consultas entre as partes e com o Estado afetado por ruptura ou ameaça de ruptura da ordem democrática<sup>55</sup>. Em caso de as consultas resultarem inócuas, é prevista a aplicação das seguintes sanções ao Estado: suspensão da participação nos foros do Mercosul, dos direitos e obrigações consequentes das normas do bloco e dos acordos celebrados entre cada uma das partes e o país onde houver ocorrido a ruptura democrática<sup>56</sup>. Além disso, em uma demonstração da centralidade que a temática passava a ter no âmbito do Mercosul, foi disposto que as partes deveriam “incluir uma cláusula de afirmação do compromisso com os princípios democráticos nos acordos do Mercosul com outros países ou grupo de países”<sup>57</sup>.

Ao fim da década de 1990, o Mercosul estabeleceu, pela primeira vez em termos convencionais, um instrumento normativo especificamente sobre a democracia. O Protocolo de Ushuaia I foi assinado em 1998 pelos então membros do Mercosul – Argentina, Brasil Paraguai e Uruguai – e pelos países associados – Bolívia e Chile – e entrou em vigor em 2002. Aderiram posteriormente a ele Venezuela e Peru (2005) e também o Equador (2007). Em larga medida, Ushuaia foi a transformação daquilo que havia até então sido proposto por instrumentos de soft law em um documento de caráter indubitavelmente vinculante. O Protocolo se funda na concepção segundo a qual a existência do Mercosul estaria diretamente relacionada às instituições estatais democráticas<sup>58</sup>. Em caso de ruptura da ordem democrática de um membro, as partes podem, por consenso, optar por uma sanção que variaria entre suspender o direito de o Estado afetado participar dos órgãos do Mercosul até suspendê-lo dos direitos e obrigações resultantes dele<sup>59</sup>. Se com as Declarações que versavam sobre a democracia, poderia haver dúvida sobre a inserção da cláusula democrática no âmbito do Mercosul, com o Protocolo de Ushuaia foi sanada qualquer hesitação.

---

<sup>53</sup> Por exemplo, no Brasil, o *impeachment* de Fernando Collor em 1992, primeiro Presidente eleito pelo voto popular, e na Argentina, as constantes acusações de corrupção contra o então Presidente Carlos Menem.

<sup>54</sup> Art. 2º da Declaração Presidencial sobre Compromisso Democrático no Mercosul.

<sup>55</sup> Art. 3º da Declaração Presidencial sobre Compromisso Democrático no Mercosul.

<sup>56</sup> Art. 4º da Declaração Presidencial sobre Compromisso Democrático no Mercosul.

<sup>57</sup> Art. 5º da Declaração Presidencial sobre Compromisso Democrático no Mercosul.

<sup>58</sup> Art. 1º do Protocolo de Ushuaia I.

<sup>59</sup> Arts. 5º e 6º do Protocolo de Ushuaia I

O documento não detalha o fluxo do procedimento para além do mecanismo de consultas. Da mesma forma, opta-se em Ushuaia I por não qualificar a democracia. Além disso, não há qualquer definição do que é considerado como “ruptura da ordem democrática”. Há ampla discricionariedade dos Estados parte do documento para compreender se os eventos políticos ocorridos em um deles se caracterizariam como interrupção da democracia. O passo seguinte para o arranjo normativo do Mercosul em termos de promoção da democracia teve início em 2011 com a elaboração do Protocolo de Montevideu sobre Compromisso com a Democracia no Mercosul, também conhecido como Protocolo de Ushuaia II. O documento prevê sanções mais profundas ao se constatar a ruptura da democracia, mas não parece haver propensão política à ratificação pelo distanciamento político dos Estados membros nos últimos anos.

## 2.5. União das Nações Sul-Americanas

A criação da União das Nações Sul-Americanas se insere no movimento de substituição dos governos liberais na América Latina por líderes com tendência à esquerda (ESCOBAR, 2010). Sua formação, ao longo dos anos 2000 e início da década de 2010, coincide com o fortalecimento da “virada à esquerda”. Em 2004, durante a I Reunião de Presidentes da América do Sul foi constituída a Comunidade Sul-Americana de Nações (CSN) por meio da Declaração de Cusco. Todos os doze Estados da América do Sul assinaram o documento. A Declaração reconhecia a democracia como um dos valores comuns aos povos da região<sup>60</sup>. Há, no documento, menção à Carta Democrática Interamericana adotada no âmbito da OEA, considerada pelos países como um marco na luta contra a corrupção<sup>61</sup>. O fato de ter suas raízes estabelecidas quando as organizações internacionais já se ocupavam do regime político de seus membros tornou esta uma questão da agenda desde o nascimento da Comunidade. A mesma abordagem continuaria com a passagem da CSN para a União das Nações Sul-Americanas. Dois anos depois da Declaração de Cusco, em 2006, na II Reunião de Presidentes Sul-Americanos, foi assinada a Declaração de Cochabamba: Colocando uma Pedra Fundamental para a União Sul-Americana. O documento foi considerado efetivamente o início do processo de integração da América do Sul. O esforço de integração é percebido como “uma alternativa para evitar que a globalização aprofunde as assimetrias, contribua para a marginalidade econômica social e política”<sup>62</sup>. No que concerne à democracia, a inovação da Declaração está em associá-la ao pluralismo político<sup>63</sup>. Reconhecendo a importância do regime democrático, sublinha-se a ideia de diversidade como contrapartida a modelos estáticos de regimes políticos.

O Tratado Constitutivo da União das Nações Sul-Americanas foi finalmente aprovado em 2008, entrou em vigor em 2011 e segue a ideia de se configurar como um contra-movimento. A Unasul é o foro regional que reúne o maior número de países na região depois da OEA e que, em certa medida se perfaz como uma alternativa à organização hemisférica e se isola da influência direta dos Estados Unidos<sup>64</sup>. O

<sup>60</sup> Art. 1º da Declaração de Cusco.

<sup>61</sup> Art. 1º da Declaração de Cusco.

<sup>62</sup> Art. 1º da Declaração de Cochabamba.

<sup>63</sup> Art. 2º, IV da Declaração de Cochabamba.

<sup>64</sup> Uma das consequências de recente ascensão de governos de centro direita e direita na América Latina é o esvaziamento da Unasul. Brasil, Argentina, Colômbia, Chile, Peru e Paraguai suspenderam suas participações no bloco e a Colômbia decidiu se retirar.

preâmbulo do Tratado da Unasul dispõe sobre os princípios basilares da integração, enumerando, entre eles, democracia, participação cidadã e pluralismo. Na parte normativa, estipula-se como um dos objetivos da Organização o fortalecimento da democracia<sup>65</sup>. A fórmula encontrada pela Unasul para tratar deste tema em seu tratado constitutivo difere daquela adotada pela OEA. A OEA adjetivou em sua Carta a democracia, especificando que a forma representativa seria importante para a solidariedade regional. A Unasul optou por não qualificar o regime democrático, mas especificar que ela se relaciona à participação cidadã e ao pluralismo. O documento não desenvolve esses pontos, mas quando se tem como pano de fundo a discussão ocorrida durante a negociação da Carta Democrática acerca da democracia representativa *versus* participativa, é possível interpretar que o viés participativo tenha sido contemplado com o termo “participação cidadã”. Naquele momento, o novo constitucionalismo latino-americano se destacava com a aprovação de Constituições que tinham como princípio a diminuição da *accountability* horizontal e o incremento dos instrumentos diretos de participação popular típicos da democracia participativa – notadamente o caso de Venezuela (1999), Equador (2008), Bolívia (2009). A menção ao pluralismo tenta mitigar a eventual subsistência de uma abordagem única para a concepção da democracia.

Em 2010, foi adotado o Protocolo Adicional ao Tratado Constitutivo da Unasul sobre o Compromisso com a Democracia que começou a vigorar em março de 2014<sup>66</sup>. Em termos de conteúdo, trata-se de um documento que define as bases processuais para ação da Organização em caso de ruptura da democracia. Sua incidência ocorre quando há “ruptura ou ameaça de ruptura da ordem democrática, de uma violação constitucional ou de qualquer situação que coloque em risco o exercício legítimo do poder e a vigência dos valores e princípios democráticos”<sup>67</sup>. Há, portanto, uma ampla gama de situações em que a Unasul atua para promoção da democracia. O Protocolo dispõe sobre as medidas – bastante fortes – a serem tomadas caso a Unasul decida agir neste contexto: suspensão do direito de participar dos órgãos Organização e de gozar dos benefícios relativos a ela; fechamento parcial ou total das fronteiras terrestres com suspensão ou limitação do comércio, tráfego aéreo e marítimo, comunicações, provisão de energia, serviços e suprimentos; promoção da suspensão do Estado de outras organizações regionais e internacionais; promoção, em relação a terceiros países e blocos, da suspensão dos direitos e benefícios derivados de acordos de cooperação; adoção de sanções políticas e diplomáticas<sup>68</sup>. As medidas cessam quando “verificado o restabelecimento da ordem democrática constitucional”<sup>69</sup>. Ao mesmo tempo em que se aplicam as sanções, o órgão responsável por elas deve “interpor seus bons ofícios e realizar gestões diplomáticas para promover o restabelecimento da democra-

<sup>65</sup> Art. 2º do Tratado Constitutivo da Unasul.

<sup>66</sup> A entrada em vigor ocorreu após ratificação de Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Guiana, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela. Dois países seguem sem ratificar o Protocolo. Brasil e Paraguai. A apreciação do documento está em tramitação no Brasil. O Senado do Paraguai reprovou o Protocolo em 2012.

<sup>67</sup> Art. 1º do Protocolo Adicional ao Tratado Constitutivo da Unasul sobre o Compromisso com a Democracia.

<sup>68</sup> Art. 4º do Protocolo Adicional ao Tratado Constitutivo da Unasul sobre o Compromisso com a Democracia.

<sup>69</sup> Art. 7º do Protocolo Adicional ao Tratado Constitutivo da Unasul sobre o Compromisso com a Democracia.

cia no país afetado”<sup>70</sup>. Na hipótese de um governo constitucionalmente estabelecido comunicar à Unasul sobre uma grave ameaça de ruptura ou alteração da ordem democrática, as medidas tomadas são “ações concretas de cooperação”, não especificadas pelo Protocolo, e um pronunciamento da Unasul acerca da situação<sup>71</sup>.

Por um lado, as decisões do Conselho de Chefes de Estado e Governo ou do Conselho de Ministros devem ser tomadas por consenso, o que dificulta as deliberações. Por outro, as medidas são extensas e profundas e ultrapassam mesmo o âmbito da Unasul, podendo incluir outros blocos e países alheios à Organização, o que justifica o processo árduo. O documento é silente sobre qualquer definição do que se entende, no contexto da Organização, por democracia. As menções trazem o termo não adjetivado e sem outras disposições que possam auxiliar nesta compreensão. Como se trata de um documento acessório ao Tratado Constitutivo da Organização, valem para a noção de democracia, aquilo que prevê o Tratado, ou seja, as ideias de participação cidadã e de pluralismo. Não há dúvidas em relação à imperatividade do documento para os Estados que o ratificam. A Unasul optou por um instrumento de *hard law* para dispor sobre a aplicação de sanções a um Estado membro que se afasta da democracia. Realizado na forma convencional, ele compõe o Tratado Constitutivo da Unasul para os membros que o ratificam.

## 2.6. Aliança Bolivariana para os Povos da Nossa América

Entre meados dos anos 1990 e o início dos anos 2000, a agenda do continente americano foi marcada pela inserção do tema da criação de uma área de livre comércio hemisférica. A proposta acerca da Área de Livre Comércio para as Américas (ALCA) foi realizada pelo então Presidente Bill Clinton durante a Cúpula das Américas de 1994. O objetivo era a eliminação das barreiras alfandegárias entre os países da região – com a exceção de Cuba – até 2005. As tratativas sobre a ALCA coincidiram com a implementação dos planos de estabilização econômica que trouxeram consigo as reformas liberais que visavam a uma menor participação do Estado na economia e a uma maior liberdade para as práticas do mercado. É neste período também que tem início o aprofundamento da polarização ideológica na América Latina, com a ascensão de líderes da esquerda que questionavam o repertório tradicional liberal. Problemas como as disparidades econômicas da região e a falta de infraestrutura produtiva para fazer frente ao bloco minaram o projeto da ALCA. Em um cenário de muitas oposições e hesitações, na Cúpula de 2005, as negociações foram interrompidas no que parece ter sido o fim do projeto. Contudo, durante os anos em que sua existência foi debatida, delineou-se uma reação a ela a partir da proposta realizada por Hugo Chávez durante a III Cúpula de Chefes de Estado e Governo da Associação de Estados Caribenhos. A ideia era criar uma aliança que se opusesse à influência norte-americana na região (BAGLEY; DEFORT, 2015). Em 2004, com a Declaração Conjunta entre a Venezuela, comandada por Hugo Chávez, e Cuba de Fidel, a Alternativa Bolivariana para os Povos da Nossa América (ALBA) começou a se concretizar.

<sup>70</sup> Art. 5º do Protocolo Adicional ao Tratado Constitutivo da Unasul sobre o Compromisso com a Democracia.

<sup>71</sup> Art. 6º do Protocolo Adicional ao Tratado Constitutivo da Unasul sobre o Compromisso com a Democracia.

Desde 2004, outros países se uniram à ALBA. Além de Cuba e Venezuela, aderiram ao bloco Antígua e Barbuda, Bolívia, Dominica, Equador, Honduras – que abandonou o bloco em 2009 – Nicarágua e São Vicente e Granadinas. O nome do arranjo deixou de ser “Alternativa Bolivariana...” e passou para “Aliança Bolivariana para os Povos da Nossa América”, ao qual foi mais tarde acrescentado o “Tratado de Comércio dos Povos” conhecido pela sigla ALBA-TCP ou simplesmente ALBA. O bloco se configura como a mais singular experiência de arranjo multilateral na América Latina e Caribe. Sua atuação se sustenta na díade negação dos ideais liberais, encarnados especialmente pelos Estados Unidos, e afirmação de seu compromisso com a problemática social que afeta a região (BAGLEY; DEFORT, 2015). Os documentos emitidos pela Aliança estão repletos de passagens que demonstram estes posicionamentos. Uma das mais expressivas está inserida nos Princípios Fundamentais do Tratado de Comércio entre os Povos, no qual se lê que: “(...) as políticas de caráter neoliberal aplicadas na América Latina e no Caribe têm (...) aprofundado a desigualdade e a pobreza e beneficiado exclusivamente os agentes econômicos transnacionais e os grandes monopólios (...)”<sup>72</sup>. E o raciocínio se completa com o enaltecimento dos movimentos revolucionários, que teriam buscado “(...) romper com os esquemas hegemônicos e superar o modelo neoliberal e seus efeitos (...) assim como em avançar na construção de um projeto alternativo baseado nos princípios da solidariedade, cooperação, complementaridade, respeito à soberania e à autodeterminação”<sup>73</sup>.

A particularidade do bloco também está refletida na forma como este arranjo se apresenta em termos institucionais. Não há, até o momento, um tratado formal de constituição da ALBA. Em sua VII Reunião, em 2009, foram definidos os já mencionados “Princípios Fundamentais do Tratado de Comércio entre os Povos”. O Tratado, porém, nunca chegou a ser proposto. Dessa forma, apesar do nome – Aliança Bolivariana para os Povos da Nossa América – Tratado de Comércio dos Povos – a existência da ALBA se funda, basicamente, em instrumentos com pouca ou nenhuma vinculação jurídica para as partes, o que se depreende tanto de sua forma quanto de seu conteúdo. São declarações e comunicados que se pautam na vontade política e na aderência ideológica dos governos ao arranjo e ao bolivarianismo. A Aliança Bolivariana ecoa, portanto, em sua turva existência formal as características dos regimes políticos em que se advoga pelo aprofundamento da participação popular com diminuição da *accountability* horizontal. A estrutura institucional repercute a ideia de participação, enquanto a ausência de instrumentos de *hard law* demonstra a falta de envolvimento dos legislativos nacionais com o bloco.

Diante de tantas singularidades, as manifestações e os silêncios da ALBA sobre o regime político de seus membros tornam-se um horizonte particularmente interessante de análise sobre a promoção da democracia na América Latina. No âmbito do bloco, a democracia, quando mencionada, não é qualificada<sup>74</sup>. Mas há passagens de diferentes documentos que deixam margem para o exame do que se compreende como um regime democrático. A abordagem participativa, tão defendida por parte importante do grupo de países que compõe a ALBA está presente em seus documentos. No

<sup>72</sup> Preâmbulo dos **Principios Fundamentales del Tratado de Comercio de los Pueblos**.

<sup>73</sup> Preâmbulo dos **Principios Fundamentales del Tratado de Comercio de los Pueblos**.

<sup>74</sup> Nesse sentido, as Declarações Conjuntas de 2004 e 2009, e as Declarações de **Solidariedade e Apoio à República da Bolívia e de Apoio ao Processo de Transformações na Democracia que Leva Adiante o Povo da Bolívia, ambas de 2008**.

documento intitulado Estrutura e Funcionamento da ALBA-TCP, menciona-se que a transformação das sociedades latino-americanas passa por “uma participação mais efetiva dos povos na conformação de seu próprio destino”<sup>75</sup>. Esta passagem enfatiza a importância do conteúdo participativo da democracia. Apesar de não mencionar expressamente o termo “democracia”, nela são utilizados princípios relacionados a esta abordagem (CAMARGO, 2013).

Duas outras Declarações de 2009 também versam sobre o tema. Na Declaração conjunta emitida na Reunião daquele ano, afirmou-se que “as próximas eleições gerais na Bolívia (...) ressaltam novamente a convicção democrática dos países da ALBA-TCP, em resposta às atitudes e aos movimentos golpistas na América Latina e no Caribe”<sup>76</sup>. A ênfase no processo eleitoral demonstra que o viés procedimental tem lugar na concepção de democracia do bloco, o que pode soar como uma contradição diante da realidade política de Cuba, uma das fundadoras do bloco, sem eleições para o Executivo Nacional desde a Revolução. Concomitantemente a este documento, foi emitida a Declaração Final sobre Meios de Comunicação que expressou a crítica daqueles governos em relação “às campanhas difamatórias e de desinformação que obedecem a linhas estratégicas ditadas dos centros de poder imperial (...)” e declarou que “a comunicação deve transcender a visão mercantilista associada aos grandes consórcios e oligopólios ou cadeias que pretendem sequestrar a democracia, derrocar governos [que buscam] sociedades com maior inclusão e participação democrática”<sup>77</sup>. Neste ponto, percebe-se o afastamento da ALBA do modelo liberal de democracia, que tem na plena liberdade de imprensa – e na eventual responsabilização dos meios de comunicação por desvios cometidos – parte importante de seu corolário. Constata-se, assim, que o modelo econômico baseado em uma versão livremente adaptada do trotskismo que busca adequar o socialismo ao século XXI, repercute na concepção sobre o regime político defendido pelo bloco (HIRST; SABATINI, 2015). A ideia de uma democracia mais participativa e menos liberal está entremeada nos documentos sobre o tema.

A conformação normativa da ALBA – sem documentos sobre Direitos Humanos ou sobre procedimentos acerca das medidas a serem tomadas em caso de ruptura da democracia – colaboram para o número relativamente baixo de instrumentos que se configuram como normas gerais a respeito dos regimes políticos dos Estados. Os documentos se restringem à seara do *soft law* e, ainda assim, de maneira pouco enfática e sem muitas definições, reverberando a informalidade do bloco. Este fato não chega a ser uma surpresa. O Direito Internacional e os arranjos regionais de integração são fruto das relações políticas. A tendência é que, com o tempo, os arranjos regionais apoiem-se em instrumentos normativos que comprometam inequivocamente os Estados na perspectiva jurídica – assim ocorreu com o sistema interamericano e com os demais blocos sub-regionais examinados. O nível de polarização política que a ALBA representa parece tornar difícil a passagem de um concerto meramente político para uma composição que conte com instrumentos jurídicos mais solidamente construídos, o que reverbera em sua atuação em relação à promoção da democracia. Este fato se torna ainda mais latente com o recente declínio da “virada à esquerda”.

<sup>75</sup> Art. 2º da **Estructura y Funcionamiento del ALBA-TCP**.

<sup>76</sup> Art. I, 30 da **Declaración Conjunta**.

<sup>77</sup> Art. 1º da **Declaración Final Medios** de Comunicación.

### 3. CONCLUSÃO

A construção normativa da promoção da democracia teve, no que concerne às normas abstratas, diferentes caminhos nas organizações regionais. A projeção da democracia representativa de cunho liberal foi realizada no âmbito da OEA e do SICA. As duas organizações prezaram, portanto, pela visão que tem predominado no *mainstream*. Unasul, Mercosul, Comunidade Andina e ALBA optaram por não qualificar a democracia e, em alguns casos, associá-la a termos que dão margem à compreensão de que alguma diversidade seria possível em termos de regime político. Estes são os casos da conexão entre democracia e pluralismo político nas normas gerais da Unasul e da ideia de ampliação dos mecanismos de participação contidos nos documentos da ALBA. CAN e ALBA trataram da promoção da democracia apenas em instrumentos de *soft law* enquanto as demais organizações optaram por *hard law*. Em relação às medidas a serem tomadas em caso de ruptura da democracia, há também divergências. Enquanto a OEA prevê a suspensão do Estado membro, Mercosul e Unasul preveem também outras medidas – a Unasul possuindo sanções especialmente profundas. O SICA prevê de forma geral a possibilidade de adoção de medidas consideradas pertinentes. Já a CAN e a ALBA não têm documentos que dispõem sobre sanções em caso de ruptura da democracia.

Em tempos e de maneiras diferentes, a elaboração de normas gerais sobre a promoção da democracia alcançou uma profundidade significativa na América Latina, especialmente se considerar-se que em um passado recente esse era um tema prioritariamente doméstico. Houve, portanto, um entendimento coletivo de que os regimes políticos dos Estados latino-americanos constituem pauta da agenda regional. A confluência, no entanto, não ocorreu necessariamente em relação ao seu conteúdo e mecanismos de reação em caso de crises. Arranjos diferentes, mesmo que com membros coincidentes, chegaram a entendimentos diversos sobre o significado do regime democrático e sobre como lidar com rupturas da democracia. Foi construída assim uma curiosa oposição. A formação de um corpo normativo que versa sobre regimes políticos domésticos exige uma convergência significativa da sociedade internacional. Contudo, uma análise acurada do desenvolvimento deste processo revela que a divergência é também elemento constitutivo da promoção da democracia na América Latina.

### REFERENCIAS

ACORDO de Esquipulas I, 1986.

ACORDO de Esquipulas II, 1987.

AGUIAR, Asdrúbal. **La Democracia en el Derecho Internacional de las Americas**. Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México, 9 al 14 de febrero de 2004.

ALBA. **Declaración Conjunta** de 17 de outubro de 2009.

ALBA. **Declaración de Apoyo al Proceso de Transformaciones en Democracia que Lleva adelante el Pueblo de Bolivia**, 2008.

- ALBA. **Declaración de Apoyo al Proceso de Transformaciones en Democracia que Lleva adelante el Pueblo de Bolivia**, 2008.
- ALBA. **Declaración de Solidaridad y Apoyo a la República de Bolivia**, 2008.
- ALBA. **Declaración Final Medios de Comunicación**, 2009.
- ALBA. **Estructura y Funcionamiento del ALBA-TCP**, 2009.
- ALBA. **Principios Fundamentales del Tratado de Comercio de los Pueblos**, 2009.
- BAGLEY, Bruce M.; DEFORT, Magdalena. Introduction. In: BAGLEY, Bruce M.; DEFORT, Magdalena (Ed). **Decline of the U.S. hegemony: a challenge of ALBA and a new Latin American integration of the twenty first century**. Maryland: Lexington Books, 2015, p. xvii-xxii.
- BRAGA, Maria do Socoro; AMARAL, Oswaldo E. do. **Governos de Esquerda e a Qualidade da Democracia na América Latina**: Notas de Pesquisa. 36º Encontro Anual da Anpocs – GT 25 – Partidos e Sistemas Partidários. Águas de Lindóia, 21 a 25 de outubro de 2012.
- CAMARGO, Alan. A Promoção de Democracia pela OEA: Perspectiva sobre os Envolvimentos da Organização nas Crises nas Democracias do Pós-Guerra Fria. **Monções: Revista de Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados, Dourados**, v.2. n.3, jan./jun., 2013, p. 261-285.
- CAN. Decisión 458/1997. **Lineamientos de la Política Exterior Común**, 1997.
- CAN. **Declaración del Consejo Presidencial Andino sobre Democracia e Integración**, 1998.
- CAN. **Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena/Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia**, 2000.
- CAN. **Protocolo Modificatório del Acuerdo de Integración Sub-Regional Andino (Protocolo de Trujillo)**, 1996.
- CAN. SG/Propuesta 291. **Propuesta de la Secretaría General sobre Entrada en Vigencia del Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena “Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia”**, 2012.
- CJI. **Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano a la Asamblea General**. Rio de Janeiro: 2003.
- CJI. **Observaciones y Comentarios Del Comité Jurídico Interamericano sobre el Proyecto de Carta Democrática Interamericana**. Rio de Janeiro: 2001.
- COOPER, Andrew; LEGLER, Thomas. **Intervention Without Intervening? The OAS Defense and Promotion of Democracy in the Americas**. New York: Palgrave Macmillan, 2006.
- CSN. **Declaração de Cusco**, 2006.
- CUPULA DAS AMÉRICAS. **Declaração da Cidade de Quebec**, 2001.
- ESCOBAR, Arturo. Latin America at a Crossroads, **Cultural Studies**, 24, 2010, p. 1-65.
- FUKUYAMA, Francis. **The end of history and the last man**. New York: Free Press, 1992.
- HIRST, Joel D.; SABATINI, Christopher. A Guide ALBA: What is the Bolivarian Alternative to the Americas and What does it do? In: BAGLEY, Bruce M.; DEFORT, Magdalena (Ed). **Decline of the U.S. hegemony: a challenge of ALBA and a new Latin American integration of the twenty first century**. Maryland: Lexington Books, 2015, p. 01-12.

HOFFMANN, Andrea Ribeiro. Avaliando a influência das organizações regionais de integração sobre o caráter democrático dos regimes de seus Estados-Partes: o caso do Mercosul e o Paraguai. **Cena Internacional** (UnB), Brasília, v. 7, p. 83-92, 2005.

HUBERT, Jean-Paul. **Seguimiento de la Aplicación de la Carta Democrática Interamericana**. In: OEA/Ser. Q CJI/doc.317/09 corr.1 19 marzo 2009.

MERCOSUL. **Declaração de Iguazu**, 1985.

MERCOSUL. **Declaração de las Leñas**, 1992.

MERCOSUL. **Declaração Presidencial sobre Compromisso Democrático do Mercosul**, 1996.

MERCOSUL. **Protocolo de Montevideu sobre o Compromisso com a Democracia no Mercosul** (Protocolo de Ushuaia II), 2011.

MERCOSUL. **Protocolo de Ushuaia I**, 1998.

MERCOSUL. **Tratado de Assunção**, 1991.

MERCOSUL. **Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento entre a República Federativa do Brasil e o Governo da República Argentina**, 1988.

ODECA. **Carta de la Organización de Estados Centroamericanos**, 1951.

OEA. AG/DEC. 4 (XXIII-O/93). **Declaração de Manágua**, 1993.

OEA. AG/RES. 1080 (XXI-0/91). **Democracia Representativa**, 1991.

OEA. **Carta da Organização dos Estados Americanos**, 1948.

OEA. **Carta Democrática Interamericana**, 2001.

OEA. **Carta Democrática Interamericana: Documentos e Interpretaciones**, 2003.

OEA. **Protocolo de Washington**, 1992.

ONU. **Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados**, 1969.

PACTO ANDINO. **Carta de Conducta**, 1980.

ROGET, Maristela Rodrigues. **Le Système Interaméricain et les Principes Démocratiques**. Paris: L'Harmattan, 2009.

SHELTON, Dinah. **Regional Protection of Human Rights**. Vol. 1. Oxford: Oxford University Press, 2010.

SICA. **Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos**, 1991.

SICA. **Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamerica**, 1995.

SORTO, Fredys Orlando. A integração econômica centro-americana: da união política à integração. **Verba Juris** (UFPB), João Pessoa, v. 1, n.1, 2002, p. 120-136.

UNASUL. **Declaração de Cochabamba**, 2006

UNASUL. **Protocolo Adicional da Unasul sobre o Compromisso com a Democracia**, 2010.

UNASUL. **Tratado Constitutivo das Nações Sul-Americanas**, 2008.

VILLALTA, Ana Elizabeth. La Carta Democrática Interamericana y el Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamerica. **XXXVIII Curso Derecho Internacional**, 2011, p. 179-214.

WEYLAND, Kurt. The Performance of Leftist Governments in Latin America: Conceptual and Theoretical Issues. In: WEYLAND, Kurt; MADRID, Raúl L.; HUNTER, Wendy (Ed.). **Leftist Governments in Latin America: Successes and Shortcomings**. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 01-27.

ZANATTA, Loris. The Pink Tide Recedes: Latin América Turns the Page. In: MORI, Antonella; ZANATTA, Loriz. **Latin America at a Crossroads**. Milão: Ledizioni, 2017, p. 15-30.

**Submetido em: 30 nov. 2017. Aceito em: 14 dez. 2018.**





# A CONCEITUAÇÃO AMPLIADA DA JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL NO SISTEMA INTERAMERICANO PELA OC-23/17: OS AVANÇOS NA INTERNACIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO AMBIENTAL

*Renata Mantovani de Lima*  
*Natielli Efigênciã Mucelli Rezende Veloso*

## **Resumo**

Em 15 de março de 2016, a Colômbia solicitou uma opinião consultiva à Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o significado de “jurisdição” presente no artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Em sua decisão, a Corte adotou um modelo ampliado de jurisdição quanto à pessoa, em que os efeitos extraterritoriais são, em si, suficientes para colocar um indivíduo sob a jurisdição do Estado causador de danos, no que diz respeito às obrigações ambientais no sistema americano. O presente trabalho analisa os avanços nessa compreensão, relacionando-a com o desenvolvimento sustentável e com a crescente internacionalização da proteção do meio ambiente. Para tanto, serão utilizadas pesquisas bibliográficas e documentais, com o procedimento metodológico dedutivo.

## **Palavras-chave**

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Jurisdição Extraterritorial. Opinião Consultiva

## **THE BROADER CONCEPT OF EXTRATERRITORIAL JURISDICTION ON THE INTER AMERICAN SYSTEM THROUGH OC-23/17: THE ADVANCES ON THE INTERNATIONALIZATION OF THE PROTECTION OF THE ENVIRONMENT**

## **Abstract**

In March 15 of 2016, Colombia requested an advisory opinion from the Inter American Court of Human Rights over the meaning of “jurisdiction”, stated on article 1.1 of the American Convention of Human Rights. In its decision, the Court adopted a broader model of jurisdiction over the individuals, in which the extraterritorial effects are, in themselves, enough to place an individual under the jurisdiction of the State which caused the damages, concerning environmental obligations on the American system. This paper analyses the advances in this understanding, relating it to sustainable development and the internationalization of the protection of the environment. In order to do so, bibliographical and documental researches will be used, with a deductive methodological procedure.

- 
- Doutorado e Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2011/2006), com Pesquisa realizada na Universidade de Pisa/Itália. Possui Graduação em Direito pela Faculdade Milton Campos (2003). Membro do Jurídico do Grupo Anima Educação. Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Fundação Universidade de Itaúna/Minas Gerais. Professora e ex-Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário UNA. Professora e ex-Diretora do Curso de Direito do Centro Universitário de Belo Horizonte - UNIBH. Possui experiência na área Jurídica, com ênfase em Direito Público e Educacional.
  - Mestranda em Proteção dos Direitos Fundamentais, dentro da linha de pesquisa Organizações Internacionais e a Proteção dos Direitos Fundamentais. Pós-graduada pela Newton Paiva em direito penal. Formada em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Em 2013, foi contemplada com uma Bolsa-Prêmio de Vocação para a Diplomacia pelo Instituto Rio Branco e pelo Conselho Nacional do Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Possui interesse em direito internacional e direitos humanos.

## Keywords

Inter American Court of Human Rights. Extraterritorial Jurisdiction. Advisory Opinion

## 1 INTRODUÇÃO

Em 15 de março de 2016, a Colômbia solicitou uma opinião consultiva à Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o significado de “jurisdição” presente no artigo 1.1<sup>1</sup> da Convenção Americana de Direitos Humanos. O país sugeriu que os Estados teriam jurisdição funcional sobre áreas que são objeto de proteção ambiental por tratados internacionais (como a Convenção de Cartagena, que visa a proteção do meio ambiente marinho), dos quais os Estados sejam partes, independentemente de situarem-se ou não no território do Estado do qual provem o dano (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017b, § 1º). A Colômbia desejava, na verdade, que a Corte discorresse sobre a questão do meio ambiente marinho, remetendo-se à Convenção de Cartagena e perguntando, mais claramente, se ações que seriamente afetam o meio ambiente marinho são compatíveis com os direitos à vida e à integridade física. A Corte, no entanto, decidiu manifestar-se sobre o direito ao meio ambiente em geral e como ele relaciona-se com a questão da jurisdição – sendo pioneira numa análise tão ampla do direito ao meio ambiente (CIDH, 2017b, §35).

O resultado desse exercício consultivo, consolidado na decisão da OC-23/17, foi o estabelecimento do mais amplo nexo de jurisdição extraterritorial já argumentado por um tribunal internacional e, portanto, tal Opinião possui um valor inestimável numa retórica mais progressiva da proteção ambiental na perspectiva global. Isso dialoga com o atual enfoque no desenvolvimento sustentável, que tem colocado em primeiro plano preocupações sobre o meio ambiente que antes não eram priorizadas. Portanto, o presente trabalho pretende analisar os avanços da dita Opinião, demonstrando a quão paradigmática ela pode ser para o futuro da proteção internacional dos direitos ambientais no âmbito mundial, o que é essencial para o desenvolvimento sustentável.

A fim de atingirmos os objetivos acima descritos, primeiramente, analisar-se-á a relevância da internacionalização da proteção ao meio ambiente para o desenvolvimento sustentável, o qual vislumbra-se ser favorecido pela decisão exposta na Opinião Consultiva. Em seguida, estudar-se-á os mecanismos internacionais de opinião consultiva, atentando-se às particularidades do sistema americano. Posteriormente, tratar-se-á dos pontos desenvolvidos na OC-23/17 quanto ao conceito de “jurisdição”, demonstrando seus avanços e sua valia na proteção ambiental.

Com relação à metodologia utilizada, o tipo de pesquisa será a bibliográfica e documental, vez que proceder-se-á a investigação da literatura jurídica pertinente, bem como da Convenção Americana de Direitos Humanos e da jurisprudência apropriada. O procedimento metodológico que será usado é o dedutivo, pois se partirá de conceitos amplos e teorias do Direito para aplica-las na especificidade da conceituação

---

<sup>1</sup> O qual estabelece a seguinte obrigação: “Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social” (CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969, art. 1.1).

da jurisdição extraterritorial no âmbito do direito ambiental. Por fim, sobre os procedimentos técnicos, serão feitas análises interpretativa, comparativa e teórica.

## 2 O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E O MEIO AMBIENTE

A preocupação com a proteção do meio ambiente é fenômeno novo na história da humanidade, sendo a internacionalização de sua proteção um marco ainda mais recente (MAZZUOLI, 2013, p. 1025). Esse caráter de novidade decorre da própria razão para a necessidade de uma proteção internacional e dialoga com o pedido da OC-23: trata-se de uma necessidade moderna, pois os países se deram conta de que “[...] os problemas ambientais ultrapassam fronteiras e não têm como serem resolvidos senão pela cooperação entre eles” (MAZZUOLI, 2013, p. 1026).

Sobre a emergência dessa preocupação ambiental como um fenômeno entre Estados, pode-se identificar um exemplo insipiente na famosa arbitragem do caso da Fundação Trail, cuja decisão em 11 de março de 1941 deixou claro que nenhum Estado teria o direito de usar ou permitir o uso em seu território de maneira que cause danos por emanções de fumaça no ou até o território de outro (TRAIL SMELTER ARBITRATION, 1941, p. 1965). Assim, tratou-se de uma compreensão do meio-ambiente como inter-relacionado que criou um precedente relevante, muito embora ainda transcorrer-se-iam mais de duas décadas até o primeiro grande marco na proteção ambiental internacional: qual seja, a Conferência de Estocolmo, de 1972. Nela, já se associava, de maneira embrionária, a proteção ao meio ambiente com o desenvolvimento. Isso pode ser observado no Princípio 1: “O homem é ao mesmo tempo criatura e criador do meio ambiente, que lhe dá sustento físico e lhe oferece a oportunidade de desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente” (CONFERÊNCIA DE ESTOCOLMO, 1972). A mesma ideia é reforçada no Princípio 2, que afirma que “A proteção e a melhoria do meio ambiente humano constituem desejo premente dos povos do globo e dever de todos os Governos, por constituírem o aspecto mais relevante que afeta o bem-estar dos povos e o desenvolvimento do mundo inteiro” (CONFERÊNCIA DE ESTOCOLMO, 1972).

Tal conexão tornou-se mais evidente já no primeiro documento internacional em que o desenvolvimento sustentável foi conceituado. De fato, em 1987 a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento publicou o seu relatório intitulado “Nosso Futuro Comum”, também referenciado com frequência como “Relatório Brundtland”. Lá, o termo “desenvolvimento sustentável” é definido como o “desenvolvimento que atende às necessidades do presente sem comprometer as possibilidades de gerações futuras de atenderem às suas próprias necessidades (tradução nossa)”<sup>2</sup> (CMMAD, 1987, p. 41).

O relatório ainda salienta que os dois conceitos essenciais dentro dessa definição são: “necessidades”, termo com o qual deve-se compreender que prioridade deve ser dada àqueles mais pobres e marginalizados; e que a organização social e estado tecnológico devem ser limitados pelas capacidades do meio ambiente (CMMAD, 1987, p. 41). Portanto, o crescimento populacional deve ser orientado pelos recursos disponí-

---

<sup>2</sup> No original: “Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs”.

veis, sob a pena da ocorrência de um desastre ecológico. O nosso desenvolvimento de conhecimentos e tecnologia servem para potencializar nossos recursos, mas, em última instância, os limites existem e a sustentabilidade demanda que devemos garantir acesso à essas condições de vida às gerações presente e futuras.

Assim, resta claro que, desde as primeiras delimitações do conceito de desenvolvimento sustentável, especial foco era dado para a proteção do meio ambiente. De fato, uma compreensão mais tradicional da sustentabilidade abarcaria aspectos econômicos, sociais e ambientais, sofrendo, atualmente, uma expansão no escopo, conforme é defendido por Juarez Freitas, que compreende o desenvolvimento sustentável como:

“(...) o princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.” (FREITAS, 2016, p. 52)

Esse redimensionamento da importância do desenvolvimento sustentável no decorrer dos anos culminou na criação, por parte das Nações Unidas, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, o qual tem assumido, nos últimos anos, a vanguarda no que diz respeito à implementação do ideal de desenvolvimento sustentável ao redor do mundo. Dessa forma, essa visão atualizada do desenvolvimento sustentável - a qual tem assumido cada vez mais relevância no cenário internacional - serve para realçar a premente necessidade da proteção ambiental no contexto internacional. A proteção ao meio ambiente, essencial ao desenvolvimento sustentável, é também concretizado por órgãos adjudicatórios internacionais e o caso da OC-23/17, conforme veremos abaixo, é valoroso exemplo dos avanços que podem ser decorrentes dessa tutela internacional.

### 3 A FUNÇÃO CONSULTIVA

A relação entre as competências jurisdicional e consultiva datam da época do Direito Romano, no qual o Direito Romano Público podia ser diferenciado entre *auctoritas* – a opinião dada por indivíduo ou conjunto de indivíduos qualificados para tanto – e *potestas/imperium* – com decisões coercitivas (MIGUEL, 1999, p.16). No âmbito internacional, a primeira experiência nesse sentido – e em vários outros – deu-se na Corte Permanente de Justiça Internacional, conforme estava previsto no artigo 14 da Carta da Sociedade das Nações<sup>3</sup>. Tal dispositivo previa que a Corte seria competente para resolver todas discordâncias internacionais submetidas a ela pelos Estados-partes e, também, teria competência para dar opiniões consultivas sobre qualquer controvérsia ou questão submetida a ela pela Assembleia Geral ou pelo Conselho.

---

<sup>3</sup> O artigo previa que: “The Council shall formulate and submit to the Members of the League for adoption plans for the establishment of a Permanent Court of International Justice. The Court shall be competent to hear and determine any dispute of an international character which the parties thereto submit to it. The Court may also give an advisory opinion upon any dispute or question referred to it by the Council or by the Assembly” (CARTA DA SOCIEDADE DAS NAÇÕES, 1924, art. 14).

Essa prerrogativa foi muito usada, pois, em menos de vinte anos, a Corte Permanente deu vinte e sete opiniões consultivas (MIGUEL, 1999, p. 21).

Com o colapso da Sociedade das Nações, uma nova organização internacional nasceu: a Organização das Nações Unidas e, com ela, a Corte Internacional de Justiça. Este órgão buscou manter a competência consultiva previamente desenvolvida, explicitamente prevendo-a no artigo 96 da Carta da ONU<sup>4</sup> e nos artigos 65 a 68 do Estatuto da CIJ<sup>5</sup>. Pode-se verificar a adoção de algumas mudanças importantes nesses dispositivos como, por exemplo, a ampliação do rol dos legitimados para requerer as consultas, pois, se na Corte Permanente apenas podiam fazer tal requerimento a Assembleia e o Conselho, na CIJ a competência é estendida a outros órgãos e agências especializadas da ONU, devidamente autorizados pela Assembleia Geral. Outra alteração digna de nota é relacionada às matérias passíveis de serem submetidas à CIJ, as quais são limitadas às questões de lei e não mais qualquer controvérsia jurídica.

Outro exemplo internacional de um tribunal dotado de competência consultiva é a Corte Europeia de Direitos Humanos, sendo que isso apenas tornou-se possível com a reforma do Sistema Europeu de Direitos Humanos, que introduziu o Protocolo Adicional n° 2 à Corte Europeia, em 1963, mas que só se cristalizou nos artigos 47 a 49<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Art. 96: “1. A Assembleia Geral ou o Conselho de Segurança poderá solicitar parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça, sobre qualquer questão de ordem jurídica. 2. Outros órgãos das Nações Unidas e agências especializadas, que forem em qualquer época devidamente autorizados pela Assembleia Geral, poderão também solicitar pareceres consultivos da Corte sobre questões jurídicas surgidas dentro da esfera de suas atividades” (CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945, art. 96).

<sup>5</sup> Arts. 65 a 68: “Artigo 65 1. A Corte poderá dar parecer consultivo sobre qualquer questão jurídica a pedido do órgão que, de acordo com a Carta nas Nações Unidas ou por ela autorizado, estiver em condições de fazer tal pedido. 2. As questões sobre as quais for pedido o parecer consultivo da Corte serão a ela submetidas por meio de petição escrita, que deverá conter uma exposição do assunto sobre o qual é solicitado o parecer e será acompanhada de todos os documentos que possam elucidar a questão.

Artigo 66 1. O Escrivão notificará imediatamente todos os Estados, com direito a comparecer perante a Corte, do pedido de parecer consultivo. 2. Além disto, a todo Estado admitido a comparecer perante a Corte e a qualquer organização internacional que, a juízo da Corte ou de seu Presidente, se a Corte não estiver reunida, forem suscetíveis de fornecer informações sobre a questão, – o Escrivão fará saber, por comunicação especial e direta, que a Corte estará disposta a receber exposições escritas, dentro de um prazo a ser fixado pelo Presidente, ou a ouvir exposições orais, durante uma audiência pública realizada para tal fim. 3. Se qualquer Estado com direito a comparecer perante a Corte deixar de receber a comunicação especial a que se refere o parágrafo 2 deste artigo, tal Estado poderá manifestar o desejo de submeter a ela uma exposição escrita ou oral. A Corte decidirá. 4. Os Estados e organizações que tenham apresentado exposição escrita ou oral, ou ambas, terão a facilidade de discutir as exposições feitas por outros Estados ou organizações, na forma, extensão ou limite de tempo, que a Corte, ou se ela não estiver reunida, o seu Presidente determinar, em cada caso particular. Para esse efeito, o Escrivão deverá, no devido tempo, comunicar qualquer dessas exposições escritas aos Estados e organizações que submeterem exposições semelhantes.

Artigo 67 A Corte dará seus pareceres consultivos em sessão pública, depois de terem sido notificados o secretário-geral, os representantes dos membros das Nações Unidas, bem como de outros Estados e das organizações internacionais diretamente interessadas.

Artigo 68 No exercício de suas funções consultivas, a Corte deverá guiar-se, além disso, pelas disposições do presente Estatuto que se aplicam em casos contenciosos, na medida em que, em sua opinião, tais disposições forem aplicáveis” (ESTATUTO DA CIJ, 1945, arts. 65 a 68).

<sup>6</sup> Arts. 47 a 49: “Artigo 47 Pareceres 1. A pedido do Comitê de Ministros, o Tribunal pode emitir pareceres sobre questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção e dos seus protocolos. 2. Tais pareceres não podem incidir sobre questões relativas ao conteúdo ou à extensão dos direitos e liberdades definidos no título I da Convenção e nos protocolos, nem sobre outras questões que, em virtude do recurso previsto pela Convenção, possam ser submetidas ao Tribunal ou ao Comitê de Ministros. 3. A decisão do Comitê de Ministros de solicitar um parecer ao Tribunal será tomada por voto maioritário dos seus membros titulares.

Artigo 48 Competência consultiva do Tribunal O Tribunal decidirá se o pedido de parecer apresentado pelo Comitê de Ministros cabe na sua competência consultiva, tal como a define o artigo 47°.

Artigo 49. Fundamentação dos pareceres 1. O parecer do Tribunal será fundamentado. 2. Se o parecer não expressar, no seu todo ou em parte, a opinião unânime dos juizes, qualquer juiz tem o direito de o fazer acompanhar de uma exposição com a sua opinião divergente. 3. O parecer do Tribunal

da Convenção com o Protocolo nº 11 de 1998. Contudo, a competência consultiva para a Corte Europeia demonstra-se mais restritiva do que a da CIJ, já que, por exemplo, somente o Comitê de Ministros do Conselho da Europa pode requerer uma opinião e nunca sobre o conteúdo ou escopo de direitos ou liberdades ou outras questões que possam ser submetidas à Corte ou ao Comitê em virtude de recurso previsto na Convenção. Esse caráter mais limitado serviu para evitar que assuntos que poderiam potencialmente ser sujeitos a julgamentos jurisdicionais fossem levados à mera consulta (MIGUEL, 1999, pp. 25 e 26).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, possui uma competência consultiva que mais se assemelha à da CIJ, sendo que, de acordo com o artigo 64 da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>7</sup>, a competência para requerer tais opiniões se estende aos Estados-partes da Organização dos Estados Americanos e demais instituições da OEA, desde que o tema sobre o qual busca-se esclarecimento esteja dentro da competência do dito órgão. Assim, a Corte pode ser requerida a manifestar-se sobre a interpretação da Convenção - outros tratados de direitos humanos - ou sobre a compatibilidade de uma legislação interna com relação à Convenção - esta somente podendo ser requerida pelos Estados com relação ao seu ordenamento interno e revelando a doutrina desenvolvida na Corte de controle da convencionalidade (MIGUEL, 1999, pp. 29 e 30).

No decorrer dos anos, portanto, a Corte Interamericana foi chamada com frequência a se manifestar de maneira consultiva, por meio de provocações dos Estados-partes ou - de maneira recorrente - da Comissão Interamericana. Em muitos sentidos, ela reafirmou tendências globais ou avançou em pontos complexos, sendo que, contudo, foi além em 2017, ao demonstrar decidido tino para o avanço das perspectivas globais com relação ao direito ambiental quando na OC-23/17 apresentou uma compreensão que vai além à de outros tribunais internacionais quanto ao conceito de jurisdição extraterritorial no caso de danos ao meio ambiente. Nos ateremos, a partir de agora, à análise de tal decisão histórica.

#### 4 RELATO E ANÁLISE DA OC-23/17: OS AVANÇOS NO CAMPO DO DIREITO AMBIENTAL

Sobre a Opinião em questão, a Colômbia apresentou uma complexa solicitação, em que perguntou, primeiramente, se, de acordo com o artigo 1.1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, deveria ser considerado que uma pessoa, embora não localizada no território do Estado-parte, é sujeita à sua jurisdição. Para tanto, haveriam as seguintes condições cumulativas a serem atendidas: a pessoa estar presente ou residir em área definida e protegida por um regime convencional para a proteção do meio ambiente, ao qual o Estado relevante seja parte; que o dito regime estabelecesse uma área de jurisdição funcional - como na Convenção de Cartagena; que em

---

será comunicado ao Comitê de Ministros" (ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1945, arts. 47 a 49).

<sup>7</sup> Art. 64: "1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires. 2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais" (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969, art. 64).

tal área jurisdicional os Estados-partes tivessem a obrigação de prevenir, reduzir e controlar a poluição através de uma série de obrigações gerais ou específicas; que, como resultado do dano ou risco de dano ambiental na dita área protegida pelo tratado em questão – devendo o Estado ser tanto signatário dele quanto da Convenção Americana, para fins de intervenção da Corte IDH – os direitos humanos dos indivíduos afetados tivessem sido violado ou houvesse risco disso ocorrer

Adicionalmente, inquiriu-se se as medidas e condutas que, através de ação ou omissão de um Estado-parte, tivessem produzido efeitos capazes de causar danos graves ao ambiente marinho são compatíveis com as obrigações previstas nos artigos 4.1 e 5.1, da Convenção, ou em outros dispositivos nela presentes. Por fim, questionou-se se deveria ser interpretado e, se sim, até qual extensão, que as obrigações de respeitar e garantir os direitos humanos e liberdades previstas nos artigos 4.1 e 5.1, da Convenção, criariam uma obrigação nos Estados-partes de respeitar as normas ambientais internacionais que procuram prevenir o dano ambiental capaz de limitar ou prejudicar o efetivo gozo do direito à vida e à integridade física e que uma das formas de cumprir com tal obrigação seria através de uma análise de impacto ambiental nas áreas protegidas pelo Direito Internacional. Se aplicáveis, inquiriu-se quais parâmetros gerais deveriam ser considerados para a realização das análises de impacto ambiental na região do Grande Caribe (CIDH, 2017b, §§ 2º e 3º).

Contudo, salienta-se, a Corte exerceu sua discricionariedade de reformular pedidos consultivos, decidindo que a Opinião cobriria as responsabilidades gerais quanto ao meio ambiente que decorreriam da obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos, relacionando-se aos direitos à vida e à integridade física, em particular (CIDH, 2017b, §§ 35 e 38). Primeiramente, a Corte reafirmou o princípio da interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos<sup>8</sup> e, neste caso, ela usou tal princípio para construir um arcabouço jurídico para o direito a um meio ambiente sadio (CIDH, 2017b, §§ 47, 54, 55 e 57). Dessa forma, afirmou-se que tal direito possuiria dimensões individual e coletiva. Argumentou-se que a base convencional para esse direito estaria presente no artigo 11 do Protocolo de San Salvador – que trata do direito ao meio ambiente sadio – e, também, no artigo 26 da Convenção Americana – que trata do desenvolvimento progressivo (CIDH, 2017b, § 57). Tal constatação incluiria o direito a um meio ambiente sadio dentro dos direitos econômicos, sociais e culturais, protegidos no artigo 26<sup>9</sup>. Assim, o direito em questão foi definido como autônomo, muito embora conectado e com implicações sobre os direitos à vida, integridade física, privacidade, saúde, água, moradia, participação cultural, propriedade, proibição de não ser deslocado forçadamente, dentre outros (CIDH, 2017b, §§ 65 e 66).

---

<sup>8</sup> Ver, por exemplo, o posicionamento no caso *Lagos del Campo vs. Peru*, cuja sentença data de 31.08.2017: “Esta Corte ha reiterado la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello” (CIDH, 2017a, § 141).

<sup>9</sup> Nesse ponto temos a causa do posicionamento diferenciado presente nas Opiniões Concordantes dos juízes Vio Grossi e Sierra Porto, os quais discordaram de que o direito a um meio ambiente sadio seria passível de judicialização de maneira autônoma com base no art. 26 da Convenção, que trata dos direitos econômicos, sociais e culturais – os quais, para ambos, não poderiam ser judiciais de maneira direta (§§ 5º a 9º, da Opinião de Sierra Porto, e §§ 2º e 3º da Opinião de Vio Grossi). Sierra Porto salienta, ainda, que a Corte deveria ter-se limitado à ligação pretendida pela Colômbia do direito a um meio ambiente sadio com os direitos à vida e a integridade física (previstos, respectivamente, nos arts. 4º e 5º da Convenção Americana).

Prosseguindo em sua análise, a Corte reformulou a primeira questão apresentada para poder refletir se, de acordo com o artigo 1.1, da Convenção, deveria ser considerado que um indivíduo, embora não dentro do território de um Estado-parte, poderia ser sujeito à jurisdição do dito Estado (CIDH, 2017b, § 37). Cabe recordar que tal dispositivo prevê que: “Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma (...)”. Em resposta, a Corte estabeleceu que um indivíduo poderia estar sujeito à jurisdição de um Estado mesmo que não estivesse fisicamente em seu território e, para tanto, pela primeira vez em sua história, dedicou-se a definir limites ao termo “jurisdição”. Ela concluiu que um indivíduo poderia estar sob a jurisdição de um Estado ao adentrar em seu território ou se, de alguma forma, colocar-se sob a autoridade, responsabilidade ou controle dele (CIDH, 2017b, § 73).

Assim, a Corte argumentou que um indivíduo poderia estar, excepcionalmente, sob a jurisdição de um Estado de maneira extraterritorial (CIDH, 2017b, §§ 75 a 78, 81). Em sequência, a fim de embasar tal posicionamento, ela citou uma série de casos decididos atribuindo responsabilidade extraterritorial pela Corte Europeia de Direitos Humanos, o Comitê de Direitos Humanos e, também, alguns decididos pela própria Corte IDH – contudo, salientou serem casos com uma perspectiva diferente, vez que o controle, poder ou autoridade nessas situações decorreu de atuação militar ou de forças de segurança de um Estado em território estrangeiro (CIDH, 2017b, §§ 79 e 80). De fato, a Corte adotou um modelo ampliado de jurisdição quanto à pessoa, em que os efeitos extraterritoriais são, em si, suficientes para colocar um indivíduo sob a jurisdição do Estado causador de danos, no que diz respeito às obrigações ambientais no sistema americano (CIDH, 2017b, § 81).

Esclareceu-se, ainda, que o exercício de jurisdição pelo Estado-parte da Convenção Americana não depende de a conduta relevante ter sido realizada numa delimitada área geográfica especialmente protegida por tratados internacionais específico, mas que o Estado tenha possuído, naquele momento, o controle efetivo sobre o indivíduo afetado. Assim, entendeu-se que o exercício de jurisdição, de acordo com o preconizado no artigo 1.1 da Convenção, não dependeria da existência de obrigações decorrentes de regimes especiais de proteção de determinada área – a Corte citou a Convenção de Cartagena, que estabelece um regime especial de proteção dentro da área de sua jurisdição (CIDH, 2017b, §§ 89 a 94).

Contudo, embora expresso anteriormente como excepcional, a Corte deixou clara a ampla aplicação dessa responsabilidade extraterritorial, pois afirmou, primeiramente, que a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos requer que os Estados se abstenham de impedir ou dificultar que outros Estados cumpram suas obrigações perante a Convenção; e, também, que a pessoa cujos direitos tiverem sido violados está sob a jurisdição do Estado do qual originou tal violação, desde haja uma ligação causal entre os fatos que ocorrerem no território do Estado em questão e a violação extraterritorial de direitos humanos (CIDH, 2017b, §§ 101 e 102). Ainda se destacou um regime *sine delicto* ao afirmar-se que os Estados seriam obrigados a reparar prontamente, adequadamente e efetivamente o dano transfronteiriço resultante de

atividades realizadas em seu território ou sob sua jurisdição, independentemente de tal atividade ser ou não proibida pelo Direito Internacional (CIDH, 2017b, § 103).

Assim, as pessoas cujos direitos convencionais tenham sido vulnerados por conta de dano transfronteiriço se encontrariam sob a jurisdição do Estado de origem do dito dano, na medida em que o Estado tenha exercido um controle efetivo sobre as atividades que ocorreram em seu território ou em território sobre sua jurisdição. Também se esclareceu que, para respeitar e garantir os direitos à vida e à integridade física das pessoas sob sua jurisdição, os Estados teriam a obrigação de prevenir danos ambientais significativos dentro ou fora de território e, para tanto, deveriam regular, supervisionar e fiscalizar as atividades sob sua jurisdição que teriam o condão de produzir danos significativos ao meio ambiente – portanto, necessitariam de planos de contingências para mitigar os efeitos negativos de possíveis danos. Nesse sentido, os Estados deveriam atuar de acordo com o princípio da precaução, bem como teriam a obrigação de cooperar, de boa-fé, para a proteção contra danos transfronteiriços significativos ao meio ambiente (CIDH, 2017b, §244). Essa compreensão mais ampla da jurisdição da Corte é, em essência, mais benéfica para a proteção do meio ambiente no contexto internacional e, por consequência, do próprio desenvolvimento sustentável dos Estados americanos, vez que se permite o exercício da jurisdição da Corte sobre possíveis ofensores quando o dano é transfronteiriço. Trata-se de um avanço não conquistado em outros sistemas regionais de proteção aos direitos humanos.

De fato, estamos diante de uma compreensão inovadora quanto à jurisdição extraterritorial causal, a qual tem sido cuidadosamente evitada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, sendo a decisão sobre a admissibilidade do caso *Bankovic* um exemplo disso<sup>10</sup>. A Corte concluiu que “jurisdição”, conforme prevista no artigo 1º da Convenção Europeia de Direitos Humanos deveria receber um sentido “comum”, sendo considerada primariamente territorial, com exceções limitadas reconhecíveis – como na jurisdição de Estados sobre embarcações (CEDH, 2001, §§ 56-61). Também se reconheceu outra exceção quando o Estado exercer “controle efetivo” sobre território estrangeiro, de acordo com a posição no caso *Loizidou v. Turquia*, em que este país exerceu controle territorial no norte do Chipre (CEDH, 2001, §§ 68-71). Contudo, rejeitou-se a argumentação de que “controle efetivo” – e, com ele, jurisdição – poderia existir simplesmente por uma relação causal entre o risco/dano e a causa proveniente de um terceiro Estado (CEDH, 2001, § 75). O temor por parte da Corte Europeia era de que a jurisdição ligada a causa e efeito seria aberta de maneira desmedida é infundado, vez que, conforme estabelecido na aplicação pela Corte IDH, seria necessário, no caso concreto, que o Estado tenha falhado na sua obrigação positiva de prevenir

<sup>10</sup> Na decisão quanto à admissibilidade do caso, estabeleceu-se que: “In the first place, the applicants suggest a specific application of the “effective control” criteria developed in the northern Cyprus cases. They claim that the positive obligation under Article 1 extends to securing the Convention rights in a manner proportionate to the level of control exercised in any given extra-territorial situation. The Governments contend that this amounts to a “cause-and-effect” notion of jurisdiction not contemplated by or appropriate to Article 1 of the Convention. The Court considers that the applicants’ submission is tantamount to arguing that anyone adversely affected by an act imputable to a Contracting State, wherever in the world that act may have been committed or its consequences felt, is thereby brought within the jurisdiction of that State for the purpose of Article 1 of the Convention. The Court is inclined to agree with the Governments’ submission that the text of Article 1 does not accommodate such an approach to “jurisdiction”” (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 2001, § 75).

violações quando sabia ou deveria saber da existência de risco real ou iminente a indivíduo ou grupo de indivíduos determinados (CIDH, 2017b, § 120).

## 5 CONCLUSÃO

A Opinião da Corte Interamericana mostra-se, conforme acima assinalado, inovadora em sua interpretação do conceito de jurisdição, indo em muitos sentidos, além da experiência de outros tribunais internacionais. Ela abriu as portas para uma análise mais ampliada da responsabilização internacional extraterritorial, despida das tradicionais amarras da territorialidade que, geralmente, implicam numa visão restrita dos limites jurisdicionais – os quais levam, inexoravelmente, no complexo das relações globalizadas atuais, a violações de direitos humanos não passíveis de serem tuteladas juridicamente.

Nesse sentido, o direito internacional deu um decidido passo no sentido de uma tutela mais efetiva do meio ambiente e, por consequência, do desenvolvimento sustentável, adotando um modelo ampliado de jurisdição quanto à pessoa, em que os efeitos extraterritoriais são, em si, suficientes para colocar um indivíduo sob a jurisdição do Estado causador de danos. Resta aguardamos pela aplicação de tal visão ampliada no sistema americano e que esse salutar exemplo seja seguido por outros tribunais internacionais, a fim de que a vida humana seja resguardada com eficácia adequada nos diversos pontos do globo.

## REFERÊNCIAS

- CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS. 26 jun. 1945. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Nações-Unidas.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2018
- CARTA DA SOCIEDADE DAS NAÇÕES. Dez. 1924. Disponível em: <[http://avalon.law.yale.edu/20th\\_century/leagcov.asp](http://avalon.law.yale.edu/20th_century/leagcov.asp)>. Acesso em: 25 abr. 2018
- COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Relatório Nosso Futuro Comum**. 20 mar. 1987. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018
- CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 22 nov. 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2018
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Decision as to the admissibility of Application no. 52207/99 (Bankovic et. al vs. Bélgica et. al)**. 12 dez. 2001. Disponível em: <[http://www.rulac.org/assets/downloads/ECTHR\\_Bankovic\\_Admissibility.pdf](http://www.rulac.org/assets/downloads/ECTHR_Bankovic_Admissibility.pdf)>. Acesso em: 25 abr. 2018
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Lagos del Campo VS. Peru**. 31 ago. 2017 (2017a). Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_340\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf)>. Acesso em: 25 abr. 2018
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-23/17**. 15 nov. 2017 (2017b). Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_23\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf)>. Acesso em: 25 abr. 2018
- DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO. Jun. 1972. Disponível em: <<https://www.silex.com.br/leis/normas/estocolmo.htm>>. Acesso em: 10 set. 2018

ESTATUTO CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. 26 jun. 1945. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/cij/>>. Acesso em: 25 abr. 2018

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 7. ed., 2013

MIGUEL, Carlos Ruiz. "Advisory Function in the Inter-American System of Human Rights, A Comparative Approach: The Chrysalis of a Supra Constitutional Jurisdiction?". In: HABERLE, Peter (Ed.). *Jahrbuch Des Öffentlichen Rechts Des Gegenwart*. Heidelberg: Mohr Siebeck, 1999, pp. 15-33

TRAIL SMELTER ARBITRATION. 11 mar. 1941. Disponível em: <[http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_III/1905-1982.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf)>. Acesso em: 11 set. 2018

**Submetido em: 30 nov. 2018. Aceito em: 14 dez. 2018.**





# INTERNACIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO AMBIENTAL E A NECESSIDADE DE MAIOR EFETIVIDADE DAS AÇÕES DE REPARAÇÃO POR DANOS AMBIENTAIS: O CASO DE MARIANA

*Lyssandro Norton Siqueira*

*Beatriz Souza Costa*

## **Resumo**

Este artigo identifica a efetividade das normas legais que exigem das empresas atuação responsável e sustentável, e o entendimento das cortes do país, sobretudo quanto aos danos ambientais provocados pelas atividades extrativas. Demonstra-se que o Poder Judiciário, assegura o direito ao meio ambiente sustentável. Para que a resposta desse Poder seja efetiva, são necessárias: tomada rápida de decisão e adoção de medidas pelos legitimados processuais. A propositura de ações judiciais não assegura a efetividade da responsabilização ambiental, mas a obtenção de medidas adequadas pode assegurar a reparação ambiental e viabilizar a composição entre as partes, como no episódio de Mariana. Metodologia utilizada: jurídico-teórica e procedimento de raciocínio dedutivo. Técnica de pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

## **Palavras-chave**

Dano ambiental; justiça ambiental; mineração; transação; responsabilidade ambiental.

---

Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC/RIO. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos (2007). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1995). Procurador do Estado de Minas Gerais e Procurador-Chefe da Procuradoria de Patrimônio Imobiliário e Meio Ambiente (Advocacia-Geral do Estado). Coordenador do Curso Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável do Centro de Atualização em Direito (CAD). Professor da Escola Superior Dom Hélder Câmara, do Centro Universitário UNA e do Centro Universitário UNI-BH. Medalha de Honra da Inconfidência, conferida pelo Estado de Minas Gerais em 21/04/2017. Medalha do Mérito da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, conferida pelo Conselho da AGE em 07/03/2017. Coordenador, em Minas Gerais, da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil (APRODAB). Coordenador na Região Sudeste do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP). Possui artigos e livros publicados no Brasil e no exterior.

Doutorado em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) 2008. Possui Mestrado em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) 2003. Participou do Summer Program in North American Law for Brazilian Judges, Prosecutors and Attorneys, na Universidade da Flórida, Gainesville, em 2010. Apresentou o Pós-Doutorado na Universidade de Castilla-La Mancha na Espanha em julho de 2018, sobre Patrimônio Cultural. Docente do Programa de Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável (Pós-graduação e pesquisa), Professora da disciplina de Direito Constitucional Ambiental, da Escola Superior Dom Helder Câmara. Editora da Dom Helder Revista de Direito. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Ambiental, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Ambiental, Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, Direito Constitucional e Ciência Política.

# INTERNATIONALIZATION OF ENVIRONMENTAL PROTECTION AND THE NEED FOR INCREASED EFFECTIVENESS OF ENVIRONMENTAL DAMAGE REPAIR ACTIONS: THE CASE OF MARIANA

## Abstract

This article identifies the effectiveness of legal rules that require companies responsibility and sustainable action, and understanding of the courts, especially with regard to environmental damage caused by mining activities. It is shown that the judiciary, guarantees the right to a sustainable environment. In order for the response of this Power to be effective, it is necessary: rapid decision making and adoption of measures by the legitimized ones. The filing of lawsuits does not ensure the effectiveness of environmental liability, but the achievement of adequate measures can ensure environmental reparation and enable the composition between the parties, as in the Mariana episode. Methodology used: juridical-theoretical and procedure of deductive reasoning. Technique of research: doctrinal and jurisprudential.

## Keywords

Environmental damage; Environmental justice; mining; transaction; environmental responsibility.

## 1 INTRODUÇÃO

Os grandes empreendimentos, geradores de significativos impactos ambientais, são, em regra, executados por empresas multinacionais, com capital aberto no mercado das grandes bolsas de valores internacionais e operação em diversos países.

A internacionalização da proteção ambiental passa pela efetividade das normas internas de cada país, no sentido de viabilizar a integral reparação do dano ambiental, independentemente da sede do empreendedor ou da origem do capital investido.

A questão ganha maior importância quando se trata de responsabilidade ambiental por danos relacionados à atividade minerária. Isso porque a atividade mineral historicamente traz pouco desenvolvimento às regiões mineradas e não promove encadeamentos produtivos com outros setores na economia, destinando praticamente toda a produção à imediata exportação, com baixíssima empregabilidade (SILVA; SIQUEIRA, 2015). Além de não trazer grandes benefícios econômicos, a atividade mineral é altamente agressiva ao meio ambiente.

O desastre ambiental decorrente do rompimento da barragem de Fundão, integrante do complexo minerário da Samarco Mineração, localizado no Município de Mariana, em Minas Gerais, causou grande comoção mundial e despertou a comunidade jurídica para a discussão de temas relacionados à responsabilidade ambiental, considerando, especialmente, que a empresa responsável pela tragédia tem como sócias as duas maiores mineradoras do mundo: Vale e BHP.

O trabalho enumera algumas reflexões sobre a responsabilidade por danos ambientais, a partir da análise da transformação da sociedade brasileira, na sua relação com o meio ambiente, culminando com o aumento das atividades degradadoras e a necessidade de instrumentos jurídicos para o controle efetivo dessas atividades.

A análise será feita à luz da evolução do Direito Ambiental, podendo ser representada pela notável consolidação dos instrumentos jurídicos para a responsabilização ambiental, sob a perspectiva da tutela do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Entre esses instrumentos jurídicos o instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica tem especial destaque por viabilizar a constrição patrimonial dos sócios ou controladores das empresas responsáveis por danos ambientais.

Este trabalho foi desenvolvido com a metodologia jurídico-teórica e procedimento de raciocínio dedutivo, utilizando-se de técnica de pesquisa doutrinária e jurisprudencial para atingir seus objetivos.

## 2 A ATIVIDADE MINERÁRIA NO BRASIL E EM MINAS GERAIS

As sociedades primitivas tinham a sua organização pautada na subsistência, sem a necessidade de produção extraordinária de riquezas. Não se perseguia uma acumulação de excedentes. Assim, os povos primitivos tinham com o meio ambiente natural uma relação sustentável.

O modelo de desenvolvimento adotado pela sociedade brasileira, entretanto, foi vinculado à acumulação de riquezas, dirigido pelos colonizadores. O modo sustentável de exploração dos recursos naturais não serviu de base para o Brasil colonial. Desde o início da ocupação do território, os colonizadores demonstraram o firme propósito extrativista.

A prática de acúmulo de excedentes tem relação direta com o desequilíbrio ambiental. As sociedades consumistas têm a necessidade de acumulação de excedentes e, por consequência, são proporcionalmente as maiores causadoras de danos ambientais.

Curiosamente, a expressão “precaução”, tão presente atualmente no Direito Ambiental, consagrada como princípio que impõe a investigação de todas as possíveis consequências das atividades empreendedoras até se afastar a dúvida, era no passado colonial utilizada apenas para que a coroa se cercasse de cautela necessária para a apropriação das riquezas minerais. Havia uma precaução em garantir o destino do produto da mineração, não existindo, contudo, qualquer preocupação, ou precaução, quanto à forma degradante de exploração.

Esse modelo extrativista perpetuou-se no Brasil.

A história da degradação ambiental confunde-se com a própria história da ocupação econômica desordenada e, principalmente, com a falta de planejamento econômico. Entre as atividades produtivas mais impactantes ao meio ambiente, a mineração tem historicamente um vínculo com a degradação ambiental. A atividade minerária, desde os primórdios de sua existência, confundiu-se com o dano ambiental, no mais alto alcance dessa expressão, com graves impactos de ordem social, como o inestimável valor da extinção de cidades:

Para o Norte e para o Leste, observavam-se algumas cidades mineiras, hoje desertas, cujos monumentos em ruínas - igrejas de um flamejante barroco do século XVIII - contrastavam por sua suntuosidade com a desolação ao redor. Fervilhantes enquanto as minas foram exploradas, agora letárgicas, pareciam ter se aferrado em reter em cada desvão e cada dobra de suas colunatas retorcidas, de seus frontões de volutas e de suas estátuas drapeadas parcelas dessa riqueza que lhes engendrou a ruína: o preço pago pela exploração do subsolo era a devastação dos campos, em especial das florestas

cuja madeira alimentava as fundições. As cidades mineiras extinguiram-se ali mesmo, após esgotarem sua substância, como um incêndio. (LÉVI STRAUS, 1996, p. 107)

Os impactos ambientais causados pela atividade minerária são bem retratados por Auguste de Saint Hilaire (1779/1853), naturalista que veio ao Brasil por influência do Conde de Luxemburgo, aqui permanecendo de 1816 a 1822, que já destacava a falta de planejamento estatal quanto às consequências econômicas e ambientais da atividade extrativa:

Segundo o que relatei, observa-se que em um espaço de 20 léguas passei por duas cidades e cinco aldeias. Isso prova como foram povoadas outrora as zonas auríferas da Província de Minas; mas, à medida que o ouro desaparece, a população desaparece com ele e dirige-se em massa às regiões agrícolas. Entrementes as terras destas regiões, das quais tudo se retira e nada se restitui, serão rapidamente esgotadas. Em poucos anos um pequeno número de homens terão estragado uma imensa província, e poderão dizer: “é uma terra acabada”. (SAINT HILARE, 2014, p.71-72)

Na era Colonial, a prata, os metais preciosos e principalmente o ouro eram as riquezas mais cobiçadas pelos exploradores. Minas Gerais vivenciou o denominado “Ciclo do Ouro”, que representou o escoamento de sua riqueza para as opulentas nações da Inglaterra e Portugal.

De acordo com Costa, no Brasil Colônia, a exploração de metais tem início no século XVI:

Tem início por volta de 1695, no rio das Velhas, próximo de Sabará e Caeté, em Minas Gerais, onde os paulistas encontraram as primeiras minas de ouro. Manuel Serrano, que fez um estudo sobre a evolução do período de descoberta do ouro fixa o ano de 1560, com Brás Cubas, em São Paulo, situando a primeira jazida por volta de 1590. (COSTA, 2009, p. 68)

Nos dias atuais, o ferro e outros tantos minérios ganham destaque, sem qualquer mudança no cenário extrativista degradante. A mineração, assim como no Ciclo do Ouro, continua com o espírito explorador colonialista pouco direcionado à promoção de desenvolvimento socioeconômico.

Desde então, o que se testemunhou no Brasil foi a privatização dos lucros e a socialização dos prejuízos, na forma de danos ambientais suportados por toda a sociedade.

Em Minas Gerais, os principais municípios mineradores, além de não experimentarem um desenvolvimento socioeconômico proporcional à rentabilidade privada da atividade minerária, sofrem impactos ambientais, até mesmo visuais. As escavações deixam marcas nos territórios, marcas, muitas vezes, irrecuperáveis.

Há pelas empresas mineradoras uma preocupação maior com a rentabilidade do empreendimento do que com o impacto ambiental gerado pela atividade. As empresas praticamente não apresentam Plano de Fechamento de Mina (PAFEM) e não elaboram efetivos Planos de Recuperação de Áreas Degradadas (PRDA). Basicamente, esses instrumentos são tidos como “meras burocracias” para lograr a concessão de exploração. Os lucros são privatizados e os prejuízos socializados. O crescimento dos

impactos negativos ao meio ambiente ensejou o desenvolvimento, no direito, de instrumentos capazes de amenizá-los, como a responsabilidade ambiental (SILVA; SIQUEIRA, 2015).

O extrativismo causador de impactos ambientais, as atividades minerárias, no modelo exploratório atual, são atividades com graves riscos de danos ao meio ambiente, como se conclui de alguns desastres ambientais ocorridos nos últimos anos. Pode-se destacar o acidente da barragem da Mineração Rio Verde em junho de 2001, em São Sebastião das Águas Claras, no município de Nova Lima, Minas Gerais. O acidente causou a morte de 5 operários e um rastro de destruição<sup>1</sup>. Importante, assim, compreender o arcabouço jurídico existente na legislação brasileira e o entendimento das cortes do país sobre as questões ambientais, sobretudo, quanto aos danos ambientais provocados pelas atividades extrativas.

### 3 INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE: A RESPONSABILIDADE AMBIENTAL

O sistema de instrumentos jurídicos para a responsabilização dos causadores de danos ambientais tem seu núcleo na Constituição da República de 1988 que, em seu artigo 225, parágrafo 2º e 3º, determina expressamente:

[...] § 2º. Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. (BRASIL, 1988)

Além disso, a Carta Magna estabelece a competência administrativa comum dos entes federados para a proteção do meio ambiente, preservação das florestas, fauna e flora, conforme artigo 23, incisos VI e VII. E diverso não poderia ser. Se o meio ambiente é um bem público, perpassado por externalidades positivas e negativas, todos os entes são corresponsáveis e devem atuar no regime de cooperação federativa.

A Lei Complementar nº 140/2011 regulamentou o artigo 23 da CRFB/88 e fixou normas para cooperação dos entes federados. Um aspecto importante disposto pela Lei Complementar consiste na vinculação da fiscalização ao licenciamento, conforme dispõe o artigo 17:

Art. 17. Compete ao órgão responsável pelo licenciamento ou autorização, conforme o caso, de um empreendimento ou atividade, lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo para a apuração de infrações à legislação ambiental cometidas pelo empreendimento ou atividade licenciada ou autorizada. (BRASIL, 2011a)

Embora o ente responsável pela fiscalização seja aquele que concedeu o licenciamento, a LC nº 140/2011 manteve a competência comum e o ímpeto de coordenação e cooperação entre os entes federados. Nesse sentido, ordenou que aquele que sou-

<sup>1</sup> Ver mais em: <http://verbetes.cetem.gov.br/verbetes/ExibeVerbete.aspx?verid=211>. Acesso em: 18. Fev. 2017.

besse do risco de dano, atuasse imediatamente, assegurando o exercício da atribuição comum:

[...]§ 2º Nos casos de iminência ou ocorrência de degradação da qualidade ambiental, o ente federativo que tiver conhecimento do fato deverá determinar medidas para evitá-la, fazer cessá-la ou mitigá-la, comunicando imediatamente ao órgão competente para as providências cabíveis. § 3º O disposto no caput deste artigo não impede o exercício pelos entes federativos da atribuição comum de fiscalização da conformidade de empreendimentos e atividades efetiva ou potencialmente poluidores ou utilizadores de recursos naturais com a legislação ambiental em vigor, prevalecendo o auto de infração ambiental lavrado por órgão que detenha a atribuição de licenciamento ou autorização a que se refere o caput. (BRASIL, 2011a)

A Política Nacional de Meio Ambiente, Lei nº 6.938/81, por sua vez, prevê como objetivo central a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental, com o intuito de promover desenvolvimento social e econômico e proteger a dignidade humana. Resulta, portanto, que os princípios elencados no artigo 2º são requisitos, condições *sine qua non*, para a efetividade da política nacional, destacando-se, entre eles, o princípio básico da recuperação de áreas degradadas.

[...] Art 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios: [...]

VIII - recuperação de áreas degradadas; [...]. (BRASIL, 1981)

Como assinalou Reis Neto; Silva e Araújo “o art. 225, § 3º da CF/88 não revogou o § 1º do art. 14 da PNMA; pelo contrário, este parágrafo permanece em plena vigência”, de forma que as leis infraconstitucionais devem ser aplicadas de acordo com a Constituição Federal de 1988. (REIS NETO; SILVA; ARAÚJO, 2016, p. 148)

Nesse sentido, as disposições infralegais determinam a obrigatoriedade de existir procedimentos para elaboração de Projeto de Recuperação de Área Degradada. É o que estabelece a Instrução Normativa nº 4/2011 do IBAMA, autarquia federal, responsável por proteger o meio ambiente e assegurar a sustentabilidade no uso dos recursos naturais:

Art. 1º Estabelecer **procedimentos para elaboração de Projeto de Recuperação de Área Degradada – PRAD** ou Área Alterada, para fins de cumprimento da legislação ambiental. (BRASIL, 2011b, grifos nossos)

Na mesma direção, o Decreto nº 97.632/89, que dispõe sobre a regulamentação da recuperação de áreas degradadas, impõe a obrigatoriedade de apresentação de Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e Relatório do Impacto Ambiental (RIMA), bem como do plano de recuperação da área degradada para empreendimentos minerários.

Art. 1º Os empreendimentos que se destinam à exploração de recursos minerais deverão, quando da apresentação do Estudo de Impacto Ambiental - EIA e do Relatório do Impacto Ambiental - RIMA, submeter à aprovação do órgão ambiental competente, **plano de recuperação de área degradada**. (BRASIL, 1989, grifos nossos)

O dever de exigência do PRAD não deve se limitar ao momento inicial do licenciamento. Com efeito, após o ato de concessão da licença ou da autorização tem a administração pública o dever de fiscalização permanente, buscando evitar a ocorrência da degradação ambiental, ensejando, em caso de omissão, a responsabilização pessoal de seus agentes públicos:

O Poder Público tem indeclinável dever de fiscalizar permanentemente a recuperação das áreas mineradas. A Constituição Federal, com grande acuidade, previu que as “autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente sem prévia anuência do poder concedente” (art. 176, § 3º). Assim, o DNPM tem o dever de não permitir a cessão ou a transferência da propriedade e/ou da gestão das minas para empresas fantasmas” ou que não tenham capacidade econômico-financeira de executar integralmente a recuperação.

Os servidores públicos que se omitirem na promoção de medidas que evitem o perigo à incolumidade humana, animal ou vegetal poderão ser apenados com um a três anos de reclusão, dobrando-se a pena se houver dano irreversível à fauna, à flora e ao meio ambiente (art. 15 da Lei 6.938/81, com a alteração da Lei 7.804/89). (MACHADO, 2015, p. 832-833)

Por esta razão, a Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, estabelece em seu artigo 55, parágrafo único, que incorre nas penas de detenção e multa quem deixar de recuperar a área pesquisada ou explorada, nos termos da autorização, permissão, licença, concessão ou determinação do órgão competente.

A referida norma prevê, ainda, em seu art. 4º, que poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente. Neste ponto, a legislação brasileira viabiliza a responsabilização dos sócios e controladores das pessoas jurídicas causadoras dos danos ambientais, mesmo que sediados em outros países.

Se o Poder Legislativo exerce seu papel constitucional, ao editar normas para regulamentação da atividade e para assegurar o meio ambiente, também o faz o Poder Judiciário, ao aplicar a lei e os mandamentos constitucionais em seus julgados. Nesse sentido, a jurisprudência firmou entendimento segundo o qual a responsabilidade pelos danos causados ao meio ambiente é objetiva, embasada na teoria do risco integral. Na teoria do risco integral, o dano, o fato e o nexo de causalidade entre eles representam elementos suficientes para a responsabilização, não se aplicando qualquer excludente ao nexo de causalidade. Veja-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em julgamento sob o rito do disposto no art. 543-C do CPC (recurso repetitivo):

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DANOS DECORRENTES DO ROMPIMENTO DE BARRAGEM. ACIDENTE AMBIENTAL OCORRIDO, EM JANEIRO DE 2007, NOS MUNICÍPIOS DE MIRAÍ E MURIAÉ, ESTADO DE MINAS GERAIS. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. NEXO DE CAUSALIDADE.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar (...) (STJ - 2ª Seção - RESP n. 1374284/MG - Rel.: Min. Luis Felipe Salomão - DJ 27/08/2014 - DJe 05/09/2014). (BRASIL, 2014)

Destaque-se o voto do Relator:

Com efeito, em relação aos danos ambientais, incide a teoria do risco integral, advindo daí o caráter objetivo da responsabilidade, com expressa previsão constitucional (art. 225, § 3º, da CF) e legal (art.14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981), sendo, por conseguinte, descabida a alegação de excludentes de responsabilidade, bastando, para tanto, a ocorrência de resultado prejudicial ao homem e ao ambiente advinda de uma ação ou omissão do responsável. Por todos, Annelise Monteiro Steigler leciona que, conforme o disposto no artigo 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981, a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, tendo por pressuposto a existência de atividade que implique riscos para a saúde e para o meio ambiente, sendo o nexo de causalidade “o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato que é fonte da obrigação de indenizar”, de modo que aquele que explora a “atividade econômica coloca-se na posição de garantidor da preservação ambiental, e os danos que digam respeito à atividade estarão sempre vinculados a ela”; por isso, descabe a invocação, pelo responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil (...). (BRASIL, 2014)

A adoção da teoria do risco integral, ao não admitir excludentes de responsabilidade, como o caso fortuito ou a força maior, favorece a imputação de responsabilidade aos responsáveis pelo empreendimento potencialmente causador do dano ambiental.

Além disso, sob a justificativa de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial à sadia qualidade de vida e, portanto, direito fundamental, inserindo-se entre os direitos indisponíveis, consolidou-se em nossos tribunais a orientação de que a pretensão de reparação do dano ambiental seria imprescritível. Neste sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OCUPAÇÃO E EDIFICAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE-APP. CASAS DE VERANEIO. MARGENS DO RIO IVINHEMA/MS. SUPRESSÃO DE MATA CILIAR. DESCABIMENTO. ART. 8º DA LEI 12.651/2012. NÃO ENQUADRAMENTO. DIREITO ADQUIRIDO AO POLUIDOR. FATO CONSUMADO. DESCABIMENTO. DESAPROPRIAÇÃO NÃO CONFIGURADA. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. DANO AMBIENTAL E NEXO DE CAUSALIDADE CONFIGURADOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

[...]

2. Conquanto não se possa conferir ao direito fundamental do meio ambiente equilibrado a característica de direito absoluto, certo é que ele se insere entre os direitos indisponíveis, devendo-se acentuar a imprescritibilidade

de sua reparação, e a sua inalienabilidade, já que se trata de bem de uso comum do povo (art. 225, caput, da CF/1988). (STJ – 2ª Turma – RESP 1394025/MS - Rel.: Min. Eliana Calmon – DJ 08/10/2013 – DJe 18/10/2013):

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – DIREITO AMBIENTAL- AÇÃO CIVIL PÚBLICA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL – IMPRESCRITIBILIDADE DA REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL – PEDIDO GENÉRICO – ARBITRAMENTO DO QUANTUM DEBEATUR NA SENTENÇA: REVISÃO, POSSIBILIDADE – SÚMULAS 284/STF E 7/STJ. [...] 6. O direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de não estar expresso em texto legal. 7. Em matéria de prescrição cumpre distinguir qual o bem jurídico tutelado: se eminentemente privado seguem-se os prazos normais das ações indenizatórias; se o bem jurídico é indisponível, fundamental, antecedendo a todos os demais direitos, pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer, considera-se imprescritível o direito à reparação. 8. O dano ambiental inclui-se dentre os direitos indisponíveis e como tal está dentre os poucos acobertados pelo manto da imprescritibilidade a ação que visa reparar o dano ambiental (STJ – Resp nº 1.120.117-AC – DJ 19/11/2009). (BRASIL, 2009)

Dada a existência de normas constitucionais, que estabelecem competência administrativa entre os entes federados e a obrigatoriedade da recuperação ambiental, e de normas infraconstitucionais e infralegais, que dispõem sobre os procedimentos para o cumprimento do mandamento constitucional, não se pode dizer que haja lacuna legislativa. Da mesma forma, o Poder Judiciário tem instrumentos para a solução das controvérsias envolvendo causas ambientais. Nesse sentido, o problema não parece ser de déficit do arcabouço jurídico, pelo contrário, parece estar na efetividade da aplicação das normas.

As ações civis de responsabilização ambiental são muito complexas, posto que o diagnóstico do dano, a investigação do nexo de causalidade e a determinação de medidas mitigadoras e reparadoras demandam uma transdisciplinaridade técnica, que deve ser imediata. Impondo, em alguns casos, a atuação ainda quando da ocorrência do dano.

O desastre ambiental de Mariana, decorrente do rompimento da barragem de Fundão, é um exemplo.

Em seguida ao rompimento, houve a necessidade de uma rápida atuação do Poder Público na adoção de medidas emergenciais e a imposição aos responsáveis de uma série de obrigações.

A provocação do Poder Judiciário, em casos como este, deve ser célere e contundente.

#### 4 A ATUAÇÃO JUDICIAL DO PODER PÚBLICO APÓS O ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE FUNDÃO

Logo após o desastre ambiental de Mariana, o Poder Público foi obrigado a tomar uma série de medidas emergenciais para mitigação dos efeitos.

Sem prejuízo dessa atuação, era necessário assegurar que os responsáveis adotassem providências acautelatórias e não se furtassem à recuperação do dano ambiental ainda em curso.

Nesse sentido, foi proposta pelo Estado de Minas Gerais uma ação civil pública contra a Samarco, a Vale e a BHP, ainda no mês de novembro de 2015, tendo sido deferidos os seguintes pedidos liminares, no dia 27 de novembro de 2015, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) limitada a R\$ 100.000,00 (cem milhões de reais):

acompanhamento do sistema de drenagem, dos diques de separação de se-las para a barragem Germano; apresentação de Auditoria Técnica de Segurança das barragens Fundão, Santarém e Germano Ano Base 2014 e 2015; entrega do projeto de alteamento da barragem Fundão, manual de operação e carta de risco da estrutura. Plano de ação emergencial (PAE) e análise Dan Break; realização de simulados com as comunidades e demais interven-tores, a fim de que o plano de alerta tenha efetividade, encaminhando a Diretoria de Prevenção e Emergência Ambiental o cronograma de instalação e implantação do Plano de Alerta, considerando o pior cenário possível de ocorrer no empreendimento, estabelecido o plano, cada atividade desenvolvida e realizada junto às comunidades e todos os elementos envolvidos neste processo devem ser previamente comunicados, inclusive para fins de teste de comunicação de acidentes, devendo ser encaminhados relatórios, com registro fotográfico das atividades desenvolvidas; realizar comunicação à comunidade próxima a represa Candonga sobre as operações a serem realizadas, informando as ações principais e duração das mesmas; relatar à defesa civil no caso de presença de corpos humanos, durante o processo de limpeza; relatar ao NEA ou a Polícia Militar de Meio Ambiente, caso haja presença de animais mortos, durante o processo de tratamento emergencial, realizando quantificação e registro de quantidade e a correta destinação dos mesmos; realizar quantificação e registro de quantidade geradas de resíduos para cada tipo em separado; realizar análise de caracterização de camada de lama depositada a ser retirada, com quantificação e destinação apropriada, de acordo com a classificação ambiental do resíduo; relatar ao NEA, diariamente, o andamento dos trabalhos de tratamento emergencial realizados no local; apresentar relatório do processo, com registro fotográfico, e comprovantes de quantidades de animais e peixes encontrados mortos e de destinação correta de resíduos gerados; realizar teste de redução da turbidez da água para possibilitar o retorno das operações das ETAS dos Municípios atingidos, desde que os procedimentos sejam realizados dentro das instalações das ETAS, com acompanhamento de servidores dos órgãos ambientais estaduais e federal, e anuência da respectiva concessionária de abastecimento; implantar sistema emergencial de dosagem de reagentes para clarificação da água no vertedouro de Santarém, sendo que o plano de ação emergencial será encaminhado ao IGAM e à FEAM, para avaliação esclarecimento de alguns pontos como a geração estimada de sedimentos e sua contenção e um monitoramento de um rol maior de parâmetros físico-químicos descritos no auto de nº 68513/15; garantir imediatamente o fornecimento de água à população dos municípios mineiros BELO ORIENTE, PERIQUITO, ALPERCARTA, GOVERNADOR VALADARES, TUMIRITINGA, GALILÉIA, RESPLENDOR, ITUETÁ e AIMORÉS, que estão com o abastecimento

d'água interrompido em função do rompimento da barragem de rejeitos da Ré, sem prejuízo de posterior extensão da medida a outros municípios mineiros que venham a ter o abastecimento d'água; garantir imediatamente o fornecimento de água para dessedentação dos animais nas áreas dos municípios mineiros atingidas pelo rompimento da barragem de rejeitos da Ré; realizar o monitoramento da qualidade da água na porção mineira da Bacia do Rio Doce atingida pelo rompimento da barragem de rejeitos da Ré; elaborar e executar de projeto de limpeza e reconstrução dos povoados mineiros atingidos pelo rompimento da barragem de rejeitos da Ré; elaborar e executar projeto de reconstrução das pontes, estradas, dutos e equipamentos de saneamento básico, localizados no território dos Municípios de MARIANA, BARRA LONGA e RIO DOCE, e que tenham sido destruídos ou danificados pelo rompimento da barragem de rejeitos da Ré, sem prejuízo de posterior extensão da medida a outros municípios mineiros que venham a ter equipamentos públicos destruídos ou danificados; submeter imediatamente aos órgãos ambientais do Sistema Estadual de Meio Ambiente o plano emergencial de mitigação dos danos ambientais causados no território do Estado de Minas Gerais e na porção mineira da Bacia do Rio Doce, pelo rompimento da barragem de rejeitos da Ré. (BRASIL, 2015a)

O Juiz da 2ª Vara de Fazenda Pública Estadual determinou, ainda, que a ré prestasse caução idônea no valor de R\$1.000.000.000,00 (um bilhão de reais) para garantir a reparação dos danos e ainda o cumprimento das medidas liminares no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de bloqueio do referido valor. (BRASIL, 2015a). Por fim, tendo em vista as despesas emergenciais suportadas pelo Estado de Minas Gerais, deferiu o pedido liminar para determinar o depósito judicial pela Samarco de R\$50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) para assegurar a reparação do ente estatal. (BRASIL, 2015a).

A obtenção de uma decisão liminar tem um efeito positivo jurídico, por assegurar que medidas emergenciais sejam adotadas por aqueles cujas atividades tenham nexo de causalidade com o dano causado.

Como se tratava de um dano para além das fronteiras de Minas Gerais, houve a necessidade de uma grande articulação administrativa entre União, Estado de Minas Gerais e Estado do Espírito Santo, para apuração e contenção dos efeitos do dano. Assim, após o ajuizamento dessa primeira ação, houve o alinhamento dos entes federados para a propositura de uma nova ação, em que fossem concentrados os pedidos comuns a eles.

Foi, portanto, proposta uma nova ação civil pública tendo como autores a União Federal, o Estado de Minas Gerais e o Estado do Espírito Santo, contra a Samarco e a Vale como responsáveis diretas e contra a BHP, como sócio da Samarco (BRASIL, 2015b). Em meados de dezembro foi deferida liminar para:

- a) conceder medida cautelar a fim de que a empresa Samarco Mineração S/A, no prazo de 10 dias, impeça (ou comprove que já está estancado) o vazamento de volume de rejeitos que ainda se encontram na barragem rompida, comprovando as medidas de segurança tomadas para a segurança das barragens do Fundão e de Santarém; b) conceder medida cautelar a fim de que as empresas réis, no prazo de 10 dias, contratem empresas que possam iniciar imediatamente a avaliação da contaminação de pescados por inorgâ-

nicos e o risco eventualmente causado ao consumo humano destes, bem como efetuar o controle da proliferação de espécies sinantrópicas (ratos, baratas etc.), capazes de criar risco de transmissão de doença a homens e animais nas áreas atingidas pela lama e rejeitos; c) conceder medida cautelar a fim de que as empresas réas, no prazo de 15 dias, elaborem estudos e adotem medidas visando impedir que o volume de lama lançado no Rio Doce atinja o sistema de lagoas do Rio Doce e a proteção das fontes de água mineral mapeadas pelo DNPM; d) conceder medida cautelar a fim de que as empresas réas, no prazo de 20 dias, elaborem estudos de mapeamento dos diferentes potenciais de resiliência dos 1.469 ha diretamente atingidos, com objetivo de se averiguar a espessura da cobertura da lama, a granulometria, a eventual presença de metais pesados e o PH do material, bem como a adoção imediata de medidas para a retirada do volume de lama depositado nas margens do Rio Doce, seus afluentes e as adjacências de sua foz; e) conceder medida cautelar a fim de que a empresa Samarco Mineração S/A, no prazo de 30 dias, efetue depósito judicial inicial de dois bilhões de reais, a serem utilizados na execução do plano de recuperação integral dos danos a ser elaborado pelas réas; f) decretar, com base no artigo 7º da Lei 8.429/92, combinado com art. 461, §5º, do CPC, a indisponibilidade das licenças de concessões para exploração de lavra existentes em nome das empresas réas, conforme documentos de fls. 304/308, bem como dos direitos daí decorrentes, devendo os autores providenciar as devidas averbações da indisponibilidade ora decretada; g) conceder a antecipação de tutela para determinar que as empresas réas, no prazo de até 45 dias, apresentem g1) um plano global de recuperação socioambiental da Bacia do Rio Doce e de toda a área degradada, atendidas as determinações e parâmetros dos órgãos ambientais competentes, com detalhamento das ações a serem desenvolvidas, cronograma de execução e desembolso dos recursos, e g. 2); um plano global de recuperação socioeconômica para atendimento das populações atingidas pelo desastre, no prazo de 30 dias, atendidas as determinações e parâmetros dos órgãos competentes, com detalhamento e pormenorização das ações a serem desenvolvidas, cronograma de execução e desembolso dos recursos. (BRASIL, 2016a)

A decisão liminar, para que se pudesse garantir o pleno cumprimento das determinações judiciais, fixou em R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) a multa diária por descumprimento de cada uma das medidas fixadas, sem prejuízo de outras sanções.

Com o deferimento dessa nova liminar, a Samarco e suas controladoras não tiveram alternativa senão a busca de uma composição.

Assim, após quatro meses de intensas negociações, foi celebrado, em março de 2016, um Termo de Transação e Ajustamento de Conduta tendo como premissas a integral reparação do meio ambiente e das condições socioeconômicas, a convicção de que o acordo é a forma mais célere e efetiva para resolução da controvérsia e a garantia de uma eventual execução do que estava sendo pactuado. Em razão das dificuldades em quantificar os danos decorrentes no maior desastre ambiental da história brasileira, optou-se por uma composição judicial em que foram previstas obrigações de

formulação e execução de programas de restauração e compensação socioeconômicos (BRASIL, 2016b)<sup>2</sup> e socioambientais (BRASIL, 2016b)<sup>3</sup>.

A execução dos programas será feita por uma Fundação de Direito Privado, Renova, constituída pelas três empresas, com gestão inteiramente privada, independente e transparente. A instituição da Fundação não isenta as empresas de responsabilidade. Todos os estudos, diagnósticos, programas, projetos e ações terão que ser realizados por empresas com reconhecida formação técnica e notória experiência profissional no mercado. Todas as atividades desenvolvidas pela Fundação estarão sujeitas à auditoria externa independente.

O Poder Público constituiu um Comitê Interfederativo para interlocução permanente com a Fundação, e será responsável pela validação, acompanhamento, monitoramento e fiscalização de todas as ações<sup>4</sup>. Além disso, há um Conselho Consultivo

<sup>2</sup> Termo de Transação e Ajustamento de Conduta celebrado nos autos da Ação Civil Pública n. 0069758-61.2015.4.01.3400 em trâmite na 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais. Cláusula 08: Os eixos temáticos e respectivos Programas SOCIOECONÔMICOS a serem elaborados, desenvolvidos e executados pela Fundação a ser instituída, detalhados em capítulo próprio, são os seguintes: I. Organização Social: Programa de levantamento e de cadastro dos impactados; Programa de ressarcimento e de indenização dos impactados; Programa de proteção e recuperação da qualidade de vida dos povos indígenas; Programa de proteção e recuperação da qualidade de vida de outros povos e comunidades tradicionais; Programa de Proteção Social; Programa de Comunicação, Participação, Diálogo e Controle Social; e Programa de Assistência aos Animais. II. Infraestrutura: Programa de reconstrução, recuperação e realocação de Bento Rodrigues, Paracatu de Baixo e Gestora; Programa de recuperação do Reservatório da UHE Risoleta Neves; e Programa de Recuperação das demais Comunidades e Infraestruturas impactadas entre Fundão e Candonga, inclusive Barra Longa. III. Educação, Cultura e Lazer: Programa de Recuperação das Escolas e Reintegração da Comunidade Escolar; Programa de Preservação da Memória Histórica, Cultural e Artística; e Programa de apoio ao turismo, cultura, esporte e lazer. IV. Saúde: Programa de Apoio à Saúde Física e Mental da População Impactada. V. Inovação: Programa de Apoio à Pesquisa para Desenvolvimento e Utilização de Tecnologias Socioeconômicas Aplicadas à Remediação dos Impactos. VI. Economia: Programa de Retomada das Atividades Aquícolas e Pesqueiras; Programa de Retomada das Atividades Agropecuárias; Programa de Recuperação e Diversificação da Economia Regional com Incentivo à Indústria; Programa de Recuperação de Micro e Pequenos Negócios no Setor de Comércio, Serviços e Produtivo; Programa de Estímulo à Contratação Local; Programa de Auxílio Financeiro Emergencial aos impactados; e Programa de Ressarcimento dos gastos públicos extraordinários dos compromitentes; VII. Gerenciamento do Plano de Ações: Programa de gerenciamento dos programas socioeconômicos.

<sup>3</sup> Termo de Transação e Ajustamento de Conduta celebrado nos autos da Ação Civil Pública n. 0069758-61.2015.4.01.3400, em trâmite na 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais. Cláusula 15: Os eixos temáticos e respectivos Programas Socioambientais a serem elaborados e executados pela Fundação, detalhados em capítulo próprio, são os seguintes: Gestão dos Rejeitos e recuperação da qualidade da água. Programa de manejo dos rejeitos decorrentes do rompimento da barragem de Fundão, considerando conformação e estabilização in situ, escavação, dragagem, transporte, tratamento e disposição; Programa de implantação de sistemas de contenção dos rejeitos e de tratamento in situ dos rios impactados. Restauração florestal e produção de água: Programa de recuperação da Área Ambiental 1 nos municípios de Mariana, Barra Longa, Rio Doce e Santa Cruz do Escalvado, incluindo biorremediação; Programa de recuperação de Áreas de Preservação Permanente (APP) e áreas de recarga da Bacia do Rio Doce controle de processos erosivos; Programa de recuperação de Nascentes Conservação da biodiversidade: Programa de conservação da biodiversidade aquática, incluindo água doce, zona costeira e estuarina e área marinha impactada; Programa de fortalecimento das estruturas de triagem e reintrodução da fauna silvestre; Programa de conservação da fauna e flora terrestre. Segurança Hídrica e Qualidade da água: Programa de coleta e tratamento de esgoto e de destinação de resíduos sólidos; e Programa de melhoria dos sistemas de abastecimento de água. Educação, Comunicação e Informação: Programa de educação ambiental e preparação para as emergências ambientais; Programa de informação para a população da Área Ambiental 1; e Programa de comunicação nacional e internacional. Preservação e Segurança Ambiental: Programa de gestão de riscos ambientais na Área Ambiental 1 da Bacia do Rio Doce; e Programa de investigação e monitoramento da Bacia do Rio Doce, áreas estuarinas, costeira e marinha impactadas. Gestão e Uso Sustentável da Terra: Programa de consolidação de unidades de conservação; e Programa de fomento à implantação do CAR e dos PRA's na Área Ambiental 1 da Bacia do Rio Doce. Gerenciamento do Plano de Ações Programa de gerenciamento do plano de recuperação ambiental da bacia do rio Doce, áreas estuarinas, costeiras e marinha.

<sup>4</sup> Disponível em <<http://www.meioambiente.mg.gov.br/component/content/article/13-informativo/2891-sisema-no-cif-comite-interfederativo-c>>.

com forte participação social que deverá ouvir as associações legitimadas para a defesa dos direitos dos impactados, bem como estabelecer canais de participação da sociedade civil, podendo convocar reuniões específicas e ouvir organizações interessadas. Será composto por especialistas, membros da sociedade civil e das comunidades impactadas.

Após 3 anos da assinatura, todos os programas serão revistos, de forma a garantir efetividade das atividades de reparação e compensação.

Embora o compromisso firmado seja a integral execução dos programas, as empresas destinarão os seguintes recursos para garantir o cumprimento do acordo: R\$ 2 bilhões, em 2016; R\$ 1,2 bilhão por ano a partir de 2017, como orçamento anual; R\$ 500 milhões, de 2016 a 2018, para atender às demandas dos municípios mineiros e capixabas no saneamento e destinação de resíduos sólidos; R\$ 240 milhões de reais por ano, reservados do orçamento anual, por 15 anos, para medidas compensatórias socioambientais e socioeconômicas. (BRASIL, 2016b)

## 5 CONCLUSÃO

O desastre ambiental ocorrido em Mariana, Bento Rodrigues, ou seja, o rompimento da barragem de Fundão, contribuiu para a discussão sobre a responsabilidade ambiental, especialmente com o tema relacionado à atividade minerária no Estado de Minas Gerais.

O texto se preocupou em demonstrar os instrumentos jurídicos existentes para a responsabilização ambiental sob o viés da tutela do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Demonstrou-se que a atividade de mineração se confunde com o dano ambiental. A história da mineração, em Minas Gerais, demonstra que o desenvolvimento socioeconômico não faz jus à realidade dos municípios mineradores, ou seja, os ganhos privados são muitos maiores do que os benefícios para os municípios.

Existem instrumentos para a proteção do meio ambiente. Dentre eles pode-se enumerar a Constituição Federal de 1988, por meio de seu art. 225, a Lei 6938 de 1981, a Lei Complementar 140 de 2011, além de inúmeras leis infraconstitucionais. Particularmente, após o desastre de Mariana o Poder Público foi forçado a tomar medidas emergenciais para diminuir os efeitos da tragédia. Logo, foi proposta, pelo Estado de Minas Gerais, uma ação civil pública contra a empresa Samarco, e o juiz da Vara de Fazenda Pública determinou um valor de um bilhão de reais para garantir a reparação do dano além de outras garantias. Sabe-se que seguiram-se outras ações para garantir o bem estar das populações atingidas, assim como do meio ambiente, todavia a judicialização não é, seguramente, a melhor solução para os problemas ambientais. O alto custo das demandas, a complexidade das provas e a morosidade inerente ao Poder Judiciário brasileiro são fatores negativos para a efetividade das ações judiciais.

A fortificação institucional da Administração Pública ambiental, com atuação preventiva, pode ser fator de diminuição da ocorrência de danos ambientais.

Ocorrido o dano, é importante que Administração Pública esteja estruturada para a adoção de medidas emergenciais e o diagnóstico das repercussões diretas e indiretas.

Não havendo, o atendimento voluntário pelos causadores do dano, torna-se imprescindível a judicialização rápida e eficaz.

É preciso, nesse sentido, uma revisão no *modus operandi* da Advocacia Pública no que tange à temática ambiental. É imprescindível a atuação conjunta, coordenada e cooperada entre órgãos técnicos e advogados públicos. Com isso, a Advocacia Pública poderá ajuizar ações civis públicas e ações de regresso contra os responsáveis pelos danos ambientais. Em larga medida, a Advocacia Pública deixará o polo passivo das relações jurídicas, em uma postura defensiva e reativa, para assumir outra posição, qual seja, a do polo ativo, marcado por uma postura proativa e ativista em prol da defesa dos direitos dos cidadãos e da proteção efetiva do meio ambiente.

## REFERÊNCIAS

AUTY, Richard M. **Sustaining development in mineral economies: the resource curse thesis**. London: Routledge, 1993.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. **Plano Nacional de Mineração 2030 (PNM-2030): geologia, mineração e transformação mineral**. Brasília: 2010. Disponível em: [http://www.mme.gov.br/sgm/galerias/arquivos/plano\\_duo\\_decenal/Plano\\_Nacional\\_de\\_Minerao\\_2030\\_\\_\\_Consulta\\_Publica\\_10\\_NOV.pdf](http://www.mme.gov.br/sgm/galerias/arquivos/plano_duo_decenal/Plano_Nacional_de_Minerao_2030___Consulta_Publica_10_NOV.pdf). Acesso em: 20 fev. 2017.

BRASIL. Decreto nº 97.632 1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1980-1989/D97632.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D97632.htm). Acesso em 18 fev. 2017.

BRASIL. STJ 2009. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200900740337&dt\\_publicacao=19/11/2009](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900740337&dt_publicacao=19/11/2009)>. Acesso em 23.fev.2017.

BRASIL. Lei Complementar 140 de 2011a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp140.htm). Acesso em: 18. fev. 2017.

BRASIL. IBAMA, 2011b. Disponível em: [http://www.google.com.br/search?q=instrucao+normativa+ibama+4+2011&hl=pt&gbv=2&oq=ibama+instrucao+normativa+4+2011&gs\\_l=heirloom-serp.1.1.0i22i30l3.11691.14314.0.17463.7.7.0.0.0.216.1034.0j1j4.5.0...0...1ac.1.34.heirloom-serp..2.5.1034.xkxoQAVta4I](http://www.google.com.br/search?q=instrucao+normativa+ibama+4+2011&hl=pt&gbv=2&oq=ibama+instrucao+normativa+4+2011&gs_l=heirloom-serp.1.1.0i22i30l3.11691.14314.0.17463.7.7.0.0.0.216.1034.0j1j4.5.0...0...1ac.1.34.heirloom-serp..2.5.1034.xkxoQAVta4I). Acesso em: 18 fev. 2017.

BRASIL. STJ 2014. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1374284+&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 23.fev.2017).

BRASIL, Minas Gerais. 2015a. Decisão liminar proferida na Ação Civil Pública n. 6123882-60.2015.8.13.0024, pelo Juiz da 2ª Vara de Fazenda Pública Estadual da Comarca de Belo Horizonte/MG). Disponível em: [http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc\\_movimentacoes2.jsp?listaProcessos=10000150987196000](http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes2.jsp?listaProcessos=10000150987196000). Acesso em 20 fev. 2017.

BRASIL. Minas Gerais. 2015b. Ação Civil Pública n. 0023863-07.2016.4.01.3800 – 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Belo Horizonte/MG. Petição inicial disponível em

<[http://www.brasil.gov.br/meio-ambiente/2015/12/confira-documentos-sobre-o-desastre-do-rio-doce/acao\\_inicial\\_agu\\_es\\_mg\\_samarco.pdf](http://www.brasil.gov.br/meio-ambiente/2015/12/confira-documentos-sobre-o-desastre-do-rio-doce/acao_inicial_agu_es_mg_samarco.pdf)>. Acesso em 23.fev.2017.

BRASIL. Minas Gerais. 2016a. Decisão liminar proferida na Ação Civil Pública n. 0023863-07.2016.4.01.3800 pelo Juiz da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Belo Horizonte/MG). [http://www.agu.gov.br/page/content/imprimir/id\\_conteudo/425989](http://www.agu.gov.br/page/content/imprimir/id_conteudo/425989). Acesso em 24 fev. 2017.

BRASIL. Fundação Renova. 2016b. Disponível em <http://www.fundacaorenova.org/wp-content/uploads/2016/07/TTAC-FINAL-ASSINADO-PARA-ENCAMINHAMENTO-E-USO-GERAL.pdf>. Acesso em 23.fev.2017.

COSTA, Beatriz Souza. **O Gerenciamento Econômico do Minério de Ferro como Bem Ambiental no Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora Fiúza, 2009.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Tristes Trópicos**; tradução Rosa Freire d'Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

KARL, Terry Lynn. **The paradox of plenty: oil booms and petro states**. Studies in International Political Economy. Berkeley: University of California Press, 1997.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MARTINS, Jaime *et al.* **Setor mineral: rumo a um novo marco legal**. Caderno de Altos Estudos n 08. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/a-camara/altosestudios/arquivos/setor-mineral-rumo-a-um-novo-marco-legal/setor-mineral-rumo-a-um-novo-marco-legal>. Acesso em: 31 jan. 2016.

POSNER, E. A. **Agency Models in Law and Economics**. John M. Olin Law & Economics Working Paper. Nº. 92, série 2. 2000.

REIS NETO, Afonso Feitosa; ALVES DA SILVA, Leônio José; BEZERRA DE ARAÚJO, Maria do Socorro. Relatório de Passivo Ambiental: Estudo de Caso à Luz da Legislação, da Doutrina e da Jurisprudência Ambientais Brasileiras. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, [S.l.], v. 13, n. 26, p. 141-166, out. 2016. ISSN 21798699. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/590>>. Acesso em: 01 Mar. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v13i26.590>.

SAINT HILAIRE, Auguste de. **Viagem pelo Distrito dos Diamantes e Litoral do Brasil**. Tradução de Leonam de Azeredo Penna. 2. ed. Belo Horizonte: Itatiaia. 2004.

SILVA, F. A. G.; BATISTA JÚNIOR, ONOFRE ALVES. A função social da exploração mineral no Estado de Minas Gerais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, v. 62, p. 439, 2013.

SILVA, Fernanda Alen Gonçalves da. e SIQUEIRA, Lyssandro Norton. **A maldição dos recursos naturais sob a perspectiva dos danos ambientais**. XIV Congresso do CONPEDI. Belo Horizonte: 2015.

Submetido em: 30 nov. 2018. Aceito em: 19 dez. 2018.



# O FISCO E AS NOVAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E DA COMUNICAÇÃO: SOBRE A UTILIDADE DO CONCEITO DE 'NATUREZA DAS COISAS' PARA A CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS FISCAIS E TRIBUTÁRIAS

*Maren Guimarães Taborda*

## **Resumo**

Trata o presente ensaio da discussão de casos concretos de regulação normativa que dizem respeito às tecnologias da informação no âmbito das relações entre o Fisco e o Contribuinte, tais como a exigência de remuneração pelo uso de bens públicos por particulares e a inclusão, na Lista de Serviços anexa à Lei Complementar 157/16, dos serviços de *streaming* e de elaboração de *software*. A normalização (no sentido dar normas) dos bens digitais (política e economicamente estratégicos), no âmbito das relações entre o Fisco e o Contribuinte, exige que o legislador observe os dados da realidade empírica que conformam o âmbito da vida que pretende regular, sob pena de produzir uma normatividade materialmente inadequada. Por isso, é objetivo deste estudo, a partir de casos concretos de atuação da administração fiscal e da legislação tributária, apontar a utilidade da recuperação do conceito clássico de 'natureza das coisas' na concretização das normas fiscais e tributárias, de modo a restar garantida a coerência e a racionalidade do sistema jurídico. O caminho escolhido para a exposição foi o indutivo (dos casos para as teses) e os procedimentos, analítico-comparativos de textos normativos, literatura especializada e decisões judiciais. As conclusões parciais vão sendo expostas ao longo do texto, para restarem articuladas ao final.

## **Palavras-chave**

Tecnologias da Informação. Bens Digitais. Tributação. Empirismo. Natureza das Coisas

## **THE TAX AUTHORITIES AND THE NEW INFORMATION AND COMMUNICATION TECHNOLOGIES: ABOUT THE UTILITY OF THE 'NATURE OF THINGS' CONCEPT FOR THE CONCRETIZATION OF TRIBUTARY AND TAX RULES.**

## **Abstract**

This essay deals with the discussion of concret cases of normative regulation concerning information technologies in the context of relations between the Tax Authorities and the Contributors, such as the demand of remuneration for the use of public properties by private individuals and the inclusion, on the List of services annexed to Complementary Law 157/16, of the services of streaming and

---

Doutorado em Sociedade e Estado em Perspectiva de Integração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2006). Mestrado em Sociedade e Estado em Perspectiva de Integração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2000). Especialista em Gestão Tributária pela UCLM - Universidad Castilla La Mancha (2009). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1985). Atualmente é professor Professor Titular da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (Graduação e programa de Mestrado), Professora de Direito Constitucional na Escola Superior de Direito Municipal, Membro da Comissão Editorial e do Conselho Editorial da Revista Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre (1415-3491), Procuradora da Prefeitura Municipal de Porto Alegre. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em História do Direito, Teoria do Direito, Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Romano, atuando principalmente nos seguintes temas: publicidade e democracia, princípios do direito constitucional, função administrativa, processo administrativo, teoria do Estado e do Direito, teoria geral do direito tributário e jurisprudência romana.

software development. The normalization (in the sense of giving norms) of the digital (politically and economically strategic) goods, within the scope of the relations between the Tax and the Taxpayer, demands that the legislator observe the data of the empirical reality that conform the scope of life that intends to regulate, under penalty of produce a materially inadequate normativity. Therefore, it is the objective of this study, based on concrete cases of action by the fiscal administration and tax legislation, to point out the utility of the recovery of the classic concept of 'nature of things' in the implementation of fiscal and tax rules, so as to remain guaranteed the coherence and the rationality of the legal system. The path chosen for the exposition was the inductive (from the cases for theses) and the procedures, analytical-comparative of normative texts, specialized literature and judicial decisions. The partial conclusions are exposed throughout the text, to remain articulated at the end.

#### Keywords

Information technologies. Digital goods. Taxation. Empiricism. Nature of things.

## 1 INTRODUÇÃO

As sociedades ocidentais contemporâneas se definem como 'complexas' e de 'risco' (aquilo que não se conhece). A redução da complexidade social fica por conta do sistema jurídico, que vê apenas o seu código interno e que funciona como estrutura definidora das interações sociais. A sociedade surge como um espaço de artificialidade e contingência precisamente por meio de comunicações sociais (operações na estrutura). (DE GIORGI, 1998, p. 24; DE GIORGI, 2013, pp.125-126). A Administração Pública, por sua vez, "se deixa descrever, então, como o sistema social da distribuição de poder legítimo e formalizado" (TABORDA, 2014, p. 188)

A informação, nesse contexto, passa a ser o mais valioso bem econômico e político, constituindo o que hoje se chama 'sociedade da informação'. As novas tecnologias da informação e da Comunicação penetram a vida social, econômica e política e transformaram profundamente nosso modo de vida, isto é, a organização social e a realização de determinados valores. A informação, recurso estratégico, bem imaterial na sociedade de mercado, é objeto de transações econômicos e resta submetida à regulação pelo Direito. A normalização (no sentido dar normas) dos bens digitais, no âmbito das relações entre o Fisco e o Contribuinte, está a reclamar uma *teoria geral do Fisco*, que contemple não só a tributação (a relação constitucional tributária,<sup>1</sup> fundada no preceito da capacidade contributiva), mas também a administração fiscal (a relação de administração, fundada no preceito da igualdade formal), que trata não só de arrecadar tributos, mas toda espécie de receita, quer decorra de infrações às leis (sanção), repasses constitucionais, ou seja proveniente da administração dos bens públicos.

Sendo assim, esse estudo procura discutir casos concretos de regulação normativa que dizem respeito às tecnologias da informação no âmbito das relações entre o Fisco e o Contribuinte, tais como a exigência de remuneração pelo uso de bens públicos por particulares e a inclusão, na Lista de Serviços anexa à Lei Complementar 157/16, dos serviços de *streaming* e de elaboração de *software*. Afirma-se, ao longo do texto, que tal regulação exige que o legislador observe os dados da realidade empírica que conformam o âmbito da vida que pretende regular, sob pena de produzir uma normatividade materialmente inadequada.

---

<sup>1</sup> Os conceitos de relação jurídica de tributação e relação jurídica de administração doravante utilizados são os apresentados por Alfredo Augusto Becker, 1963, pp.110 et seq.

Postas tais premissas, é objetivo deste estudo, no tema da **Governança e Estado Democrático**, a partir de casos concretos de atuação da administração fiscal e da legislação tributária, apontar a utilidade da recuperação do conceito clássico de ‘natureza das coisas’ na concretização das normas fiscais e tributárias, de modo a restar garantida a coerência e a racionalidade do sistema jurídico. Para tal fim, organizou-se a exposição, primeiro, pela definição da natureza jurídica dos cabos e redes subterrâneas ou aéreas que dão suporte físico ao processamento das informações – redes de infraestrutura – para a telefonia fixa e celular, serviços corporativos e fibra ótica, gás, energia elétrica, água, esgoto, tv a cabo (1). A seguir, situa-se a tributação dos bens digitais, com as modificações trazidas pela Lei Complementar 157/16 (2), para só então advogar a recuperação do conceito de ‘natureza das coisas’ como critério hermenêutico adequado à interpretação das leis fiscais e tributárias (3). O caminho escolhido para a exposição foi o indutivo (dos casos para as teses) e os procedimentos, analítico-comparativos de textos normativos, literatura especializada e decisões judiciais. As conclusões parciais vão sendo expostas ao longo do texto, para restarem articuladas ao final.

## 2 COBRANÇA DE PREÇO PELAS USO DE REDES DE INFRAESTRUTURA PÚBLICAS

Em 2000, o Município de Porto Alegre começou a discutir a possibilidade de cobrar o uso do espaço aéreo e subterrâneo de propriedade municipal para a extensão de redes de infraestrutura de telefonia. A partir de trabalho científico de Vanêsa Buzelato Prestes, procuradora municipal, foram editados o Decreto 12.789/00 e a Lei Municipal 8.712/01, prevendo a remuneração de colocação de redes de infraestrutura, considerando-se utilização do subsolo das vias públicas, passeios públicos, prédios públicos, obras de arte, logradouros, bem como a utilização da via aérea como ponto de apoio em postes, parte inferior das vias (leitos) e a utilização do mobiliário urbano pelas estações de *radiobase* de telefonia celular e similares (art. 1º e art. 2º da lei) (PGM, 2004, p. 4; PRESTES, 2000). Já no ano de 2004, iniciou-se contencioso judicial entre as empresas de telefonia e a municipalidade, cujo resultado ainda está em aberto.

Em 2005, vários municípios do País instituíram tal cobrança, ora por preço, ora por taxa, e a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul teve a oportunidade de julgar *Mandado de Segurança* impetrado pela Brasil Telecom S/A, no qual afirmou, expressamente, a constitucionalidade e a legalidade da Lei Municipal que cobra remuneração mensal pela utilização de bem público (BRASIL, TJRS. 2005). Em outro processo, a 21ª Câmara Cível entendeu de forma diversa, asseverando a ilegalidade da cobrança, com fundamento em decisões do STJ, por ambas as turmas da 1ª Seção (BRASIL, TJRS, 2008). Em 03/09/2009, o STF suspendeu a segurança no primeiro processo (BRASIL, STF, SS 3593-RS) e, em 22/02/2011, o Plenário, com base no precedente do RE 581.947/RO, nega provimento a Agravo Regimental interposto pelo Município do Rio de Janeiro, firmando a inconstitucionalidade e ilegalidade de cobrança de retribuição pecuniária pela instalação de equipamentos para a prestação de serviços públicos em bens de uso comum do povo. A discussão foi reaberta no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.005.878, São Paulo, cujo último despacho do Relator, Min. Gilmar Mendes, datado de 05 de novembro de 2018, determina o in-

gresso na ação, como *amicus curiae* da ABRASF – Associação Brasileira de Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras, e do Estado do Rio de Janeiro.

O que está em contencioso nos processos acima referidos é a competência dos Municípios para editar regras edilícias e de ocupação dos logradouros públicos. Aliás, a própria Lei Federal das Telecomunicações ( Lei 9.472/97) dispôs, em seu artigo 74, que, ainda que a competência para a exploração dos serviços seja privativa da União, a concessão, permissão ou autorização de tais serviços não isentam as prestadoras de atenderem às normas de engenharia e às leis municipais relativas à construção civil e à instalação de cabos e equipamentos em logradouros públicos. Com efeito, trata-se de um poder-dever do ente federativo municipal dispõe sobre a implantação e ampliação de redes de infraestrutura para a execução de serviços que têm nos municípios o seu *locus* de atuação. Tal competência deve ser exercida de forma limitada e adstrita aos princípios e regras consagradas na Constituição.

No caso de Porto Alegre, o município legislou sobre a utilização de bem público por particular, isto é, sobre matéria administrativa que diz respeito ao interesse local e à ordenação do espaço urbano, e não sobre a organização de serviços públicos de telecomunicação (matéria reservada à União). Nos termos da Constituição, todos os solos e subsolos pertencem aos Estados e aos Municípios, sendo da União tão somente o solo e subsolo onde se encontram jazidas, minas e recursos minerais. A utilização de bem público de uso comum para implantação de redes é o que Di Pietro denomina “uso anormal de bem público”, isto é, “aquele uso que atende finalidades diversas ou acessórias, às vezes em contradição com aquela destinação” (DI PIETRO, 2010, p. 24).

O fundamento dessa atuação foi o reconhecimento de que o município é agente normativo e regulador de atividades econômicas que se desenvolvem em seu território, e, por isso, deve fiscalizar, incentivar e planejar tais atividades. O que se tem é a exploração, pelo particular, de um bem municipal mediante o pagamento de preço estabelecido em lei. Não é um tributo, em seu conceito jurídico (taxa), mas um preço público, decorrente do regime jurídico dos bens públicos, segundo o qual é devido o pagamento de preço estabelecido pela exploração, com *animus lucrandi*, de bem que é de todos. O município, na dicção constitucional, não é o proprietário dos bens, mas seu gestor e guardião: a única exigência cabível para o uso do bem por particulares é a compatibilidade com a sua destinação pública e a anuência da Administração (CRFB, art. 30, I, II e VII; art.23, I e art. 174).

No julgado de 2005, a Câmara do TJRS, mantendo a decisão de 1º grau, assentou que a remuneração pelo uso de bem público é preço público e não taxa, sob vários argumentos. O primeiro, disse respeito à consideração de que pelo art. 74 da Lei das Comunicações, “não se está limitando a prestação dos serviços de telecomunicações, mas, em observância ao interesse coletivo, objetiva-se a promoção da adequada ocupação do solo urbano, com todas as implicações que isso represente” (BRASIL, TJRS, 2005, p. 8). Afirmada, pois, a competência privativa do município, de acordo com o art. 30, da Constituição. O segundo argumento, da Juíza de Direito de 1º grau, foi captado da realidade socioeconômica da atividade, uma vez que conclui ser a valorização do subsolo e do espaço aéreo consequência dos “avanços tecnológicos, em diversas áreas e em especial na área de comunicação”. De acordo com isso, “a maior procura faz com que se valorize o bem e entre para o mercado” (BRASIL, TJRS, 2005, pp.9-10)

e daí, não procedem as alegações de que o serviço prestado, por ser essencial, não pode se submeter ao pagamento do preço, uma vez que estas, ao se proporem a explorar a atividade, visam o lucro e isso exige que se invista em passagem de tubos e fiação pelo espaço público. Portanto, deverá arcar com as despesas. As circunstâncias nas quais as empresas utilizam o espaço público não é a mesma na qual toda a coletividade se utiliza e se beneficia das vias públicas, ao contrário tal utilização traz retorno financeiro considerável. Reforçada a possibilidade de cobrança também com fundamento no artigo 103 do Código Civil Brasileiro, segundo o qual, o uso dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencem.

Quanto às decisões que entenderam pela ilegalidade e inconstitucionalidade da cobrança, partiram de outros pressupostos. A de 2008, do TJRS, refere-se à decisões do STJ, com a transcrição das ementas, que dizem respeito à hipóteses fáticas diversas, quais sejam, a cobrança de Taxa de Licença para publicidade e pela exploração de atividade em logradouros públicos (RMS 12258/SE), e instalação de postes de sustentação da rede de transmissão de energia elétrica (condição *sine qua non* para a prestação do serviço) (RMS 11412/SE). Já a decisão do Plenário do STF, de 2011, também com base em caso concreto diverso (o do RE 581.947/RO), assevera não ser possível a cobrança para instalação de equipamento para a prestação de serviço público, a não ser que resulte extinção de direitos. Alega, ainda, ser “irrelevante a eventual distinção entre as legislações de regência dos setores de energia e telecomunicações”.

Uma vez que tais acórdãos não fizeram a distinção necessária para o uso dos ‘precedentes’ (hoje obrigatória nos termos do artigo 489, §1º do CPC) e que alguns casos concretos trataram da cobrança de taxa (um tributo), e não de preço, como o caso do Município de Ji-Paraná (RE 617.447), cuja repercussão geral foi reconhecida, a discussão foi reaberta. A técnica de argumentação por ‘distinções’ (*distinctions*) é peculiar aos sistemas jurídicos de *common law*, que buscam, acima de tudo, uma solução justa especificamente para o caso (*case law*), não havendo a preocupação na formação de um sistema lógico e coerente de decisões que não seja contraditórias entre si, pois o que se busca é apenas resolver o caso concreto. Lógica semelhante à dos pretores romanos, o que importa é encontrar a solução para o caso a partir de suas próprias circunstâncias individuais e concretas. Utiliza-se o método analítico-indutivo de argumentação, pois parte-se das circunstâncias do caso para a busca de uma solução válida somente para esse caso.

Pela regra do precedente, uma decisão de um Tribunal Superior vincula, isto é, torna obrigatório o precedente, para os futuros casos semelhantes. Resta, porém, saber o que é um ‘caso semelhante’ e qual ‘regra’ *in concreto* ou norma para o caso concreto (*rule*) deve ser retirada do julgado e entendida como vinculante. Assim, inicialmente é necessário interpretar as decisões dos tribunais e verificar exatamente o que o Tribunal pretendeu estabelecer como norma para o caso (*rule*). Não raro isso exige não somente uma decisão, mas outras decisões posteriores, que pouco a pouco vão aclarando o entendimento do Tribunal, bem como mediante a obra de comentários pela doutrina. Depois, todo aquele que pretender negar a aplicação de um precedente a um caso futuro, tentará demonstrar que nesse caso futuro há uma série de circunstâncias e detalhes concretos (as ‘distinções’) que se diferenciam das circunstâncias e

detalhes que geraram o precedente e, portanto, impedem que esse caso seja considerado como semelhante ao caso que gerou o precedente. Já a parte contrária tentará comprovar o contrário, que essas distinções, ou seja, circunstâncias e detalhes do caso que está sendo julgado, são secundárias para a solução do caso, e que, portanto, o precedente deve ser aplicado. Com a reforma constitucional de 2004, introduzindo a sistemática da demonstração de repercussão geral para o processamento dos recursos extraordinários e adoção da chamada Súmula Vinculante (*rectius*), um passo foi dado no sentido de aproximar-se o sistema jurídico brasileiro (*civil law*) do modelo de *common law*. A edição do novo Código de Processo Civil, que traz em seu artigo 489, parágrafo 1º, a exigência de fundamentação adequada e racional das decisões judiciais, veio a aprofundar tal sistemática. O problema é que, nos casos discutidos, parece que os tribunais não conhecem tal técnica, pois, ao invocarem precedentes, não identificam os seus fundamentos determinantes, nem demonstram que o caso se ajusta àqueles (TABORDA, 2017, p. 178).

A ‘distinção’ mais óbvia a ser feita seria aquela diferenciadora entre ‘taxa’ e ‘preço’ (um dos casos utilizados discutia a possibilidade de cobrança de taxas); a segunda, igualmente relevante, por que muda completamente o caso concreto de incidência da regra, é a de que não está se tratando, no caso de Porto Alegre, de cobrança pela instalação de equipamento necessário à execução de um serviço público, e sim de remuneração pelo uso, via concessão, de bens públicos municipais para a extensão das redes aéreas e subterrâneas, em função do caráter contratual e estável desta espécie de outorga, diferentemente da autorização e permissão de uso, notadamente precários. Na hipótese da lei municipal, foi utilizada a denominada concessão autônoma ou acessória, pela qual fica garantida a afetação original do bem e, ao mesmo tempo, este poder ser destinado à outra finalidade mediante a outorga de uso a terceiros, sem prejuízo da função precípua. É o caso da colocação dos cabos subterrâneos. O uso que é concedido não é da rua (que é de todos), mas dos equipamentos urbanos, isto é, dos cabos subterrâneos e postes. Dito de outro modo, a destinação principal do bem de uso comum – circular pela rua – não ficou afetada: os municípios a continuam usando livremente.

‘Distinção’ também necessária para a solução dos casos seria a que diz respeito às missões do serviço público, a partir da intervenção no mercado e essencialidade do serviço, que são permitir aos usuários prestações essenciais, contribuir para a coesão social e favorecer a utilização racional, eficaz e equilibrada do território. Com isso, é possível visualizar os serviços prestados diretamente pelo Estado, relativos à prestação de bens coletivos puros (não exclusivos, com acessibilidade geral e em que o consumo de uns não afeta o consumo dos demais) e aqueles relativos aos serviços ditos ‘de clube’, em que o consumo coletivo está, em princípio, recusado a certos usuários (são exclusivos, mas não rivais, de acordo com a terminologia especializada). Os ‘bens de clube’ devem ser pagos pelos consumidores e o seu fornecimento fica a cargo da iniciativa privada: a autoridade pública pode intervir para corrigir distorções de preços, desigualdades flagrantes e corrupção (GRAU, 2001, p.391; MODERNE, 2001, pp. 14-15). Não há, nos casos discutidos, remuneração pelo uso de equipamento para prestar serviço público em sentido estrito. Daí, as empresas não estão obrigadas a usar o equipamento municipal, pois poderão usar outras tecnologias, como rede sem fio e satélites para prestar os serviços aos seus associados. Ademais, as empresas poderão

deixar de prestar tal serviço quando isso lhe for inconveniente ou antieconômico. Se não é o concessionário quem paga pelos equipamentos urbanos e os usa para obter proveito econômico, é justo, plausível que remunere a municipalidade pelo uso destes bens. No desempenho de suas atividades concedidas, prestam serviços por sua conta e risco econômico, deles auferindo lucro ou suportando eventuais prejuízos. Decorrente do princípio da livre iniciativa é a faculdade que tem a empresa de fazer seus investimentos, “competir lealmente e auferir lucros” (SIMM & GONÇALVES, 2018, p. 43). Tal faculdade, todavia, está constitucionalmente condicionada à garantia da justiça social e do bem-estar coletivo.

Como se vê, é indubitável que o agente concessionário atua sob o regime do direito privado em organização e funcionamento, contratando bens e pessoas e praticando atos particulares na administração do seu negócio, com vistas a bem desempenhar o serviço público que lhe foi cometido. Alegar o contrário - como o fizeram as decisões em apreço - é desconhecer que os preços podem ser estabelecidos para remunerar adequadamente o uso privativo de bens públicos. Não se pode confundir o trespasse de serviço público (concessão de serviço, permissão de serviço) com o trespasse de uso de bem público (concessão de uso, permissão de uso, autorização de uso), por que esses institutos são muito diferentes. Estabelecer as modalidades de uso de bens públicos é da competência privativa dos entes federados e não da União.

A fazer-se as distinções referidas e a guiar-se pela observação da fonte material do Direito - a realidade empírica da atividade -, quando do julgamento do mérito do Recurso Extraordinário com Agravo que reabriu a discussão, o resultado poderá ser diverso. Viver na Sociedade de Risco implica questionar possibilidades de ação e saber que o ocorrido como evento poderia ter sido diferente de como foi, já que a cada seleção feita da realidade, “produzem-se novas possibilidades sobre as quais antes não era possível pensar-se” (DE GIORGI, 2013, p. 121).

Outro caso que reclama a atenção do jurista para orientar-se pela realidade empírica diz respeito à tributação dos bens digitais. A edição da Lei Complementar nº 157, de 29 de dezembro de 2016, alterou a regulação do Imposto sobre Serviços, sobressaindo-se a expressa autorização para tributar novas tecnologias, o combate à guerra fiscal entre os municípios (fixação de alíquota mínima e responsabilização dos governantes por sua inobservância) e a modificação da lista anexa à LC 116/2003. Processos judiciais foram abertos em todo o País para questionar a constitucionalidade do referido diploma legal, ao mesmo tempo em que a doutrina nacional se esforça para dar uma resposta sistemática às demandas do mercado digital “cada vez maior e mais influente” (SANTI, 2017). É preciso verificar, pois, o que a esfera pública e o complexo parlamentar (o lado *input* do sistema da ação administrativa) selecionaram da realidade do mercado digital para fins de redução da complexidade do ambiente, tal como conformado na nova Lista de Serviços (LC 157/2016).

### 3 A TRIBUTAÇÃO DOS BENS DIGITAIS: ATUALIZAÇÃO DA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA À LEI COMPLEMENTAR 157/16

A Lista de Serviços apresentada na LC 157/2016 modifica a lista anexa à LC 11/2003 quando autoriza a tributação do serviço de computação em nuvem (*cloud computing*) - item 1.03, ao dispor que a elaboração de programas de computadores e

de jogos eletrônicos é fato gerador de ISS, “independentemente da arquitetura construtiva da máquina em que o programa será executado, incluindo *tablets*, *smartphones* e *congêneres*” (item 1.04) e, finalmente, quando inclui o item 1.09, relativo aos serviços de *streaming*.

No primeiro caso, da computação em nuvem, não há dúvida de que se trata de um serviço na acepção constitucional, uma vez que, por ele, uma pessoa – o cliente – tem acesso ao poder de comunicação já existente na *web*: há a cessão de infraestrutura virtual de Tecnologia de Informação, por exemplo, a hospedagem de máquinas virtuais. A infraestrutura é o serviço (*IaaS*). As duas últimas hipóteses configuram mais do que uma disponibilização de *software*, por que, de fato, o que se põe à disposição do cliente é um sem número de serviços. No *software* convencional, o programa é instalado em uma máquina, há o licenciamento perpétuo: o *SaaS* (*software as a service*), ao contrário, se baseia no uso, cobrando-se do cliente apenas as transações de serviço usadas. No particular, paga-se uma assinatura (baseada no tempo), uma taxa fixa, por estação, por determinado período, durante o qual haverá o direito ao uso ilimitado do serviço (MACEDO, 2017, pp.14-15).

A discussão sobre a incidência de ISS no licenciamento de *software*, considerando-se que há licenciamento de uso do bem intelectual, restou pacificada por decisões do STT (RE 176.626-SP) e do STJ (Resp 814.075-MG), ainda sob a égide do regime anterior. Todavia, diante de edições de leis estaduais que puseram tal exação no campo de incidência do ICMS, foram propostas várias ações no STF. A primeira delas, a ADI 1945, proposta pelo PMDB em 1999, contesta dispositivo de lei estadual (Estado do Mato Grosso), quando a transferência eletrônica de software ainda era feita por meio de disquete. A segunda, ADI 5576, ajuizada pela CNS (Confederação Nacional de Serviços), questiona decreto do Estado de São Paulo e, por fim, a última, a ADI 5958, cuja autora é a BRASSCOM (Associação Brasileira de Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação), questiona o Convênio nº 106/2017, que autorizou os Estados a cobrar ICMS nas operações com bens e mercadorias digitais, comercializadas por transferência eletrônica. As duas primeiras foram reunidas e pendem de julgamento, segundo informação que consta no sítio do STF na *web*.

A controvérsia estabelecida gira em torno da alegação de bitributação, na medida em que as empresas estão atualmente sujeitas à exação pelo ICMS sobre as operações com software, seja por meio físico, sejam as realizadas por transferência eletrônica de dados, e pelo ISS. Na decisão da Medida Cautelar na ADI 5576, os ministros relatores (Roberto Barroso e Dias Toffoli) entenderam pela competência do ISS, uma vez que não há, aí, fato gerador de ICMS, que consiste em circulação de mercadorias. De fato, é necessário, neste tópico, a distinção entre o que é mercadoria e o que é serviço. O serviço é prestação de bens imateriais (o imposto onera a circulação da riqueza), é intangível e consiste em uso, utilidade, facilidade e conforto. As mercadorias, ao contrário, são tangíveis e sua titularidade, transferível. O que deve ser percebido da realidade empírica, é que, hoje, quase já não há o uso do conteúdo em suporte físico (disquetes, cds, vídeos) e sim uso do conteúdo em um suporte que é físico. Na dicção do Ministro Sepúlveda Pertence, quando do julgamento do RE 176.626, resta claro que o conceito de mercadoria não inclui os bens incorpóreos, como os direitos. Por conseguinte, as operações de licenciamento ou cessão de direito de uso de programas

de computador são operações que têm como objeto um direito “de uso bem incorpóreo insuscetível de ser incluído no conceito de mercadoria e, conseqüentemente, de sofrer a incidência do ICMS”.

Como se vê, a tangibilidade é critério constitucional, de modo que o licenciamento ou cessão de uso de programas de computação é diferente de padronização e encomenda, critérios retirados da lei complementar. Em síntese, é o STF quem vai decidir se licenciamento de software cai no campo de incidência do ISS ou não.

No que diz respeito aos serviços de *streaming*, igualmente estabelecidas controvérsias judiciais e doutrinárias. Em que pesem os processos não terem chegado ainda às instâncias superiores, em todo o Brasil, empresas que disponibilizam, sem cessão definitiva, conteúdos de áudio, vídeo, imagens e textos por meio da *web*, vem discutindo com os fiscos municipais a constitucionalidade da inclusão desses serviços como fato gerador de ISS, como na Apelação Cível nº 70077790889, que tramita na 1ª Câmara Cível do TJRS. O argumento central do Relator, que negou provimento ao recurso da empresa impetrante do Mandado de Segurança, foi o que de que “é legal a incidência do ISS sobre a atividade de *streaming* e *download*, pois envolve obrigação de fazer” (BRASIL, TJRS, 2018).

Andrei Veloso advoga a tese da inconstitucionalidade da inclusão dos serviços de streaming na Lista de Serviços, pois, segundo seu entendimento, tal atividade não revela uma obrigação de fazer, na medida em que não corresponde a qualquer esforço humano e pessoal praticado em proveito de terceiro. Para o autor, o conteúdo disponibilizado “já existe” e as empresas apenas cedem temporariamente o direito de acesso. Assim, não caberia a tributação pelo ISS, sob pena de subversão do conceito de serviço pressuposto na Constituição (VELOSO, 2017). Ora, tais alegações não procedem, pois, se o objeto do contrato de *streaming* é a disponibilização temporária de conteúdo de áudio/vídeo por meio da *internet* acessada por *smartphones*, *tablets*, *tv*s inteligentes, computadores e outros dispositivos, há um fazer aí, no sentido de ‘por à disposição’ e não cessão temporária de direito de acesso àqueles conteúdos disponibilizados.

Da mesma forma, improcede a alegação de não há um fazer pessoal e humana em tal contratação, principalmente em uma época (como a de hoje), em que as máquinas fazem tudo por seres humanos e, às vezes, se revestem de forma humana (robôs). O que interessa, no caso, é o fenômeno da imputação: mesmo que toda a cadeia de uma atividade esteja automatizada, sempre há uma pessoa (imputação do Direito) que é responsável pela mesma e que dela tira proveito econômico. Conseqüentemente, reconhece-se que há, na contratação, um prestar, um serviço que revela a capacidade contributiva de alguém que põe ao alcance de outrem, onerosamente, um uso, uma facilidade, utilidade ou conforto. Sob esse aspecto, é dever do legislador tributário conformar tal âmbito da realidade.

Diante da complexidade da realidade da tributação, cabe à lei complementar dispor sobre conflitos de competência entre as entidades tributantes, regular as limitações constitucionais ao poder de tributar e estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária. É ao legislador complementar, invocando a norma contida no art. 146, III, da Constituição quem cabe definir um tributo e suas espécies “desde que seja para dispor sobre conflitos de competência” (BARROS CARVALHO, 1993, p. 139).

Poderá, também, mexer no fato gerador, na base de cálculo e nos contribuintes de determinado imposto, e definir a lista de serviços sobre os quais incide o ISS (essa última possibilidade é construção pretoriana). O legislador municipal é livre para criar e disciplinar o ISS, somente contido pelo próprio texto constitucional, tanto que é reconhecida, pelo Judiciário, a interpretação analógica da lista de serviços.

Assim, observando-se a natureza empírica das operações ('das coisas'), é possível afirmar a adequação feita pela lei complementar, ao incluir o *streaming* como fato imponível para o ISS. Tal tributo é um imposto (vincula-se a uma situação de fato que se constitui em objeto de imposição, enquanto considerada manifestação direta ou indireta de certa capacidade contributiva, isto é, uma situação que se refere exclusivamente à pessoa do obrigado e à sua esfera de atividade, sem relação alguma, nem sequer de fato com a atividade do poder público) que recai sobre a circulação de serviços de qualquer natureza, compreendendo-se por serviço a venda de bens imateriais (noção econômica), isto é, bens que não têm extensão corpórea e são permanência no espaço, e não a simples atividade decorrente de contratos de 'prestação de serviços' (fornecimento de trabalho). Como todo imposto, o ISS é instrumento estatal para a captação de parte da riqueza produzida pela comunidade, que a ela retornará ou sob a forma de serviços públicos ou para custear os encargos estatais. Operações realizadas de prestação de serviços a terceiros, com habitualidade, com remuneração e finalidade de lucro, são situações fáticas que se consubstanciam no fato imponível do ISSQN (MORAES, 1975, pp.42;121).

Nas condições supra descritas, a doutrina se esforça para construir respostas sistemáticas para a solução das controvérsias que surgem a propósito da interpretação e aplicação das normas tributárias e fiscais e para discutir as bases de uma reforma tributária em curso no País. Eurico De Santi, por exemplo, com fundamento na obra de Frydman, defende a utilização de normas técnicas para a regulação de relações pessoais e procedimentais, e aduz que é o momento de repensar a relação dessas normas e as regras jurídicas, na medida em que, segundo ele, "o Direito não pode responder a certas demandas da sociedade, principalmente após o início da globalização". Assevera, ainda, que tais normas decorrem da própria natureza das coisas, ou seja, das necessidades da vida social (SANTI, 2017). Todavia, o jurista não explicita o que são as referidas normas técnicas e nem o que entende por 'natureza das coisas'. Por conseguinte, é preciso compreender o conceito de 'natureza das coisas' tal como formulado pela teoria do direito, assumindo que é possível utilizá-lo na solução dos casos práticos (na tarefa de interpretação e aplicação do Direito) ou como fonte de direito subsidiária ou com parâmetro crítico, para discutir a correção de decisões concretas dos tribunais.

#### 4 O RECURSO À 'NATUREZA DAS COISAS' NA CONCREÇÃO DAS NORMAS FISCAIS E TRIBUTÁRIAS

A expressão 'natureza das coisas' aplicada à teoria das fontes do direito pode significar muitas coisas e não há acordo sobre o seu conteúdo ou mesmo sobre a sua função. A finalidade das teorias sobre a natureza das coisas está em criticar as ideologias que o racionalismo engendra e "restaurar no campo do direito, o método de observação dos fatos sociais" (VILLEY, 1978, p. 45). Na noção de natureza dos modernos, está incluído o mecanismo vinculante dos fenômenos materiais entre si – relações

de causalidade eficiente, e, assim, não se pode atribuir à natureza mais do que papel secundário, não tem a função de 'fonte do direito'. Ao jurista criador de normas, a natureza das coisas oporá certas condições à sua fantasia: "o Parlamento inglês pode fazer tudo, menos transformar um homem em mulher." Se somos livres para eleger os fins, a natureza das coisas nos indica os meios possíveis. Mas isso é apenas uma barreira frágil, pois pouca coisa é indicar ao legislador os meios possíveis, já que muitas coisas são "possíveis": "Hitler pode, sem que aparentemente lhe proibissem as leis da natureza das coisas, enviar todos os judeus aos fornos crematórios" (VILLEY, 1978, p. 38).

Reduzido a um papel subsidiário, de limite à arbitrariedade do homem na criação do direito, o conceito de natureza das coisas aparece também esboçado na obra da jurisprudência romana, ainda que seu pensamento fosse mais conectado à filosofia adversa (D.49.8.3,1).<sup>2</sup> Tal concepção minimizadora é solidamente arraigada nos nossos hábitos de pensamento. Montesquieu, tributário da mesma filosofia racionalista, reconhece à "natureza das coisas" um papel mais importante e absorvente. "As leis, no seu sentido mais amplo, são relações necessárias que derivam da natureza das coisas e, nesse sentido, todos os seres têm suas leis", assevera na abertura do Livro I (MONTESQUIEU, 1979, p. 23). Segundo tal entendimento, as ciências causais absorvem toda a liberdade e, sob um nome novo, afirma-se um direito natural, "ditado por natureza" que afoga a liberdade do legislador sobre um determinismo natural.

O jusnaturalismo moderno (dos séculos XVII e XVIII), por outro lado, deforma o conceito clássico de 'natureza das coisas' por que concebe o direito natural como um direito deduzido da razão humana e acaba confundindo o direito natural com o direito racional. Com efeito, isto é um contrassenso, na medida em que se o direito natural fosse verdadeiramente um direito da razão, a noção de natureza das coisas seria diretamente contrária a ele, já que nos termos do conceito clássico (aristotélico-tomista), o direito deve ser retirado da observação de toda a natureza, que é mutável, e de nenhum modo da razão humana. Ademais, há um segundo contrassenso em tal aproximação, pois, se por direito natural se entende um conjunto de normas expressas constituídas de uma vez para sempre pela razão, no coração do método da natureza das coisas está a adaptação às novas situações. Por isso, é aqui essencial a 'volta à tradição', recomendado por Gény, para sumariar a noção clássica de "natureza das coisas" que dominou o espírito dos juristas até pelo menos o século XIV, e encontra a sua explicação no sistema filosófico do direito natural clássico e na jurisprudência romana (GROSSI, 1991, p. 30). Ainda que os clássicos reconheçam um lugar considerável ao direito positivo, emanado do poder legislativo, consideram ser o direito posto também fundado na natureza das coisas, já que, por natureza, existem as cidades e nelas, os dirigentes encarregados de ordenar a convivência humana através de normas precisas. É precisamente a conciliação entre uma concepção mínima e uma concepção máxima de natureza das coisas que o projeto do pensamento contemporâneo, de retomada da filosofia clássica, busca. Tal movimento não bate de frente, contudo, com o positivismo jurídico, por que tão somente busca conciliar posições contrapostas.

---

<sup>2</sup> Paulo. Respostas, livro XVI – "(...)sem causa se apela da sentença a que não se pode obedecer pela natureza das coisas" (GARCÍA DEL CORRAL, 1989, p. 826)

No pensamento contemporâneo, há os que como Gény e Larenz, aduzem ser o conceito de 'natureza das coisas' uma verdadeira fonte de direito subsidiária, capaz de fazer frente às insuficiências da lei e os que, como Poulantzas, lhe reconhecem um caráter principal (POULANTZAS, 1965, p. 15). Larenz, por sua vez, assevera que o conceito de 'natureza das coisas' diz respeito ao conhecimento do ser e do dever-ser, do ser material e do ser espiritual, da realidade e do valor. Segundo ele, na 'natureza das coisas' reside um subsídio que transcende a mera facticidade e penetra no que é suscetível de sentido e de valor. As coisas invariáveis do homem devem ser consideradas pelo Direito. Em conexão com a igualdade, a observação da natureza das coisas exige uma discriminação materialmente adequada. Critério teleológico-objetivo de interpretação, a consideração da natureza das coisas entra em questão sempre que não se possa supor que o legislador tenha querido desatendê-la. Quando a imputação legal falseia de modo grosseiro a natureza das coisas, a jurisprudência dos tribunais pode corrigir isso mediante o desenvolvimento do 'direito judicial', superador da lei. Se o legislador passar por cima ou depreciar a natureza das coisas, configurando o mundo conforme seus desígnios arbitrários, terá a regulação corrigida pelos tribunais. Advém daí que, para Larenz, o conceito de natureza das coisas é critério para saber se uma diferenciação é materialmente adequada, serve para o preenchimento de lacunas da Constituição e das leis. As deduções a partir do conceito requerem uma solução com exclusão de outras possibilidades de solução materialmente adequadas (LARENZ, 1989, pp.242 et seq).

Já a tese de Poulantzas é, ela mesma, sobre a dialética do fato e do valor, isto é, sobre a ontologia jurídica que constitui o centro do conceito de 'natureza das coisas'. Em seu projeto, Poulantzas procura fazer um amplo estudo ontológico do direito, em combinação com a Sociologia do Direito de Weber e empregando a síntese do marxismo com a fenomenologia existencialista de Sartre. Afirma ele que é possível produzir uma teoria do direito natural fundada na unidade dialética entre o fato e o valor, pois o homem pode existir e agir em virtude dos valores que estão embutidos em seus projetos e tais valores existem por que o homem existe. Daí que o direito pode ser concebido como uma estrutura feita tanto de fatos quanto de valores, *verbis*:

[...] é a existência concreta e a práxis humana, a natureza das coisas como a totalidade histórica do fato e do valor, que estruturam geneticamente os critérios axiológicos da avaliação de uma ordem jurídica positiva. (...) Esses valores não constituem um universo utópico qualquer, ditado por uma pretendida essência humana, eles constituem ao mesmo tempo de 'dados' e de 'tarefas' que o homem descobre na medida em que ele existe historicamente e 'praticamente', na medida em que se crê em novas condições de existência de práxis. Esses valores podem ser designados como direito natural, porque é precisamente em 'função' deles que o direito positivo é avaliado além de uma veneração do fato realizado" (POULANTZAS, 1965, pp.348-349)

O que há em comum a todas estas teses é a reação contra os excessos do culto ao texto e à abstração jurídica. À noção clássica de 'natureza das coisas' se agrega ainda o conceito contemporâneo de 'estrutura do âmbito material regulado', que são os dados factuais, em relação aos quais nem o legislador pode alterar o que quer que seja e que ele toma em consideração de modo racional quando vai elaborar qualquer regulação. A questão de se saber qual é a interpretação materialmente adequada só pode ser res-

pondida se for tomada em consideração na sua especificidade e na sua estrutura particular a coisa de cuja regulação se trata a norma ou complexo de normas. Isto se torna claro quando uma norma ou complexo de normas quer regular um extenso setor da vida, sem que se possam retirar da lei indicações mais concretas sobre a delimitação deste setor (norma relativa à empresa, à ciência, à arte, à concorrência, às profissões liberais, ao regime dos seguros, às telecomunicações, às mídias digitais, etc.). Friederich Müller criou a expressão 'domínio da norma' para estes setores a que está orientada uma regulação (o segmento da realidade social na sua estrutura fundamental, que o programa da norma escolheu ou criou parcialmente como âmbito de sua regulação) a partir da observação de que a norma jurídica não é nenhuma forma vertida autoritariamente na realidade, mas uma consequência ordenadora e disciplinadora a partir da estrutura material do próprio setor social regulado (MÜLLER, 1993, pp.189-197).

A consequência disso é que as estruturas materiais previamente dadas acabam por ser critérios objetivos de interpretação. Em caso de dúvida, presume-se que a lei tentou fazer uma regulação materialmente adequada, pois o legislador não pode conscientemente se sobrepor a tais estruturas, sob pena do resultado ser manifestamente absurdo. Em ampla medida, as estruturas materiais do domínio da norma são idênticas à natureza das coisas, pois, se o jurista liga ao conceito de natureza das coisas à concepção de uma ordem ancorada nas coisas, isto é, nas próprias relações da vida, há um elemento normativo a extrair do próprio ser. Para a concepção de 'domínio da norma', se o setor da vida é regulado, a regulação só é materialmente adequada enquanto se ajuste à sua estrutura material: o "se" de uma regulação não pode ser questionável, mas apenas o seu "como", dentro do quadro já traçado. Quando a natureza das coisas desenha uma regulação, isso também é um critério de interpretação teleológico-objetivo.

Na dimensão real/fática, a preocupação dos juristas é a eficácia social; na dimensão ideal/crítica, a tônica é posta no aspecto da correção moral das decisões jurídicas. Daí, passa a ser importante a teoria do discurso e da argumentação, que faz valer a tese de que entre demonstrabilidade e arbitrariedade exista o terceiro elemento, qual seja, a racionalidade: "racional é quem submete seus juízos morais a uma argumentação racional," já argumentou Robert Alexy (ALEXY, 2013).

Nas condições supra descritas, a utilizar-se um conceito de 'natureza das coisas' ou de 'domínio da norma' na interpretação e aplicação das normas fiscais e tributárias, necessariamente, os dados da realidade empírica das atividades devem ser sempre considerados. Assim, no caso das redes subterrâneas, houve a concretização do princípio da justiça distributiva, pois a relação contratual que se estabeleceu entre o Estado-Município e recorrida tem o caráter da justiça distributiva uma vez que trata diferentemente as pessoas porque é o tipo de justiça que se manifesta na distribuição dos bens políticos, ou de atribuição de vantagens ou desvantagens, direitos ou deveres aos indivíduos pertencentes a uma determinada categoria, equiparando-se pessoas (homens e mulheres na relação conjugal; trabalhadores e patrões na relação de trabalho), em relação a determinadas coisas: os objetos distribuídos (relação entre o todo e as partes).

Da mesma forma, a considerar a realidade empírica atual dos licenciamentos e elaboração de software, feitos diretamente “pela nuvem” e a forma como operam os diversos serviços de *streaming*, e diante da magnitude econômica do mercado digital, não poderá haver dúvidas no sentido de que é devido ISS – imposto sobre serviços – sobre tais operações. Ou por que o legislador tributário, no exercício de sua competência constitucional assim delimitou ou pela própria ‘natureza das coisas’, é devida a exação.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas sociedades complexas, a tarefa do sistema jurídica é, precisamente, a redução da complexidade, pois, restando o sistema cego em relação ao sistema da política, enxerga apenas o seu código interno (legal/ilegal) e determina, por conta própria, o que é Direito. Como consequência, aquilo que aparece como realidade é apenas o resultado de uma seleção, que transforma irregularidades em regularidades. Na medida em que o futuro é aberto (tudo pode acontecer), o risco é precisamente o ‘aquilo que não se sabe’. Daí, quando o legislador municipal ou o legislador tributário tomam decisões, não têm como prever desdobramentos que não teriam ocorrido se a decisão fosse outra.

No primeiro caso relatado, o risco – o que não se conhecia – foi a resistência judicial que as empresas concessionárias de telecomunicações opuseram à cobrança de preço pela utilização das redes de infraestrutura pública, para a prestação de seus serviços. Ao guiar-se pela observação da fonte material do Direito – a realidade empírica da atividade e pela ideia de justiça distributiva, o legislador municipal pode exigir remuneração pelo uso de bem comum do povo de pessoas que prestam serviços públicos, em regime de concorrência e com intenção de lucrar, fazendo com que, de alguma forma, os titulares do bem – os municípios – participassem indiretamente do resultado da atividade econômica que se exerce com a sua coisa (o subsolo da cidade). Ao investir os valores pagos a título de remuneração pelo uso privativo dos bens comuns na melhoria das condições de vida de todos os municípios, o Município só estará ‘devolvendo’, sob a forma de serviços e bens, parte do lucro obtido pelos concessionários. Admitir o contrário é desconhecer regra básica de justiça distributiva, pois sob qual título algumas pessoas - os concessionários – podem obter lucro utilizando aquilo que é de todos, ou cuja titularidade é indeterminada? Guiado pela ‘natureza das coisas’, ou pelas regras próprias do setor regulado (a prestação de serviços de telecomunicações por redes de infraestrutura), pode o legislador municipal criar regra materialmente adequada.

Nos dois últimos casos relatados, o legislador tributário, igualmente guiando-se pela realidade das operações, pode criar regulação adequada, título de exação, pelo ISS, do *software* e do *streaming*. As objeções de inconstitucionalidade da lei opostas pelos contribuintes, por parte do Judiciário e da doutrina não se sustentam precisamente porque desconsideram completamente a natureza das coisas e o âmbito material regulado, construindo ficções que não encontram eco na realidade da prestação do referido serviço, nem no ordenamento jurídico.

Em síntese, é deveras importante que os tribunais nos quais tramitam as ações ora discutidas adotem uma postura realista, que parta da realidade das atividades,

para julgá-las, pois, ao argumento da redução da complexidade do ambiente se incrementará ainda mais a complexidade do sistema, uma vez que se imporá aos interessados normas contraditórias, não sistemática. É preciso “não jogar fora a criança com a água da bacia”, sob pena de continuar a afogar os tribunais com milhares de processos, sem falar na insegurança jurídica gerada com o contínuo desgaste do valor e função da legislação.

. Como se constata, a decisão desconsiderou completamente a natureza das coisas ou o âmbito material regulado, construindo uma *ficção* que não encontra eco na realidade da prestação do referido serviço e nem no ordenamento jurídico. Parece, no caso, que o STJ, “jogou fora a criança com a água da bacia” e ao tentar reduzir a complexidade do ambiente, incrementou a complexidade do sistema, por que impôs aos municípios brasileiros o ônus de continuar a discutir judicialmente a questão via recurso extraordinário, que, não aceitos, obrigam à oposição de embargos, à interposição de agravos e assim por diante, afogando os tribunais com milhares de processos, sem falar na insegurança jurídica gerada com a mudança abrupta de orientação. Em conclusão, é preciso afirmar a impossibilidade de o Judiciário decidir contra os preceitos fundamentais da Constituição e do Estado de Direito ou mesmo a despeito da obrigatoriedade de fundamentação racional das decisões judiciais, pois isso é abrir mão de sua missão constitucional, a saber, distribuir a Justiça (o seu de cada um).

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Minha Filosofia do Direito**. Registro de Palestra realizada em 2013, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

BARROS CARVALHO, Paulo de. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1993.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1963.

BRASIL. STF. **SS 3593/RS. Suspensão de Segurança**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 03/09/2009. In:

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28COBRANCA+USO+DE+BENS+PUBLICOS%29%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/ya5byrqb>, acessado 27nov2018.

BRASIL. STF. **Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 494.163** Rio de Janeiro. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgado em 22/02/2011. In:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620561>

acessado 27nov2018

BRASIL. TJRS. **Apelação Cível nº 70008167884**. 2ª. Câmara Cível. Rel. Des. João Armando Bezerra Campos. Julgado em 23/11/2005. In: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc> acessado 27nov2018

BRASIL. TJRS. **Apelação Cível Nº 70 023 299 902**. 21ª. Câmara Cível. Rel. Desa. Liselena Schifino Robles Ribeiro, julgado em 09/04/2008. In:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc> acessado 27nov2018

BRASIL. STF. **Recurso Extraordinário com Agravo 1.005.878**. São Paulo. Rel. Min Gilmar Mendes. In: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5079201>, acessado 27nov2018.

BRASIL. STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1945**. Mato Grosso. Rel. Min. Carmen Lúcia. In: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1747607>, acessado 27nov2018.

BRASIL.STF. **Recurso Extraordinário 176.626**. São Paulo. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. In: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1586587> acessado 27nov2018.

BRASIL. TJRS. **Apelação Cível 70077790889**. Rel. Des. Sérgio Luiz Grassi Beck. In: <https://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>, acessado 27nov2018.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco. Vínculos com o Futuro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

DE GIORGI, Raffaele. A Administração Pública na Sociedade Complexa. **Revista da Faculdade de Direito da FMP** nº 08. Porto Alegre: FMP, 2013, pp. 119-128.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Uso Privativo de bem público por particular**. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FGV DIREITO-SP. **Observatório da Reforma Tributária**. Pesquisa. Disponível in: <https://direitosp.fgv.br/node/43712> Acessado 28nov2018.

GARCÍA DEL CORRAL, Ildfonso. **Cuerpo del Derecho Civil Romano**. Tomo 3. Ed Facsímile. Valladolid: Lex Nova, 1989.

GRAU, Eros Roberto. Constituição e Serviço Público In: GRAU, Eros Roberto, GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs). **Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GROSSI, Paolo. Pagina Introdutiva (Ripensare Gény). **Quaderni Fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno**. Nº20. François Gény e la scienza giuridica del Novecento. Milano: Giuffrè, 1991

MACEDO, Alberto. **Tributação de softwares pelo ISS e os potenciais conflitos com o ICMS**. In: [https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/tributacao\\_de\\_softwares\\_pelo\\_iss\\_e\\_os\\_potenciais\\_conflitos\\_com\\_o\\_icms\\_19.04.2017\\_v.2\\_0.pdf](https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/tributacao_de_softwares_pelo_iss_e_os_potenciais_conflitos_com_o_icms_19.04.2017_v.2_0.pdf), acesso em 27nov2018.

MODERNE, Franck. Les Transcriptions Doctrinales de L'Idée de Service Public. In: MODERNE, Franck et MARCOU Gérard (éds). **L'Idée de Service Public dans le droit des États de L' Union Européene**. Paris: L'Hartmattan, 2001.

MORAES, Bernardo Ribeiro. **Doutrina e Prática do Imposto Sobre Serviços**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1979, Coleção 'Os Pensadores'.

PORTO ALEGRE, Procuradoria-Geral do Município. **Parecer nº 1096/04**. Relatora: Vanesca Buzelato Prestes. In: [http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu\\_doc/P1096\\_04.pdf](http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu_doc/P1096_04.pdf), acesso em 27nov2018.

POULANTZAS, Nicos. **Nature des choses et Droit. Essai sur la dialectique du fait es de la valeur**. Paris: Librairie Général de Jurisprudence, LGDL, 1965.

PRESTES, Vanesca Buzelato. As redes de Infra-estrutura Aéreas e Subterrâneas e a Relação com o Poder Local – Obrigatoriedade de licenciamento e possibilidade de cobrança pela

utilização de bem público. **Revista Interesse Público**. Vol 07. Porto Alegre: Editora Nota Dez, 2000.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de; PEROBA, Luiz Roberto; ALHO NETO, João. **Tributação na Era Digital. Projeto Nossa Reforma Tributária: Desafios da era digital**. São Paulo: FGV, 2017. *Online*. Disponível in: <http://santiadvblog.blogspot.com/2017/10/nossa-reforma-tributaria-desafios-da.html>

SIMM, Camila Beatriz; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Reflexões acerca da substituição tributária progressiva do ICMS e o princípio da livre concorrência a partir da análise econômica do Direito. **Nomos. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. Volume 38.1. jan/jun. Fortaleza: UFC, 2018, pp.41-64. In: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/3061/73313>, acessado 27nov2018.

TABORDA, Maren Guimarães. Administração Fiscal na Sociedade Complexa. O caso da constituição dos créditos não tributários no Município de Porto Alegre. In: NERY, Cristiane da Costa; CAMPELLO, Geórgia. (Orgs.) **Direito Municipal em Debate**. Vol 2. Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2014.

TABORDA, Maren Guimarães. Notas sobre o princípio da publicidade e o dever de fundamentação dos atos administrativos e das decisões judiciais. In: GESTA LEAL, Rogério; SANTOS, Rafael Padilha; DEMARCHI, Clovis (orgs.). **Estado, Mercado e Sociedade: perspectivas e prospectivas**. Dados eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2017, pp. 159-183.

VELOSO, Andrei Pitten. **Reforma do ISS (LC 157/2016): tributação de novas tecnologias e combate à guerra fiscal entre os Municípios**. In: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/reforma-do-iss-lc-1572016-tributacao-de-novas-tecnologias-e-combate-a-guerra-fiscal-entre-os-municipios/17321>, acessado 27nov2018.

VILLEY, Michel. **Metodo, Fuentes y Lenguaje Juridicos**. Buenos Aires: Gheresi Editor, 1978.

**Submetido em: 30 nov. 2018. Aceito em: 27dez. 2018.**





# OS DIÁLOGOS DAS NAÇÕES UNIDAS “HARMONIA COM A NATUREZA” E A PROPOSTA DE DECLARAÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DA MÃE TERRA

*Germana de Oliveira Moraes*

## **Resumo**

Neste artigo, descrevem-se e analisam-se os Diálogos interativos e virtuais Harmonia com a Natureza, realizados, de 2011 a 2017, no âmbito do Programa Harmonia com a Natureza das Nações Unidas. Trata-se também da proposta da adoção do paradigma Harmonia com a Natureza para este século e da possibilidade de edição da Declaração Internacional dos Direitos da Mãe Terra.

## **Palavras-chave**

Nações Unidas. Declaração Internacional dos Direitos da Mãe Terra. Harmonia com a Natureza

## **Resumen**

En este artículo, se describen y analizan los Diálogos interactivos y virtuales Armonía con la Naturaleza, realizados, de 2011 a 2017, en el marco del Programa Armonía con la Naturaleza de las Naciones Unidas. Se trata también de la propuesta de la adopción del paradigma Armonía con la Naturaleza para este siglo y de la posibilidad de edición de la Declaración Internacional de los Derechos de la Madre Tierra.

---

Professora Titular de Direito Constitucional da Universidade Federal do Ceará. Decana do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC onde leciona Direitos da Natureza e Constitucionalismo Democrático Latino Americano. Pós-doutorado na PUC-RJ, com pesquisas sobre a perspectiva do tratamento jurídico internacional da Harmonia com a Natureza e sua eventual incorporação ao direito brasileiro. Integrante da Rede de especialistas sobre Harmonia com a Natureza junto às Nações Unidas (HwN UN). Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa (1998). Mestre(1989) em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Graduada (1984). e estágio pós-doutoral na PUC-PR (2013). Graduada (1984) e Mestre(1989) em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Integrante da Rede de especialistas sobre Harmonia com a Natureza junto às Nações Unidas (HwN UN) Professora do Curso de Graduação da UFC das disciplinas Direito Constitucional e Direito da Integração Foi Coordenadora Nacional, no Brasil, da Rede para o Constitucionalismo democrático latino-americano. (2014-2016). Desenvolve pesquisas acadêmicas sobre Harmonia com a Natureza, direitos da Madre Tierra, consciência Pachamama, Tem experiência nas áreas de Direito Administrativo e Direito Constitucional, com atuação profissional e/ou trabalhos escritos sobre o novo constitucionalismo democrático latino-americano, Bem Viver, direitos de Pachamama, integração sul americana, direitos humanos das mulheres, Unasul, relações internacionais, e regime jurídico das águas, direitos fundamentais e políticas públicas, princípios constitucionais, controle jurisdicional da administração pública, conciliação, sistema judicial e formação de magistrados, É Juíza Federal no Ceará, desde 1991. Foi representante, na América Latina e no Caribe, da IAWJ - International Association of Women Judges ( 2006-2008 e 2012-2014). Atualmente é Presidenta do CBIAWJ - Capítulo Brasileiro da Associação Internacional das Mulheres Juízas. De 2005 a 2007 foi membro na primeira gestão do Conselho Nacional de Justiça, onde participou da coordenação de projetos nacionais relativos à instalação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e ao Movimento pela Conciliação. Representou os juizes federais no Conselho Superior da ENFAM, Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Juizes, de 2011 a 2013 e foi Diretora da Escola da Magistratura Federal cearense, no período de 2009 a 2013. Ademais atuou, no Ceará, como Diretora do Foro Federal, de 2000 a 2005, Juíza do Tribunal Regional Eleitoral, de 1994 a 1997 e Procuradora da Fazenda Nacional, de 1986 a 1991.

## Palavras-chave

Naciones Unidas. Declaración Internacional de los Derechos de la Madre Tierra. Armonía con la Naturaleza

## 1 INTRODUÇÃO

A Assembléia Geral das Nações Unidas, por intermédio da Resolução 65/164<sup>1</sup>, em 15 de março de 2011, demandou ao Secretário-Geral que convocasse um diálogo interativo, sobre Harmonia com a Natureza a ser realizado em uma reunião plenária da Assembléia, em comemoração ao Dia Internacional da Mãe Terra em abril de 2011, com a participação de Estados Membros da organização das Nações Unidas, *experts* independentes e outras partes interessadas, a fim de contribuir eficazmente para a preparação da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, a ser realizada no Rio de Janeiro, Brasil, em 2012.

Desde então, no âmbito do Programa das Nações Unidas *Harmony with Nature*<sup>2</sup>, houve, perante a Assembléia Geral, seis diálogos interativos presenciais, nos anos de 2011 a 2017, exceto no ano 2016, quando houve um diálogo virtual, com participação de especialistas de todo o mundo e debates *on line* sobre o tema **Harmonia com a Natureza**<sup>3</sup>. Esses diálogos, posteriormente, subsidiaram a emissão de sete relatórios, publicados, anualmente, sob a forma de resoluções da Assembléia Geral das Nações Unidas.

Em 2011, nos primeiros diálogos interativos, tratou-se, por sugestão do pioneiro relatório sobre Harmonia com a Natureza, preparado pela equipe técnica da organização e publicado por meio da Resolução A/65/314 em 19 de agosto de 2010<sup>4</sup>, de examinar como os seres humanos podem reconectar-se melhor com o mundo ao seu redor. Participaram desses diálogos de 2011, Vandana Shiva, Peter Brown, Cormac Cullinan, Reine Esleir, Mathis Warckernagel, Paul Bertand Baretts, Gilberto Gallopin e Ivo Harvinga.

Em setembro de 2015, à ocasião dos Diálogos Interativos, a Assembléia Geral das Nações Unidas adotou a Agenda 2030, com os 17 SDG (*Sustainable Development Goals*), a serem implementados até o ano de 2030. O objetivo 12.8 prevê assegurar que as pessoas tenham em todos os lugares informações relevantes e consciência para o desenvolvimento sustentável e os estilos de vida em *Harmonia com a Natureza*

Em 2016, foi constituída a Rede de Conhecimentos Harmonia com a Natureza das Nações Unidas, com a finalidade de ajudar na concretização do objetivo 12.8 antes citado, inclusive, mediante a realização de diálogos interdisciplinares sobre o tema Harmonia com a Natureza. Por intermédio da Resolução A/RES/70/208<sup>5</sup>, a Assembléia Geral das Nações Unidas, decidiu iniciar diálogos virtuais sobre Harmonia com a Natureza com especialistas de todo mundo no tema *Earth Jurisprudence*

<sup>1</sup> Disponível em <http://undocs.org/A/RES/65/164>, acesso em 15 de março de 2017.

<sup>2</sup> Acesso <http://www.harmonywithnatureun.org>, acesso em 15 de março de 2017.

<sup>3</sup> Cronologia do Programa disponível em <http://www.harmonywithnatureun.org/chronology.html>

<sup>4</sup> Informe do Secretário Geral [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/65/314&Lang=En](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/65/314&Lang=En) e relatório geral disponível em <http://undocs.org/A/65/314>, acesso em agosto de 2017.

<sup>5</sup> Disponível em [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/70/208](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/208), acesso em 11 de agosto de 2017.

(Jurisprudência da Terra), incluindo aqueles que haviam participado dos diálogos interativos anteriores.

Os diálogos virtuais realizaram-se, de abril a junho de 2016, com o objetivo geral de inspirar cidadãos e sociedades a reconsiderar como interagir com o mundo natural de maneira a implementar os objetivos do desenvolvimento sustentável em Harmonia com a Natureza. Participaram<sup>127</sup> representantes de todos os continentes, especialistas de oito áreas do conhecimento: Direito centrado na Terra, Economia Ecológica, Educação, Ciência Holística, Humanidades, Filosofia e Ética, Artes, Comunicação, Desenho e Arquitetura e Teologia e Espiritualidade. A relação nominal dos especialistas e suas respectivas contribuições estão disponíveis no *website*<sup>6</sup>

do Programa Harmonia com a Natureza. Fizeram parte dos diálogos 51 membros da América do Norte, 49 da Europa, 36 da América do Sul, 25 da África, 17 da Ásia e 11 da Oceania. Dos 36 sul-americanos, 20 são brasileiros, sendo a maior (12) parte de juristas. Os diálogos foram mediados por facilitadores de nível continental e global. Os documentos disponíveis no sítio da plataforma do Programa das Nações Unidas sobre Harmonia com a Natureza, com as informações relativas aos diálogos interativos de 2011 a 2015 e de 2017 e aos diálogos virtuais de 2016, ano em que os juristas começaram a fazer parte da Rede de Conhecimentos Harmonia com a Natureza das Nações Unidas, são objeto das sínteses e análises a seguir.

Detectou-se, nos citados diálogos uma polarização entre os saberes científicos e os saberes tradicionais. Consideramos que as divergências a superar e a integrar reduzem-se àquelas divergências entre a civilização ocidental e a oriental, que ao final, correspondem à aparente dicotomia entre saberes científicos e saberes tradicionais, subjacente aos relatórios dos Diálogos (*HwN UN*) do Programa Harmonia com a Natureza das Nações Unidas. Nada obstante, essa aparente contradição, no plano teórico, ressaltam-se em diversas latitudes e longitudes, convergências colhidas de decisões de Tribunais reconhecendo os direitos dos rios, em Equador, Índia e Colômbia, e, no plano governamental, o acordo sobre o rio Wanganhui, na Nova Zelândia.

O registro pelos especialistas, nos Diálogos *HwN UN* dos conhecimentos científicos e tradicionais, das políticas legislativas e de governo e das recentes decisões judiciais sobre os direitos dos rios, abrem os caminhos e fornecem subsídios para possível futura edição de uma declaração dos direitos dos Direitos da Mãe Terra, consoante cogitado no Relatório de 2014, ou de Direitos da Natureza, conforme mencionado no relatório de 2016, aprovado pela Assembleia Geral (Resolução A/71/266).<sup>7</sup>

Diante deste quadro, apresenta-se um estudo das Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas, editadas de 2009 a 2017, concernentes aos diálogos interativos e virtuais *HwN UN* e às demais ações que se vem desenvolvendo no âmbito do Programa *Harmonia com a Natureza*. Por meio da detecção das convergências entre os diálogos de saberes antes referidos, buscar-se-á uma síntese integradora dos Diálogos *HwN UN*, potencialmente útil à conformação do conceito de *Harmonia com a Natureza*,

<sup>6</sup> <http://www.harmonywithnatureun.org/knowledgenetwork/dialogue-inputs/>, acesso em 11 de agosto de 2017.

<sup>7</sup> Conferir a respeito das propostas de declaração dos direitos da Mãe Terra ou da Natureza, o item 3.2 A proposta de Declaração Internacional do princípio Harmonia com a Natureza e dos Direitos da Mãe Terra, do Capítulo III, Harmonia com a Natureza no Direito Internacional.

como o paradigma não antropocêntrico, para este século, complementar e sucedâneo ao desenvolvimento sustentável.

## 2 A TRAJETÓRIA DOS DIÁLOGOS HARMONIA COM A NATUREZA NAS NAÇÕES UNIDAS.

### 2.1 Natureza viva: A necessidade de promover a harmonia com a Natureza no século XXI (2011)

Instado pela Assembléia Geral das Nações Unidas (Resolução 65/164), o Secretário Geral abriu, no dia 22 de abril de 2011, o primeiro Diálogo Interativo sobre *Harmony with Nature*, para comemorar o Dia Mundial da Mãe Terra e contribuir à preparação da Conferência sobre o Desenvolvimento Sustentável que teria lugar, em 2012, no Rio de Janeiro (Rio+20).

A partir da pergunta feita no Relatório de 2010, responderam como os seres humanos poderiam se reconectar de melhor maneira com o mundo a seu redor. Para este fim, examinaram, historicamente, relevantes lições ancestrais de diversas civilizações sobre formas de relacionamento dos seres humanos com a Natureza. Depois fizeram uma recapitulação da emergência dos movimentos ambientais, dos séculos XVI a XIX, até sua afirmação nos anos 60 do século XX, apontado como o século da reconciliação da Humanidade com a Natureza. Referem-se aos marcos teóricos da Ética da Conservação Ambiental, à elaboração do paradigma do desenvolvimento sustentável, a partir do relatório Brundtland, até a formulação, com base nele, da Agenda 21. Destacaram a fragilidade da supervalorização de seu pilar econômico, em detrimento dos pilares social e ambiental. Propuseram, por isso, uma compreensão holística do desenvolvimento sustentável mediante a aproximação com a Harmonia com a Natureza. Os especialistas nos diálogos também compartilharam experiências nacionais de aferição do desenvolvimento sustentável em Harmonia com a Natureza, ressaltando a necessidade de suplementar o índice do Produto Interno Bruto, de modo a que possam também aferir os aspectos sociais e ambientais do desenvolvimento.

Finalmente, com base em novos conceitos científicos e acadêmicos descritivos da importância da interconexão e do equilíbrio da Vida na Terra e do reconhecimento da falsidade da premissa de que a Natureza seja um objeto passível de apropriação e exploração, concluíram pela necessidade de, no século XXI, promover, inclusive por meio das leis e das políticas públicas, a *Harmonia com a Natureza*.

Segundo se verifica neste estudo, cada relatório se desenvolve a partir das reflexões e recomendações do relatório do ano anterior. O primeiro deles, publicado em 2010, como visto antes, lançou como desafio para a primeira reflexão em 2011, indagar como os seres humanos podem conectar-se melhor com o mundo ao seu redor.

Como resposta, em 2011, reconheceu-se a necessidade de promover, no século XXI, a Harmonia com a Natureza, considerada ela mesma viva. Indagaram-se quais seriam os impactos sobre a Natureza da ação dos seres humanos. Diante da ação humana devastadora e esterilizante do planeta, durante o Antropoceno, sugere-se, em 2012, como base ética dos seres humanos, a *Harmonia com a Natureza*. O Relatório de

2013 propõe a construção desse paradigma, com base na Ecologia Profunda. No relatório de 2014, apontam-se como bases para essa construção teórica as contribuições do *Bem Viver* e do *Earth System Science*. No de 2015, marco cronológico da proposta de mudança pelas Nações Unidas, ressalta-se uma visão de mundo para além do antropocentrismo, com foco na proteção da Terra, formulada a partir dos saberes tradicionais e da ciência moderna, e, com aportes tanto do direito consuetudinário quanto das leis escritas. Nos diálogos de 2016, apresenta-se uma proposta de sistema holístico de governança global com apoio na teoria da Jurisprudência da Terra (*Earth Jurisprudence*). Em 2017, destacam-se no Relatório a legislação e as políticas sobre os direitos da Natureza, bem como a Educação pautada pela Jurisprudência da Terra (*Earth Jurisprudence*).

## 2.2. A pata do cavalo de Átila sobre a terra durante o Antropoceno e a esperança na Harmonia com a Natureza como base ética dos seres humanos (2012)

No Diálogo de 2012, a Assembléia Geral das Nações Unidas examinou como a ação humana afetou o sistema terrestre, com especial ênfase às áreas onde tais impactos já afetaram a capacidade regenerativa do planeta, permitindo uma salutar troca de idéias e de experiências sob múltiplas perspectivas, com destaque para as contribuições da ciência e da economia.

No Relatório elaborado com base nas apresentações de Owen Gingerich, Mark Lawrence, Pat Mooney, Joshua Farley e Brian Czech,<sup>8</sup> consignou-se que a vida em Harmonia com a Natureza implica uma relação equitativa e equilibrada com a Terra, fonte e sustento da humanidade. O equilíbrio dessa relação pressupõe a existência humana como parte da Natureza e o imperativo vital de continuação da existência do planeta. O caminho para a ação, com base nessa crença, se faz com um profundo respeito pela Terra, sendo a humanidade responsável por restaurar a saúde e integridade do sistema terrestre.

O documento final observou que alguns países reconhecem os direitos da Natureza no contexto da promoção do desenvolvimento sustentável e também reconheceu que a Mãe Terra é um nome para nosso planeta comum em todo o mundo.

Destacou-se na resolução 66/204, da Assembleia Geral, a importância conferida ao *web site Harmony with Nature*, [www.harmonywithnatureun.org](http://www.harmonywithnatureun.org), lançado na Conferência Rio+20, mantido pela secretaria da Conferência das Nações Unidas, em Desenvolvimento Sustentável e pelo seu Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais, para reunir informações e contribuições sobre ideias e atividades, com o fim de promover uma abordagem holística do desenvolvimento sustentável em Harmonia com a Natureza, a ser empreendida para avançar a integração do trabalho científico interdisciplinar, incluindo histórias de sucesso sobre o uso do conhecimento tradicional e da legislação nacional existente.

---

<sup>8</sup> Disponível em: <http://www.harmonywithnatureun.org/index.php?page=view&type=12&nr=10&menu=198>, acesso em agosto de 2016.

Ao examinar a interação humana com a Terra, os participantes dos Diálogos de 2012<sup>9</sup> ressaltaram, com base no artigo dos cientistas Paul Crutzen e Eugene Stoermer<sup>10</sup> sobre o Antropoceno, os impactos destrutivos e desequilibradores da ação humana sobre ecossistemas, no período dos últimos 10.000 (dez mil) anos. Toda a história da espécie humana ocorreu no período geológico tradicionalmente chamado Holoceno, um intervalo relativamente breve na história do planeta, remontando 10 (dez) mil anos. Durante esse tempo, a humanidade influenciou todos os aspectos do ambiente terrestre em grande escala. No período Antropoceno, a ação do ser humano sobre o Planeta Terra, mais parece com aquela da pata do cavalo de Átila, destruidora de tudo sobre que pisasse.

Conforme se lê na análise da “*Interação dos seres humanos com a Terra*”, constante na Resolução A/67/317 das Nações Unidas, de 17 de agosto de 2012<sup>11</sup>, dentre os vários aspectos conhecidos da influência devastadora da humanidade sobre o planeta Terra, com riscos para o futuro da humanidade, destaca-se a mudança climática. Em decorrência dela, grandes quantidades de solo estão sofrendo com a erosão; pastagens ricas estão se desertificando; as antigas formações de gelo estão derretendo e as espécies estão sendo empurradas para a extinção. Substratos de fertilizantes lavam campos e descem rios abaixo, criando trechos de água onde nada cresce, exceto algas. O dióxido de carbono atmosférico pode estar no seu nível mais alto em 15 milhões de anos.

Destacam-se, no relatório dos Diálogos de 2012, os impactos da atuação humana sobre o Terra durante o Holoceno, na última era geológica. Segundo ali se explica, a última época geológica, a do Quaternário, incluiu duas épocas, o Pleistoceno e o Holoceno. O último, começou há cerca de 10 mil anos e foi caracterizado por mudanças no clima que podem ser rastreadas no núcleo das geleiras da Groenlândia. O Holoceno é a última de uma série de mudanças climáticas interglaciais que têm pontuado o severo clima de “*icehouse*” nos últimos 2 milhões de anos. Muitos dos corpos superficiais os sedimentos em que vivemos, os solos, os depósitos dos rios, os deltas e as planícies costeiras foram formados durante esse período. Durante séculos de evolução, os seres humanos implementaram significativas mudanças no planeta e em seus ecossistemas. No primeiro momento tais mudanças foram provocadas por meio do uso da força bruta e de ferramentas primitivas, mais tarde, pelo uso das ferramentas e da tecnologia. No relatório em comento examinam-se os impactos da ação humana sobre o clima, as águas, os ecossistemas em geral e a biodiversidade, a partir da revolução agrícola, os quais se agravaram com a Revolução Industrial que impulsionou a urbanização e a explosão demográfica.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Participaram dos Diálogos Interativos Harmonia com a Natureza, no dia 18 de abril de 2012, perante a Assembleia Geral da Nações Unidas, Owen Gingerich, Mark Lawrence, Pat Mooney e Joshua Farley, e Brian Czech. Durante esses diálogos examinaram, com ênfase na ciência e na economia, os impactos da atividade humana sobre Sistema da Terra, em especial sobre a capacidade de regeneração do Planeta. As análises e conclusões desses cientistas e economistas objeto dos Diálogos se encontram no relatório divulgado por meio da Resolução A/67/317 das Nações Unidas. Disponível em [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/67/317&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/67/317&Lang=E), acesso em agosto de 2018.

<sup>10</sup> CRUTZEN, Paul; STOEMER, Eugene, “The Anthropocene”, in *Global Change Newsletter*, n. 41, de maio de 2000, acesso em setembro de 2016.

<sup>11</sup> Disponível em [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/67/317&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/67/317&Lang=E), acesso em agosto de 2016.

<sup>12</sup> Segundo as conclusões dos especialistas, expostas no Relatório em exame, a mudança de uma forma de civilização baseada na caça a uma forma de civilização baseada no plantio, deixou claros registros fósseis. Além disso, a devastação das florestas, associada ao aumento da agricultura, contribuíram para a elevação dos níveis de dióxido de carbono na atmosfera, muito tempo antes da Revolução In-

Forte a influência nos Diálogos de 2012, do conceito de “Antropoceno”, criado pelo químico atmosférico Paul Crutzen, premiado com o Prêmio Nobel, para expressar o grau de mudança ambiental na Terra, causada por seres humanos. A partir de 2002 esse termo vem sendo amplamente discutido no âmbito da comunidade científica, como o termo adequado para indicar o período de tempo atual, durante o qual muitos dos principais processos são dominados pela influência humana<sup>13</sup>

Após a breve análise da evolução da Terra, ao longo de seus 4,5 bilhões de anos, e a do impacto maciço e escalonado do ser humano sobre ela, durante a existência deste, observam que, no último período geológico, denominado Antropoceno, em especial, a partir do século XX, novas tecnologias, combustíveis fósseis e um rápido crescimento populacional resultaram em uma grande aceleração no uso humano do solo do planeta, florestas e peixes, que agora *estão* sendo consumidos a uma taxa mais rápida do que podem ser reabastecidos, enquanto os gases de efeito estufa estão aumentando para níveis perigosos na atmosfera.

Advertem, por fim, sobre a necessidade de superação do paradigma milenar, segundo o qual os seres humanos se veem separados da Natureza e, por isso, como dominadores do planeta. Sublinham que instituições, academias, organizações científicas, econômicas e a sociedade civil estão clamando por uma mudança na forma como a humanidade se relaciona com a Terra, e por isso, apontam a visão holística, fruto da influência de novas teorias científicas, em particular da mecânica quântica, se-

---

ustrial. Após a revolução na agricultura, durante o período neolítico, os seres humanos começaram a viver em assentamentos de tamanho crescente e no terceiro milênio A.C., durante a Idade do Bronze, estavam bem estabelecidas e distintas as civilizações. Nos milênios seguintes, culturas urbanizadas se espalharam por todo o mundo tropical e zonas temperadas, como as estabelecidas na Europa, América do Sul, América Central e China. A taxa de urbanização acelerou ao longo do tempo, com as primeiras cidades, com populações demais de 1 milhão, possivelmente aparecendo no final da época medieval. Hoje existem inúmeras cidades entre 10 e 20 milhões de habitantes - seu número é rápido e continua a crescer. A urbanização é o resultado direto de uma explosão populacional global. Desde 1800, quando a população mundial era de cerca de 1 bilhão, aumentou para mais de 7 bilhões e hoje a projeção é de 9 bilhões em 2050. Megacidades são agora as mais visíveis expressões da existência humana no planeta – característica do antropocentrismo. Quando a população humana era pequena, sua atividade econômica, mesmo com prejuízo local, teve pouco efeito sobre a integridade do sistema de suporte de vida do planeta. Mas hoje, com mais de 7 bilhões de pessoas no planeta e tecnologias que impulsionam economias globais para dimensões amplamente expandidas, vivemos num período em que complexos sistemas na Terra que suportam a vida no planeta, estão sendo destruídos mais rápido do que o tempo que levou para serem construídos. Os registros humanos podem deixar um impacto mais profundo do que o físico, nas estruturas das megacidades do mundo. Como exemplo do que se está falando, pode-se dizer que o impacto do dióxido de carbono na atmosfera, aumentou a acidez na água dos oceanos e atingiu grande número de organismos que formam a base de muitas cadeias alimentares, alterando a sustentabilidade dos ecossistemas marinhos. Este fenômeno já levou a um declínio na biodiversidade global.

<sup>13</sup> Uma dos temas de maior interesse da comunidade científica é precisar uma data inicial do início do Antropoceno e identificar fatos que o distingam do Holoceno. No Relatório de 2012, considera-se que dois eventos pré-industriais podem ser citados como marca do início do Antropoceno. O primeiro foi a onda de extinções da megafauna do Pleistoceno. O segundo foi o advento da agricultura, a chamada revolução neolítica, no início da época do Holoceno. A Revolução Industrial, que teve suas origens no Reino Unido em 1700, marcou o declínio da agricultura como a atividade humana dominante e definiu espécies em uma trajetória muito diferente da estabelecida durante a era do Holoceno. É claro que em 1750 a Revolução Industrial mal havia começado, mas em 1850 tinha quase completamente transformado o Reino Unido e se espalhou para outros países da Europa e do mundo. O abandono generalizado da fazenda e da aldeia para a vida da cidade, sem dúvida, foi uma das grandes transições no desenvolvimento humano. Na última parte do século XVIII, os efeitos globais das atividades tornaram-se claramente visíveis: os dados recuperados dos núcleos da era glacial mostram o início de um crescimento nas concentrações atmosféricas de vários gases estufas, em particular dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>) e metano (CH<sub>4</sub>). Essa data coincide, não surpreendentemente, com a invenção de James Watt da máquina a vapor em 1784. Disponível em [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/67/317&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/67/317&Lang=E), acesso em 24 de outubro de 2017.

gundo a qual o cosmos é visto como um todo interconectado e complexo, em que tudo é literalmente conectado com todo o resto, como um caminho que pode propiciar a transformação para uma vida em Harmonia com a Natureza.

Para que as sociedades vivam em Harmonia com a Natureza, postularam a atualização dos conhecimentos científicos nos sistemas educacionais e, quanto à economia, defendem, em síntese, ser necessário adotar um fundamento ético para a aplicação das leis econômicas e criar novos índices de aferição do desenvolvimento diferente do PIB (Produto Interno Bruto). Dizem, em síntese, que “a humanidade precisa reconhecer que é hora de servir o planeta em vez de usar o planeta para servir a seus objetivos econômicos”.

Com um fundamento ético ecológico, esclareceram que um sistema econômico pode fornecer regras claras para a sustentabilidade, como, por exemplo, a proibição de extrair recursos renováveis além da capacidade regenerativa; a de a poluição exceder a capacidade de absorção.

Ressaltaram ainda como o paradigma da economia neoclássica afeta negativamente o desenvolvimento sustentável e os esforços para alcançar a harmonia com Natureza. Uma ênfase exclusiva na lucratividade - explicam, pode comprometer significativamente o desenvolvimento sustentável, através de consumo e produção insustentáveis, uma ênfase que é cada vez mais suportada por meio do uso de técnicas que sondam o subconsciente. Um exemplo de tal abordagem é a aplicação comercial da ciência da psicologia do consumidor, uma especialização que estuda como nossos pensamentos, crenças, sentimentos e percepções influenciam como compramos e como nos relacionamos com bens e serviços.

A questão tecnológica que caracteriza a nova época pode não ser tanto a geração de *know-how*, mas sim a identificação prudente de “saber-fazer” nomeadamente a avaliação das opções tecnológicas disponíveis, e “*know-why*”, uma análise participativa das necessidades socioeconômicas e ambientais que a tecnologia deve abordar. A política social deve ser reintegrada com os fatores socioeconômicos e questões ambientais para que possamos decidir quais questões exigem entrada tecnológica e quais princípios básicos devem orientar nossas decisões.

Portanto, para alcançar a Harmonia com a Natureza, é necessário um novo pensamento e uma grande mudança cultural. Grande parte do sofrimento, da fome, da pobreza e da violência que desafiam o mundo hoje, são um sintoma do “paradigma de dominação” prevalente. Quando combinado com nossa tecnologia altamente desenvolvida, esse paradigma está nos liderando além da capacidade do sistema terrestre, e simplesmente não é sustentável.

Com apoio na previsão de cientistas e estudiosos de diferentes ramos sociais, segundo a qual, a menos que haja uma catástrofe global, os seres humanos continuarão a ser uma grande força ambiental no futuro previsível, lançam o grande desafio de ultrapassar a forma destrutiva atual de viver e desafiar processos governamentais destrutivos. Isso exigirá mudanças no comportamento humano em todos os níveis, incluindo mudanças nas estruturas intencionalmente construídas para impedir a humanidade de mover-se para um caminho de desenvolvimento sustentável. Transformar a humanidade, nas palavras de Eli Aki, “*significa construir uma cultura que tra-*

balha com a Terra, em vez de contra ela, somente assim viveremos em Harmonia com a Natureza”.

Côncios da necessidade de construir uma cultura centrada na Terra, concluem com um convite para que “a humanidade pare de considerar a Natureza como uma coleção de recursos destinada a alimentar a economia mundial e comece a considerar a Natureza como parte de um sistema integrado ecológico, derivado e existente em um universo infinito”. Apresentam, por fim, como recomendações, entre outras, assegurar que a elaboração de políticas no desenvolvimento sustentável seja informada por resultados científicos atuais sobre os impactos da humanidade no sistema terrestre e, mostrar ainda mais, através do site *HarmonywithNature*, os trabalhos que vem sendo realizados de acordo com o parágrafo 40 de “O futuro que queremos” (Resolução UN 66/288)<sup>14</sup>, a fim de desenvolver abordagens holísticas e integradas para o desenvolvimento sustentável que guiará a humanidade a viver em harmonia com a natureza e levar a esforços para restaurar a saúde e a integridade do sistema terrestre.

A mensagem resumida que se extrai desses Diálogos sobre Harmonia com a Natureza, realizados perante a Assembleia Geral das Nações Unidas em 2012 é que a passagem humana sobre o Planeta Terra não pode ter o efeito devastador comparável à pata do cavalo de Átila que destruía tudo por onde passasse...

### 1.3. A proposta de construção do novo paradigma Harmonia com a Natureza com base na Ecologia Profunda (2013)

Depois da Conferência Rio+ 20, realizou-se, no dia 22 de abril de 2013, na sede das Nações Unidas em Nova York, o 3º Diálogo Interativo entre os painelistas Ian Manson, Fander Falconi, Jon Gonzales e Linda Sheehan. O diálogo orbitou em torno da discussão de diferentes abordagens econômicas que se distanciam de uma base mais ética para as relações entre a Humanidade e a Terra.

O Relatório de 2013, aprovado pela Resolução A/68/325, contém digressões a respeito da construção social dos conceitos de Natureza, meio-ambiente, de desenvolvimento, de crescimento econômico como paradigma corrente e de desenvolvimento sustentável.<sup>15</sup>

Sublinha-se a dificuldade de obter uma definição concreta de Natureza, devido à íntima inter-relação entre suas dimensões físicas e metafísicas, considerando, ao final, que a Natureza se refere à Vida em geral. Depositam-se as esperanças de cura do planeta, na Ecologia, e de modo particular, na doutrina da Ecologia Profunda, assim batizada nos anos 70 por Arne Naess, segundo a qual todos que vivem, animais e plantas têm igual direito a viver e a florescer.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Disponível em <http://undocs.org/A/RES/66/288>, acesso em 28 de agosto de 2016.

<sup>15</sup> Conferir <http://harmonywithnatureun.org/index.php?page=view&type=12&nr=14&menu=198>, acesso em 24 de agosto de 2016.

<sup>16</sup> Nos termos originais: *To most observers, nature is difficult to conceive in a simple, objectifiable way. Given all the interconnections between what is perceptible to our senses and what is only conceivable to the mind, regaining and maintaining harmony with nature will require knowledge not only from scientists, but also from philosophers, poets and others whose studies, imaginations, intuitions, spiritual revelations and inspirations*

Sobre meio-ambiente (*environment*), analisa-se sua formulação conceitual como constructo humano e sua adoção na agenda internacional. Conforme o relatório de 2013, o conceito de meio-ambiente consuetudinário da Revolução Industrial, trouxe profundos impactos econômicos a ponto de relegar a Natureza a um plano secundário e de vê-la tão somente como matéria-prima ou a consumir. Acredita-se, nada obstante a insuficiência dos valores conservacionistas, na possibilidade de encontrar soluções de maneira a mudar-se de uma sociedade de consumo para uma mais ampla e comunitária, orientada por estilo de vida sustentável em *Harmonia com a Natureza*. Para tanto, imprescindível a apreciação da Natureza por seu valor intrínseco, conforme consignado nos relatórios anteriores de 2010, 2011 e 2012.

Ao fazer-se a retrospectiva do significado atribuído a meio-ambiente, descreve-se sua evolução, desde a emergência do termo no século XIX com a industrialização até sua inserção na Agenda Internacional das Nações Unidas, com registros para o marco inicial na Conferência das Nações Unidas, realizada em Estocolmo em junho de 1972, até a Conferência Rio +20, ocorrida em 2012 no Rio de Janeiro, além de referências ao Relatório Brundtland de 1987, à Carta da Terra, de 1992 e à Conferência do Desenvolvimento Sustentável de 2002 realizada em Johannesburg, na África do Sul.

Segundo consta no Relatório de 2013, no século XIX, “meio-ambiente” tinha o sentido de “arredores” (*surroundings*); na segunda metade do século XX evoca exaustão de recursos e contaminação, definindo-se cientificamente como “as condições físicas, químicas e bióticas que cercam um organismo vivo” às quais se agregam, politicamente, “as condições sociais e culturais que influenciam a vida de um indivíduo ou de uma comunidade, traduzida como desenvolvimento sustentável para a paz, justiça e meio-ambiente”. A partir do Relatório Brundtland, em 1987, a noção de meio-ambiente combina economia e ecologia, descrevendo-se o “meio-ambiente como o lugar onde todos nós vivemos” e associando-o a desenvolvimento. Finalmente, a perspectiva ecológica no final do século XX vê os habitantes da Terra e o meio ambiente numa relação simbiótica a ser preservada.

No relatório de 2013 das Nações Unidas se esclarece como o significado do termo desenvolvimento, através dos séculos se reduziu cada vez mais a crescimento econômico, definindo-se em 1957 por Paul Baran, “o crescimento ou desenvolvimento como o aumento de produção per capita de bens materiais”. A análise histórica das mudanças do *ethos* do desenvolvimento econômico, década a década, ao longo segunda metade do século XX culmina com o registro nos anos 90 de uma nova ótica conceitual e política sob a forma de desenvolvimento sustentável, a qual, inicialmente, levava em conta os conceitos de holismo, resiliência e equidade, posteriormente desprezados sem se colocarem em prática.<sup>17</sup>

Aceitando-se que há, em um planeta finito, certos limites para o crescimento, aponta-se como aspectos da construção desse novo paradigma, a redefinição do que a humanidade necessita; a insustentabilidade do crescimento econômico crescente sem preocupações com o desenvolvimento social nem com a Natureza e a reabilitação do

---

*offer insights into the intrinsic value of nature.* (Conferir em [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/68/325](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/68/325), acesso em 24 de agosto de 2016.)

<sup>17</sup> Conferir em [http://www.un.org/ga7/search/view\\_doc.asp?symbol=A/68/325](http://www.un.org/ga7/search/view_doc.asp?symbol=A/68/325), acesso em 3 de setembro de 2016.

espírito humano, através de um estilo de vida que respeite os direitos e os limites da Natureza, vale dizer, em relações em Harmonia com a Natureza.

Quanto à economia, recomenda-se, em linhas gerais, um paradigma que inclua conceitos da Ecologia Profunda, os direitos da Natureza e as teorias dos sistemas. A

proposta do índice FIB (Felicidade Interna Bruta), do Butão, com esteio filosófico no Budismo oriental, e metodológico, na ciência ocidental, inspira a sugestão de novos indicadores para aferição do desenvolvimento.

#### 2.4. As contribuições do Bem Viver e *Earth System Science*

ao paradigma Harmonia com a Natureza e o projeto *Earth System Governance* (2014)

O Relatório de 2014, aprovado pela Resolução A/69/322, trata das contribuições do Bem Viver e do *Earth System Science* ao paradigma Harmonia com a Natureza e do projeto *Earth System Governance*. Com o objetivo de subsidiar a discussão da Agenda pós-2015 de desenvolvimento, nas suas recomendações finais, consta que no processo de definição dessa Agenda, sejam levadas em conta, igualmente, as necessidades do Planeta e as das pessoas; que a Rede de conhecimentos HwN UN avance na conceitualização de um novo paradigma de desenvolvimento que reflita a Harmonia com a Natureza, tendo em consideração as atuais informações científicas econômicas, sociais e ambientais, e também, sejam expostas no website HwN políticas que guiem a Humanidade para uma vida em consonância com esse novo paradigma.<sup>18</sup>

No dia 22 de abril de 2014, durante o 4º Diálogo comemorativo do Dia Internacional da Mãe Terra, ouviram-se o holandês Frank Biermann, o equatoriano Fander Falconi e os norte-americanos Barbara Baudot e Jim Gerritsen. Frank Biermann propôs, em síntese, o projeto do Governo do Sistema Terra (*Earth System Governance*), ancorado na *Earth System Science*. O economista Fander Falconi ressaltou a necessidade de criar um novo futuro e de construir uma sociedade sustentável e, para tanto, recorreu aos exemplos das políticas do Bem Viver, adotadas no Equador e da Bolívia, com ênfase na extensão de direitos à Natureza, como se deu pioneiramente, em 2008, na Constituição equatoriana. A Professora Barbára Baudot, falou ser imprescindível usar diferentes fontes de conhecimento para se conferir um conteúdo holístico ao sentido de Natureza, incluindo, além dos aspectos materiais, aqueles metafísicos. Para ela, a Harmonia com a Natureza é um imperativo para a sociedade e sua promoção exige radical mudança no coração e no espírito do ser humano, a ponto de ele reencontrar-se com a Natureza e abandonar a concepção que a desmitificou e desconstruiu, reduzindo-a ao meio-ambiente (*environment*). Jim Gerritsen descreveu as práticas de fazenda orgânica nos Estados Unidos da América.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Conferir em <http://harmonywithnatureun.org/index.php?page=view&type=12&nr=40>, acesso em 9 de outubro de 2016.

<sup>19</sup> Conferir em [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/69/322](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/69/322), acesso em 9 de outubro de 2016.

Antes de examinar a evolução da ciência, do governo e da economia sob as luzes da nova compreensão de nossa ou interconectividade com a Natureza, pontuou-se, no Relatório que as relações holísticas que os povos indígenas vêm mantendo com a Mãe Terra desde os tempos antigos pavimentaram o caminho para que os cientistas do mundo moderno vissem a Terra como um sistema holístico, por eles denominado de Earth System Science. Além de citar outras perspectivas, como a dos filósofos da Ecologia Profunda e outras abordagens biocêntricas que rejeitam a perspectiva antropocêntrica da Modernidade e reconhecem valores intrínsecos ao ambiente, análogas àquelas encontradas em várias posturas indígenas do Bem Viver.

Com apoio na doutrina do uruguaio Eduardo Gudynas<sup>20</sup>, do boliviano aymara Simon Yampara<sup>21</sup> e do colombiano Arturo Escobar<sup>22</sup>, citam-se como traços constitutivos da concepção do Bem Viver, a noção de qualidade de Vida, somente possível em comunidade, em sentido amplo, onde se inclui a Natureza; “a harmoniosa coabitação com outros seres humanos e com a Natureza”; a interculturalidade, que “vai além da justaposição ou coexistência de diferentes culturas”, a superação do dualismo entre

---

<sup>20</sup> Eduardo Gudynas é ecólogo uruguaio com vasta produção de livros e artigos científicos especializados sobre Ecologia, Economia e Ética do desenvolvimento sustentável na América Latina, disponíveis em sua página pessoal [gudynas.com](http://gudynas.com) e em seu blog [accionreaccion.com](http://accionreaccion.com). É secretário executivo da CLAES, Centro Latino Americano de Ecologia Social, sediado em Montevideu, Uruguai. Dentre obras de sua autoria de interesse para essa investigação, destacam-se. *La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador*. **Revista de Estudios Sociales**, Bogotá, n. 32, p. 34-47, abr. 2009. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/815/81511766003.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2017 e *Los derechos de la naturaleza en serio: respuestas y aportes desde la ecología política*. IN MARTÍNEZ, Esperanza (comp.). **La naturaleza con derechos**: de la filosofía a la política. Ecuador: Abya Yala; Universidad Politécnica Salesiana, 2011, p. 239-286. Disponível em: <<http://rosalux.org.ec/attachments/article/254/derechos-naturaleza.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2017. A excelência de sua doutrina sobre o Bem Viver é ressaltada da seguinte maneira no Relatório de 2014: “El ecólogo uruguayo Eduardo Gudynas, uno de los principales exponentes del concepto explica que este se refiere a La buena vida en un sentido más amplio y que está integrado por dos elementos principales: a) reacciones críticas a la teoría clásica del desarrollo y b) alternativas a los modelos actuales de desarrollo económico que surgen de las tradiciones indígenas.” Conferir em [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/69/322](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/69/322), acesso em 9 de outubro de 2016.

<sup>21</sup> Simón Yampara é um dos intelectuais mais acatados da cultura aymara. Pioneiro da Epistemologia Andina, contribuiu com aportes filosóficos, sociais e metodológicos, a partir do estudo do *Suma Qamaña* (Viver Bem) e das organizações comunitárias dos Andes (*ayllu*). Seu pensamento se encontra no texto *Desarrollo, progreso ó Suma Qamaña de los ayllus andinos?* Disponível em <http://www.plataformabuenvivir.com/wp-content/uploads/2012/07/DesarrolloProgresoSumaQamanaYampara.pdf>, acesso em setembro de 2017. Nota-se clara e explicitamente a influência da doutrina de Simon Yampara, na leitura do seguinte excerto do Relatório: “La labor del sociólogo aimara boliviano Simón Yampara ofrece un desarrollo detallado y sofisticado de los conocimientos tradicionales en respuesta al desafío impuesto por la concepción económica del desarrollo que impera hoy en día. El Sr. Yampara explica que el concepto de suma qamaña no se restringe al bienestar material, entendido como la propiedad o el consumo que se encuentra en la base de las sociedades capitalistas, sino que expresa el equilibrio armónico entre los componentes material y espiritual, que solo se puede alcanzar en el contexto concreto de una comunidad, que es en sí misma una unidad social y ecológica integrada. Esta concepción social y ecológica de la comunidad está relacionada con el concepto andino de ayllu, según el cual el bienestar no solo abarca a las personas, sino también los cultivos, el ganado y el resto de la naturaleza. La dualidad clásica del desarrollo, que separa a la sociedad de la naturaleza, se disipa en esta perspectiva, ya que una contiene a la otra y son indivisibles”. Conferir em [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/69/322](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/69/322), acesso em 9 de outubro de 2016.

<sup>22</sup> O antropólogo Arturo Escobar, nascido na Colômbia, professor da *University of North Carolina*, com obras sobre teorias pós-desenvolvimentistas, movimentos sociais, desenvolvimento antropológico e Política ecológica, é citada no relatório e sua doutrina invocada como suporte para um paradigma centrado no Bem Viver, nos seguintes termos: *La labor de Arturo Escobar, un conocido antropólogo colombiano que ha realizado un análisis crítico de las nociones tradicionales del desarrollo y el posdesarrollo, constituye un ejemplo de esos enfoques alternativos. La conclusión de su análisis es que es necesario reforzar conceptos como el Sumac Kawsay y e Suma Qamaña*. Conferir em Conferir em [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/69/322](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/69/322), acesso em 9 de outubro de 2016.

Natureza e humanidade, e, devido ao reconhecimento de seu valor intrínseco, a Natureza se compreende como um sujeito.<sup>23</sup>

Essa compreensão da Natureza como um ser vivo conduz à defesa da atribuição de direitos à Natureza e da adoção de uma Declaração dos Direitos da Mãe Terra, conforme se fez em 2009, na cidade boliviana de Cochabamba, quando se emitiu a Declaração dos Direitos da Mãe Terra<sup>24</sup>, e, posteriormente, em 2012, quando se propôs na Cúpula dos Povos do Rio de Janeiro, na Conferência Rio+20. Dela deriva, ademais, o paradigma “Viver bem em Harmonia com a Natureza”, conforme consta no documento “Towards a New World Order for Living Well”, resultante da Conferência do Grupo 77+China, de 2014, realizada em Santa Cruz de la Sierra, Bolívia.<sup>25</sup>

#### 2.4.1 Sobre a Ciência do Sistema Terra (Earth System Science)

Consoante consta no Relatório de 2014, a visão holística da Terra, influenciada pelas cosmovisões indígenas ancestrais, começa a aceitar, gradativamente, as relações de interconexão e de interdependência entre todos os elementos que compõem o planeta e dá margem a uma teoria denominada pelos cientistas de *Ciência do Sistema Terra*.

A partir de dados científicos colhidos das pesquisas de Mark Lawrence sobre a era do Antropoceno; de Elizabeth Kolbert, autora da obra *The Sixth Extinction: An Unnatural History*<sup>26</sup>, David B. Wake and Vance T. Vredenburg sobre a extinção em massa de espécies, e, dos estudos do glaciólogo John H. Mercer, sobre o degelo nos mares, os participantes e redatores do Diálogo chamam a atenção da Humanidade para conter a perda da biodiversidade e o aquecimento climático.

Colhem das pesquisas do *Grupo Intergovernamental de Expertos sobre o Cambio Climático* exemplos de reflexos do “lado obscuro da atividade humana”, a modificação em grande escala dos ciclos naturais de carbono e de nitrogênio, o esgotamento dos recursos naturais, o aumento do nível do mar, a desertificação, a intensificação de fenômenos extremos como secas, inundações e furacões e a extinção de numerosas espécies.<sup>27</sup> Com apoio nos dados<sup>28</sup> desse mesmo grupo de especialistas divulgados sobre

<sup>23</sup> Conferir em <http://www.harmonywithnatureun.org/index.php?page=view&type=12&nr=40>, acesso em 12 de outubro de 2016.

<sup>24</sup> Conferir em [https://www.curaplanetaria.com/direitos\\_da\\_mae\\_terra.htm](https://www.curaplanetaria.com/direitos_da_mae_terra.htm), acesso em 15 de outubro de 2016.

<sup>25</sup> Conferir em [http://www.g77.org/doc/A-68-948\(E\).pdf](http://www.g77.org/doc/A-68-948(E).pdf), acesso em 15 de outubro de 2016.

<sup>26</sup> No intuito de chamar atenção para as repercussões da extinção da biodiversidade, consideradas tão negativas quanto o câmbio climático, há uma referência, durante a análise das grandes extinções em massa da História da vida, devida a acontecimentos que causaram grande perda da biodiversidade, o livro da jornalista Elizabeth Kolbert, *The Sixth Extinction: An Unnatural History*, publicado em 2014 pela Bloomsbury, em Londres, Nova York, Sydney e Nova Deli. Nesta obra, a autora, demonstra, com apoio em trabalhos de cientistas de diversas áreas, que a ação humana sobre a Terra, depois de cinco grandes extinções identificadas pela Ciência, está conduzindo à sexta extinção.. Conferir em <http://www.harmonywithnatureun.org/index.php?page=view&type=12&nr=40>, acesso em 12 de outubro de 2016.

<sup>27</sup> O IPCC, Grupo Intergovernamental de Especialistas sobre o Câmbio Climático, desde sua criação em 1988, já divulgou cinco relatórios de avaliação do estado dos conhecimentos científicos, técnicos e socioeconômicos sobre as possíveis causas e repercussões do câmbio climático e eventuais estratégias de resposta a elas. Disponível em [http://www.ipcc.ch/publications\\_and\\_data/publications\\_and\\_data.shtml](http://www.ipcc.ch/publications_and_data/publications_and_data.shtml), acesso em agosto de 2017.

<sup>28</sup> No relatório Harmonia com a Natureza de 2014, evidencia-se a relação entre a saúde humana e a saúde do planeta, concluindo que não se pode mais subestimar a importância de cada grau que au-

o contínuo e crescente aumento da temperatura média da superfície da Terra, ressaltam que o câmbio climático constitui cada vez mais uma preocupação de primeira ordem para as Nações Unidas.

A teoria científica do Sistema Terra ensejou a formulação por uma rede mundial de cientistas sociais do projeto Governo do Sistema Terra, de que se tratará a seguir.

#### 2.4.2 Sobre o projeto de Governo do Sistema Terra (Earth System Governance)

Este projeto foi formulado por uma rede mundial de cientistas sociais, composta, dentre outros, por membros de quatro programas principais: *Diversitas*; o Programa Internacional da Geosfera e da Biosfera; o Programa Internacional das Dimensões Humanas do Cambio Ambiental Mundial e o Programa Mundial de Investigações sobre o Clima.

O projeto do Governo do Sistema Terra se baseia nos conhecimentos científicos holísticos proporcionados pela Ciência do Sistema Terra, para a elaboração de leis e políticas com o fim de gerir melhor a conduta dos seres humanos levando em conta a interconexão entre as pessoas e a Natureza, e, propõe reformas fundamentais quanto à condução e negociação das políticas globais,

Frank Biermann, líder da rede *Earth System Governance Research Alliance*<sup>29</sup>

e Professor de Ciências Políticas na Universidade de Amsterdam, ao participar do Diálogo de 2014 das Nações Unidas, afirmou que o nome do projeto reflete uma grande mudança paradigmática em nossa compreensão, ao discorrer sobre a discussão na comunidade científica, por causa da grande influência da Humanidade sobre o Planeta, de atribuição do nome “Antropoceno” ao corrente período.<sup>30</sup>

Após situar as pesquisas do projeto Governo do Sistema Terra no contexto normativo do desenvolvimento sustentável, segundo o qual o “*Governo do Sistema Terra não se considera unicamente uma questão de governo eficaz, mas também um desafio de legitimidade política e justiça social*”, no Relatório de 2014 enumeram-se os avanços relativos ao reconhecimento dos direitos da Natureza em condições igualitárias de mútuo respeito entre os seres vivos. No campo legislativo, há a menção às leis locais dos Estados

---

menta a temperatura da Terra. Conforme ali consta, “*según el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, la temperatura media de la superficie de la Tierra aumentará entre 1,39 y 5,78 grados Celsius en los próximos 100 años si no reducimos pronto las emisiones de gases de efecto invernadero. Aunque un aumento de unos pocos grados pueda parecer poco importante, cabe señalar que la temperatura media de la Tierra no ha variado en más de 1 grado en los últimos 10.000 años. Unos pocos grados de variación en la temperatura media determinan la diferencia entre una era glacial y el clima actual de la Tierra*”. <http://www.harmonywithnatureun.org/index.php?page=view&type=12&nr=40>, acesso em 12 de outubro de 2016.

<sup>29</sup> Conferir em <http://www.earthsystemgovernance.org/about>, acesso em 19 de outubro de 2016.

<sup>30</sup> Assim se expressou Frank Biermann durante os Diálogos: *The project’s name—the Earth System Governance Project—reflects a major paradigmatic change in our understanding. Today, we are no longer facing challenges that can be accurately described by the term “environmental policy”. Instead, we are faced with a fundamental transformation of core elements of the entire earth system. As the science community has shown in numerous assessments, humankind has become a major force that influences key system parameters of our planet. This is reflected in an ongoing discussion among geologists about whether the current period in the history of our planet should now receive a new name—the “Anthropocene”, named after the most dominant species on earth: humankind.* Conferir em <http://harmonywithnatureun.org/index.php?page=view&type=12&nr=40>. Acesso em 19 de outubro de 2016.

Unidos; à consagração dos direitos de Pachamama (Natureza) na Constituição do Equador de 2008; na Bolívia, ao princípio constitucional da Harmonia com a Natureza (2009), e à Lei *Marco de la Tierra e Desenvolvimento Integral para Viver Bem*, de 2012, e, por fim, a lei ambiental para a proteção da Terra, que entrou em vigor no Distrito Federal do México em 2013, para proteger a Mãe Terra, reconhecida como um ser vivo. Reportam-se às vitórias judiciais do *leading case* equatoriano, de 2010, em favor dos direitos do rio Vilcabamba, e, do precedente da Suprema Corte da Índia, no julgamento do caso *N. Godavarman Thirumulpad v. Union of India* (2012), segundo o qual para se fazer efetiva a Justiça ambiental necessário aplicar os princípios ecocêntricos em vez dos antropocêntricos. Comenta-se o acordo celebrado em 2012, na Nova Zelândia, entre a tribo Whanganui e a Coroa, por meio do qual se reconheceu ao rio Whanganui a condição de ser vivo e a inseparabilidade entre pessoas e rios, atribuindo ao rio capacidade processual por direito próprio, ou seja, o status de sujeito de direitos.

Dentre as conclusões do Relatório de 2014, sobressai a afirmação de que as pessoas devem aspirar a um mundo em que toda atividade humana ocorra em Harmonia com o que oferece a Terra e com reciprocidade, dignidade e respeito pela Natureza. Para ter êxito como espécie, é necessário que redefinamos a riqueza como algo que se aproxima mais ao bem estar em Harmonia com a Natureza, e não apenas com a acumulação financeira, mediante a transformação de paradigmas econômicos e jurídicos dominantes.<sup>31</sup>

#### 1.5. Uma visão de mundo para além do antropocentrismo: Proteger a terra com os saberes tradicionais e a ciência moderna e com os costumes e as leis (2015)

No dia 27 de abril de 2015, participaram do 5º Diálogo Interativo das Nações Unidas, Mark Lawrence, Diretor científico do “*Institute for Advanced Sustainability Studies*” (IASS), da Alemanha; Robin Kimmerer, Professora na Universidade do Estado de New York e Diretora fundadora do “*Center for Native Peoples and the Environment*” e Maude Barlow, membro da Diretoria do Forum Internacional de Globalização e conselheira do Conselho “*World Future*”.<sup>32</sup>

Vislumbrou-se o ano de 2015, ano da celebração dos 70 anos das Nações Unidas e da aprovação dos ODS (Objetivos do Desenvolvimento Sustentável) da Agenda para o desenvolvimento dos anos subseqüentes, como o momento adequado e oportuno para se transitar do antropocentrismo a um pensamento transformador e firmar-se um compromisso com a adoção de um novo paradigma. Um paradigma que evoluísse da concepção atual da Terra como um bem explorável para uma visão centrada na Terra como um ser vivo, a qual propicie a ela proteção e respeito.

Muito se deve à postura de Robin Kimmerer, para quem a chave da sustentabilidade não consiste apenas em reparar os danos dos ecossistemas para que voltem a

<sup>31</sup> Conferir em <http://www.harmonywithnatureun.org/index.php?page=view&type=12&nr=40>, acesso em 19 de outubro de 2016.

<sup>32</sup> Conferir <http://harmonywithnatureun.org/index.php?page=view&type=12&nr=45&menu=198>, acesso em 23 de outubro de 2016

ser saudáveis e produtivos. Antes de tudo, depende do reparo de nossa relação desgastada com a Terra, o meio ambiente e com a natureza em seu conjunto. Robin Kimmerer destacou ser a reciprocidade que produz a Harmonia com a Natureza e observou que os conhecimentos ecológicos tradicionais muito podem aportar para a conceituação de consumo sustentável, como, por exemplo, com a utilização dos cânones “colheita honesta” e “sétimo princípio geracional”, codificado na Grande Lei de Paz Iroquesa, nas culturas indígenas dos Estados Unidos. A colheita honesta é “um pacto de reciprocidade entre os seres humanos e o mundo animado em que os seres humanos empregam tudo o que colhem e não geram resíduos”. O sétimo princípio geracional “estabelece que, em toda decisão, seja pessoal, governamental ou empresarial, devemos considerar como afetará a nossos descendentes das sete futuras gerações”. O Professor Mark Lawrence também alertou que a ciência sozinha não pode oferecer respostas aos desafios gerados pela inércia das pessoas que continuam a manter hábitos prejudiciais a sua saúde e a de outras pessoas, ainda que saibam disso e disponham de boas alternativas a seu alcance, postulando que se agregue a agenda 2015 uma sólida base espiritual e científica.<sup>33</sup>

A Resolução A/70/268, através da qual se aprovou o Relatório de 2015 do 5º Diálogo, recomendou que se considerasse no marco das deliberações da Assembleia Geral sobre o desenvolvimento sustentável no seguimento da Agenda para o desenvolvimento posterior a 2015, o enfoque baseado na *Harmonia com a Natureza*, exposto nos diálogos *HwN UN* atuais e anteriores. O Relatório de 2015 examinou como o paradigma Harmonia com a Natureza pode contribuir para a concretização dos próximos ODS (Objetivos do Desenvolvimento Sustentável), questionou o pensamento antropocêntrico e concluiu que para compreender a relação da Humanidade com a Natureza é importante a co-geração de conhecimentos, incluídos os conhecimentos indígenas, investigativos, políticos, empíricos, emocionais e espirituais. Nele, veicula-se um Resumo das principais informações sobre os conhecimentos ecológicos tradicionais, na expectativa de que sirva de estímulo à comunidade internacional a considerar seriamente na questão da *Harmonia com a Natureza*.

O relatório do ano anterior, em 2014, havia supervalorizado a Ciência Moderna. Os participantes do 5º Diálogo voltaram a enfatizar a importância dos saberes ecológicos tradicionais e dos costumes em igualdade de condições com os conhecimentos científicos e o Direito escrito. Para tanto, defenderam uma estreita colaboração entre a ciência e os conhecimentos tradicionais, colaboração essa impulsionada pelos trabalhos de Harold Conklin, teórico da Etnociência, de Roy Ellen e de Bernard Patten. Registram também o incentivo da comunidade científica mundial na Conferência Mundial de Budapeste sobre a Ciência, quando, em 1999, reconheceu a importância dos conhecimentos indígenas e recomendara a integração concreta deles nas esferas do meio ambiente e desenvolvimento.<sup>34</sup>

Consoante o Relatório de 2015, entende-se por conhecimentos ecológicos tradicionais “um conjunto acumulado de conhecimentos, práticas e representações que

---

<sup>33</sup> Conferir <http://harmonywithnatureun.org/index.php?page=view&type=12&nr=45&menu=198>. Acesso em 23 de outubro de 2016.

<sup>34</sup> Conferir em <http://www.oei.es/historico/salactsi/budapestdec.htm>, acesso em 29 de outubro de 2016.

descrevem as relações dos seres humanos entre si e com seu entorno físico e que vem evoluindo mediante processos adaptativos de geração em geração”.

Segundo Roy Ellen, Professor Emérito de Antropologia e Ecologia da Universidade de Kent, “diferenciar entre a ciência e os conhecimentos tradicionais é somente uma maneira de categorizar duas atividades que, basicamente, analisam a mesma questão (Terra) desde a mesma perspectiva (a humana) e com os mesmos instrumentos (a experiência) e interpretam o mundo real com diversos graus de imperfeição e subjetividade”.<sup>35</sup> Bernard Patten, Professor Emérito da Universidade de Georgia, assinala para resolver os problemas concernentes ao meio ambiente, detectados pela ciência, seria necessário um enfoque mais multidimensional. Conforme havia advertido Albert Einstein, “nós não podemos resolver nossos problemas com o mesmo pensamento usado quando os criamos”.<sup>36</sup>

O relatório de 2015 registra o movimento de muitos acadêmicos e advogados especializados em questões ambientais em defesa de uma Declaração Universal dos Direitos de *la Madre Tierra* e do direito consuetudinário como instrumento para preservar a Natureza. Para eles, a reciprocidade é um princípio fundamental do direito consuetudinário, faz parte das leis naturais universais e é característica constante dos códigos de conduta das comunidades indígenas que regem suas interações com o mundo natural. Como exemplo, cita-se a Fundação Gaia, que, com apoio na doutrina da *Earth Jurisprudence* (Jurisprudência da Terra), de Thomas Berry, inspirada na sabedoria e nas práticas dos povos indígenas centradas na Terra, dedica-se, na África e na Amazônia, a ajudar as comunidades indígenas e locais a reativar seus conhecimentos e práticas baseados na Terra e a obter o reconhecimento legal de seus sistemas de governo consuetudinários.

Finalmente, registra-se a necessidade de uma mudança fundamental no estilo de vida e no comportamento da Humanidade para que os seres humanos protejam a Natureza em vez de seguir esgotando o Planeta, fazendo-se necessário inverter a tendência e orientar em direção à sustentabilidade os sistemas e processos de produção e consumo. Como resposta aos pedidos cada vez mais constantes de uma visão e orientação espiritual e ética, menciona-se a Conferência de líderes mundiais sobre o tema do cambio climático realizada pelo Vaticano em abril de 2015 e a conseqüente declaração final em que se assinalou ser o cambio climático causado pela atividade humana uma realidade científica, cuja mitigação decisiva era um imperativo moral e religioso para a Humanidade, que conta com os meios tecnológicos e econômicos para combater a ela e para acabar com a pobreza mundial. Ressaltou a importância da Encíclica ‘*Laudato Si*’, emitida em junho de 2015, pelo Papa Francisco, o primeiro documento da história do Vaticano que aborda especificamente a relação da Humanidade com o meio-ambiente, “um chamado à consciência de todas as pessoas para que colaborem

<sup>35</sup> Dois trabalhos de Roy Ellen são citados neste relatório de 2015, o primeiro datado de 2000, publicado em co-autoria com y Holly Harris chama-se *Indigenous Environmental Knowledge and its Transformations: Critical Anthropological Perspectives* (Overseas Publishers Association, 2000), e o artigo de 2002, “What the indigenous knowledge debate tells us about how scientists define their Project, *Journal of Cognition and Culture*, vol. 4 núms . 3 y 4. Conferir em <http://harmonywithnatureun.org/index.php?page=view&type=12&nr=45&menu=198>, acesso em 29 de outubro de 2016.

<sup>36</sup> Conferir <http://harmonywithnatureun.org/index.php?page=view&type=12&nr=45&menu=198>, acesso em 29 de outubro de 2016.

na hora de fazer frente a muitos desafios que existem em nosso mundo contemporânea.”<sup>37</sup>

#### 1.6. Harmonia com a Natureza como um sistema holístico de governança com base na Jurisprudência da Terra. (2016)

Em 2016, expandiu-se a Rede de Conhecimentos das Nações Unidas “*Harmony with Nature*”. Desse modo os Diálogos puderem contar com maior número de especialistas, mais de uma centena, oriundos de todo o mundo, e realizaram-se de modo virtual. Participaram especialistas em oito áreas de conhecimento - Direito centrado na Terra, Economia Ecológica, Educação, Ciência Holística, Humanidades, Filosofia e Ética, Artes, Comunicação, Desenho e Arquitetura e Teologia e Espiritualidade. Esses especialistas responderam, *on line*, questões que lhes foram encaminhadas pela Divisão de Desenvolvimento Sustentável e apresentaram recomendações à Assembleia Geral das Nações Unidas. As respostas de cada participante e o relatório final encontram-se disponíveis no sítio das Nações Unidas<sup>38</sup>.

Nestes primeiras Diálogos virtuais, examinou-se, em síntese, como inspirar cidadãos e sociedades a reconsiderarem como interagem com o mundo natural de modo a implementar os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável em Harmonia com a Natureza e reconheceu-se a necessidade de uma visão holística radicada no respeito a Natureza e na interdependência entre a Humanidade e a Terra.

Na conclusão, desdobrável em extenso rol de recomendações, organizadas por área de conhecimento, os participantes dos Diálogos Virtuais sugeriram a inclusão e aplicação dos princípios da *Earth Jurisprudence* na implementação dos 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), dadas as fundamentais interconexões entre a humanidade e a Natureza, a urgente necessidade de inspirar cidadãos e sociedades nesse sentido, e, a importância, para os próximos anos, da implementação da Agenda 2030.

Segundo consta no Relatório de 2016, quatro são os princípios da Filosofia *Earth Jurisprudence*: subjetividade, comunidade, legalidade e ordem e *wildness*. Segundo o princípio da subjetividade, “o universo é holismo, com valores e direitos”. De acordo com o princípio de comunidade, “tudo está relacionado e coexiste com tudo mais; Legalidade e ordem compreendem os padrões que podemos detectar e entender no Universo e na comunidade da Terra”. Finalmente, “a ordem e a legalidade no universo mantêm-se dinâmica, misteriosa e imprevisível (*wildness*)”. E os valores centrais da *Earth Jurisprudence* são equidade, cooperação, diálogo, inclusão, compreensão, acordo, respeito e co-inspiração.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Disponível em [http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco\\_20150524\\_enciclica-laudato-si.html](http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html), acesso em 2 de novembro de 2016.

<sup>38</sup> Conferir em <http://www.harmonywithnatureun.org/knowledgenetwork/dialogue-inputs/>, acesso em 24 de janeiro de 2017.

<sup>39</sup> Conferir <http://harmonywithnatureun.org/index.php?page=view&type=12&nr=45&menu=198>, acesso em 29 de outubro de 2016.

Nas diversas recomendações destacam-se, entre aquelas das áreas Direito centrado na Terra e na Economia ecológica, a adoção de um sistema holístico de Governança com base na *Earth Jurisprudence*, a criação, em todo o mundo, de Tribunais para julgar os casos de violação dos Direitos da Natureza.

Curiosamente, a proposta de edição de uma Declaração dos Direitos da Natureza não se incluiu no segmento *Earth centered Law*, embora tenha sido proposta por alguns juristas da Rede de Conhecimentos Harmonia com a Natureza, mas sim no segmento da Economia ecológica.<sup>40</sup>

Considera-se que para alcançar uma relação equilibrada e saudável entre a atividade humana e a Terra, urge que a sociedade substitua a corrente da visão de mundo antropocêntrica por um sistema holístico de governança, no qual a Humanidade exerça um papel diferente, e, também que mude como percebe e interage com o mundo natural. Neste novo papel, a humanidade deveria aceitar a realidade de que seu bem estar (*Well being*) é derivado do bem-estar da Terra e que Viver em *Harmonia com a Natureza* é um meio necessário para sustentar o bem estar humano e os direitos humanos.

### 1.7 Legislação e políticas sobre os direitos da Natureza. Educação sobre *Earth Jurisprudence* (2017)

Durante os diálogos presenciais de 2017, pretendia-se reconsiderar os termos das relações dos seres humanos entre si e também entre eles e o meio ambiente. Há um destaque para reflexão sobre a interdependência existente entre os seres humanos e a Natureza; posto isso, a criação de políticas globais voltadas a essa questão se fazem necessárias.<sup>41</sup>

A assembleia geral ocorreu em 21 de abril de 2017, visando comemorar o Dia Internacional da Mãe Terra, com foco na "*Earh Jurisprudence*(Jurisprudência da Terra)". A cooperação humana estaria, pois, voltada à preservação de um meio ambiente saudável e próspero por meio de relações mutuamente benéficas. Entrevê-se uma tentativa de promoção, a partir da execução dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) de estratégias fundadas no estabelecimento de uma visão de mundo centrada na Terra.

A proposta é reconfigurar os sistemas humanos de governança para que operem a partir de uma perspectiva centrada na Terra, a partir da visão do planeta como um organismo vivo, sujeito a perigos, logo todos devem responsabilizar-se pela preservação dela, como uma comunidade.

<sup>40</sup> Fez-se nos seguintes termos: *Establecer procedimientos e instituciones de cumplimiento para el reconocimiento de los derechos de la Naturaleza y el deber de cuidado de la Naturaleza que tienen los seres humanos, incluidos una "Declaración de los Derechos de la Naturaleza", el establecimiento de un tribunal internacional de medio ambiente y sanciones penales para delitos contra la Naturaleza, dirigidas en particular a empresas y quienes las controlan.*

<sup>41</sup> Disponível em <http://www.harmonywithnatureun.org/dialogue/MmrZjDIJqEUwztQmGKknki17xlVdHqb4clLYK0sDAccqNT0KuZfEWjrP5sPxX0KIF1m0nCaq45xOsK6T1BVg4g>, consulta em 5 de dezembro de 2017.

Os especialistas participantes dos Diálogos Harmonia com a Natureza destacam, em 2017, que o crescimento econômico de alguns se deu a partir da exploração do meio ambiente e também de muitas populações humanas (com aumento dos índices de pobreza, fome e desigualdade). Do mesmo modo entrou em pauta a discussão acerca do consumo e da produção, por meio dos quais o sistema econômico alterou e vem alterando a dinâmica e o funcionamento de todo o sistema da Terra.

Aponta-se como primeira mudança a ser tomada, a forma como se vê a Terra. Ela não deve mais ser vista como fonte de riquezas, objeto da exploração e da ganância econômica; mas como organismo vivo, a partir do qual as leis naturais surgem - e são justamente essas que devem ser observadas e seguidas. Portanto, é a partir da integração das leis da Terra que deveriam ser reformulados os princípios filosóficos e éticos atuais em áreas como a economia, as ciências físicas, o Direito etc.

Nos termos ali escritos: “A jurisprudência da Terra é um enfoque que põe em relevo a urgência de reconstruir a civilização sobre princípios ecológicos de sustentabilidade e relações de colaboração com o mundo natural”.

Conforme se consigna no Relatório de 2017, A filosofia e a ética dos povos originários fornecem atalhos para encurtar a distância entre os seres humanos e a Natureza. Sugere-se também que a tomada de decisões políticas, em todos os níveis, leve em conta a democracia ecocêntrica. Vale dizer, que respeitem a democracia humana incluindo valores da Natureza, com vistas a visando parear as necessidades humanas com as necessidades de outras espécies vivas.

Também é possível observar o papel da espiritualidade, neste propósito de transição para uma visão não antropocêntrica, considerando que as poderiam ajudar a repensar os conceitos de domínio, de administração da criação, e incluir uma visão de comunidade global. Tanto é assim que uma das áreas de conhecimento dos especialistas da Rede de Conhecimento Harmonia com a Natureza é a de Teologia e Espiritualidade.

Aponta-se como principal dificuldade exatamente a inércia da visão antropocêntrica, fortemente internalizada. Inercialmente, a centralidade do ser humano orienta seus sentires, saberes e pensares, seja nas artes, na educação, nas ciências, inclusive no direito. Torna-se difícil estabelecer uma mudança cultural voltada à preservação do planeta quando tudo gira em torno do bem-estar humano, sem conectá-lo com o bem-estar da natureza. Cita-se como exemplo de conciliação entre esses dois objetivos, que não se pretende acabar com o direito de propriedade, mas sim conciliar-lo com a necessidade de preservação do ecossistema.

Registra-se também no Relatório de 2017, qual seria a interação ideal entre as outras ciências e formas de educação e meios de comunicação, que deveriam estar mais voltados às noções de comunidade e de Harmonia. Por fim, entre as recomendações, destacam-se a análise do progresso da consecução dos principais objetivos de sustentabilidade, a capacitação e apoio dos juristas para que trabalhem os direitos da natureza, a difusão da visão não antropocêntrica.

## 2. A Proposta de Adoção do Paradigma Harmonia com a Natureza e da Declaração Internacional dos Direitos da Mãe Terra

Detecta-se, no Programa Harmonia com a Natureza (HwN), das Nações Unidas, de modo especial nos relatórios dos Diálogos das Nações Unidas de 2011 a 2017, a tendência, no domínio do *soft Law* de o princípio *Harmonia com a Natureza*, suceder o princípio do desenvolvimento sustentável, como o paradigma não antropocêntrico, para este século.

Estamos no domínio do *soft law*, considerando que o processo de criação dos ODS - Objetivos Sustentáveis do Desenvolvimento (*SDG – Sustainable Development Goals*), consoante Catherine Tinker, configuram o mais novo exemplo de “*Soft law*”, um importante meio de legislar no campo do Direito Internacional Ambiental e dos direitos humanos. Para a autora norte americana, a *soft law* do desenvolvimento sustentável pode estar emergindo como um princípio costumeiro de direito internacional ou pode estar se solidificando no Direito Internacional costumeiro. Cita como exemplos além das declarações, documentos como o dos Princípios do Rio que podem ser reconhecidos como de Direito Internacional costumeiro<sup>42</sup>.

No Programa Harmonia com a Natureza das Nações Unidas (*HwN*), os Diálogos (*HwN*) vem se desenvolvendo, como desmembramento do princípio n. 1 da Declaração dos princípios enunciados, em 1992, na Conferência do Rio sobre Desenvolvimento Sustentável<sup>43</sup> e amparam-se no item 12.8 dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS)<sup>44</sup>, onde se afirma como objetivo velar para que as pessoas de todo o mundo, até 2030, disponham de informações pertinentes sobre o desenvolvimento sustentável e os estilos de vida em Harmonia com a Natureza e se sensibilizem a respeito.

Muito embora os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (SDGs) não tenham força de lei e nem sempre se refiram a tratados ou a princípios legais, influenciam a emergência de princípios de Direitos Internacional ou mesmo sua incorporação a tratados internacionais. *Harmonia com a Natureza* emerge da evolução da idéia nuclear de desenvolvimento sustentável e, passo a passo, vem ganhando autonomia, nas Nações Unidas, a ponto de tornar-se objeto de proposta de conteúdo de uma declaração universal e consistir em base ética dos direitos da Mãe Terra.

As ações e as conclusões divulgadas pelo *website* do Programa Harmonia com a Natureza, em especial, os Diálogos *HwN*, vem consolidando consolidado essa base ética para uma possível declaração internacional dos Direitos da Mãe Terra.

---

<sup>42</sup> Nos termos da autora: *The law of sustainable development is emerging as soft law created through various International Law Commission draft articles and reports: General Assembly resolutions and declarations adopting the reports of Conference on sustainable development or ILC reports; and contributions from civil society organizations, academia, the private sector; and international organizations, monitoring and reporting, and compliance with sustainable development law and practices.* TINKER, Catherine. *Creation of International “Soft Law”; the formation and effect of “sustainable development goals” in the post-2015 development Agenda at the United Nations*. IN DERANI, Cristiane e Scholz, Mariana (org). *Globalização e as Novas Perspectivas do Direito Ambiental Econômico*. Multideia, Curitiba, 2015, p. 82.

<sup>43</sup> Disponível em <https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>, acesso em 17 de setembro de 2017.

<sup>44</sup> Objetivo 12. Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis. Meta 12.8 Até 2030. garantir que as pessoas, em todos os lugares, tenham informação relevante e conscientização para o desenvolvimento sustentável e estilos de vida em harmonia com a Natureza. Disponível em <https://nacoesunidas.org/pos2015/ods12/>, acesso em 17 de setembro de 2017.

Em 2015, à ocasião do lançamento da Agenda 2030, com os 17 novos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável<sup>45</sup>, as Nações Unidas vislumbram na introdução da Resolução A/70/1<sup>46</sup>[https://outlook.live.com/owa/?path=/mail/inbox/rp - x\\_\\_ftn93](https://outlook.live.com/owa/?path=/mail/inbox/rp - x__ftn93), conhecida como “*Transforming our world*”, uma visão de mundo em que a humanidade viva em *Harmonia com a Natureza* e no qual a vida selvagem e outras espécies vivas sejam protegidas.

A consciência da importância da *Harmonia com a Natureza* se fez forte na Declaração Mundial para a Natureza (Declaração 7/37 da ONU), em 1982, e dez anos depois, começou, a partir de 1992, a firmar-se, no cenário internacional durante a Conferência do Rio para o desenvolvimento sustentável.

Segundo consta na Carta Mundial para a Natureza, consciente de que: (A) A humanidade é parte da Natureza e da vida depende do ininterrupto funcionamento dos sistemas naturais que garantam o abastecimento de energia e de nutrientes; (B) A civilização está enraizada na natureza, que moldou a cultura humana e influenciou toda a realização artística e científica, e de viver em harmonia com natureza dá ao homem as melhores oportunidades para o desenvolvimento de sua criatividade, e para descanso e lazer.<sup>47</sup>

Na Conferência de 1992, o espírito da Conferência foi captado na expressão *Harmonia com a Natureza*, extraída do primeiro princípio da Declaração do Rio<sup>48</sup>. Os 27 princípios ali enunciados vêm orientando até os dias de hoje a comunidade internacional a alcançar o desenvolvimento sustentável em *Harmonia com a Natureza*.

Observa-se, nos documentos oficiais das Nações Unidas, em especial em seus relatórios e nos diálogos sobre *Harmonia com a Natureza (HwN UN)*, elaborados de 2010 a 2017, tentativas de aproximar as noções de desenvolvimento sustentável e *Harmonia com a Natureza*. No primeiro desses relatórios, o de 2010, o desenvolvimento sustentável aparece como “um paradigma holístico para alcançar a harmonia com a Natureza no século XXI”, a partir da afirmação de que a não aplicação do pensamento holístico a todas as atividades humanas tem gerado desastres ecológicos e degradação ambiental. “O comportamento destrutivo para o meio ambiente obedece a que não se reconheça que os seres humanos somos uma parte inseparável da Natureza e que não podemos causar-lhe danos sem causar um grave dano a nós mesmos”.<sup>49</sup>

Em 2011, ao orientar a Conferência do Rio de junho de 2012 sobre Desenvolvimento Sustentável, as Nações Unidas renovam o compromisso com o desenvolvimento sustentável, incitando a que sejamos lembrados como a geração que criou um consenso sobre o tema, nessa conferência de 2012, no sentido de volver a civilização a

---

<sup>45</sup> Conferir em <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld>, acesso em 21 de julho de 2017.

<sup>46</sup> Conferir em [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/70/268](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/70/268), acesso em 21 de julho de 2017.

<sup>47</sup> Conferir [http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Carta\\_Mundial\\_para\\_Natureza.pdf](http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Carta_Mundial_para_Natureza.pdf), acesso em 21 de julho de 2017.

<sup>48</sup> Princípio 1. Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza. <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>.

<sup>49</sup> Conferir em <http://harmonywithnatureun.org/chronology.html> e <http://undocs.org/A/65/314>, acesso em 21 de setembro de 2017.

suas raízes em harmonia com sua fonte: a Mãe Natureza. Recomendam aos Estados a possibilidade de formular uma declaração em que se reconheça o valor intrínseco da Natureza e de sua capacidade regeneradora. Conclamam a que se plasme uma consciência mundial de respeito pela Natureza, aproveitando a sabedoria das civilizações antigas para viver em *Harmonia com a Natureza*.

Em 2012, por meio da Resolução 67/317, com base nos diálogos interativos da Assembléia Geral sobre *Harmonia com a Natureza*, e no documento final da Conferência Rio +20, “*O futuro que queremos*”, as Nações Unidas recomendam aos Estados Membros empregar um enfoque baseado na Harmonia com a Natureza ao examinarem questões relacionadas com as políticas de desenvolvimento sustentável em todos os níveis, e também a dar visibilidade, no sítio *web* então lançado (<http://harmonywithnatureun.org/index.html>), ao trabalho que se está realizando com este fim.<sup>50</sup> Firms na premissa científica e acadêmica segundo a qual, salvo ocorra uma catástrofe mundial, os seres humanos continuarão a exercer uma forte influência sobre o meio ambiente no futuro próximo, sugerem a transição para uma cultura que trabalhe com a Terra e não contra ela, para que possamos realmente viver em Harmonia com a Natureza.

Em 2013, após sublinhar o descompasso entre o conhecimento científico atual e o crescimento econômico como atual paradigma de desenvolvimento, as Nações Unidas, no relatório aprovado pela Resolução A/68/325, propõem, a partir de um conceito de holismo e da busca de um estilo de vida que respeite os direitos da natureza, a construção de um novo paradigma: a Harmonia com a Natureza.<sup>51</sup>

Em 2014, o relatório contempla a idéia de que Viver Bem em *Harmonia com a Natureza* é um paradigma do mundo em desenvolvimento que se pode ampliar. Com apoio na doutrina do uruguaio Eduardo Gudynas, do boliviano aymara Simon Yampara e do colombiano Arturo Escobar, citam-se como traços constitutivos da concepção do Bem Viver, a noção de qualidade de Vida, somente possível em comunidade, em sentido amplo, onde se inclui a Natureza; “a harmoniosa coabitação com outros seres humanos e com a Natureza”; a interculturalidade, que “vai além da justaposição ou coexistência de diferentes culturas”, a superação do dualismo entre Natureza e humanidade, e, devido ao reconhecimento de seu valor intrínseco, a Natureza se compreende como um sujeito.<sup>52</sup>

Essa compreensão da Natureza como um ser vivo conduz à defesa da atribuição de direitos à Natureza e da adoção de uma Declaração dos Direitos da Mãe Terra, conforme se fez em 2009, na cidade boliviana de Cochabamba, quando se emitiu a Declaração dos Direitos da Mãe Terra<sup>53</sup>, e, posteriormente, em 2012, quando se propôs na Cúpula dos Povos do Rio de Janeiro, na Conferência Rio+20. Dela deriva, ademais, o paradigma “*Viver bem em Harmonia com a Natureza*”, conforme consta no do-

<sup>50</sup> Conferir em <http://harmonywithnatureun.org/index.php?page=view&type=12&nr=10&menu=198>, acesso em 21 de setembro de 2017.

<sup>51</sup> Conferir em [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/68/325](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/68/325), acesso em 21 de setembro de 2017.

<sup>52</sup> Conferir em [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/69/224](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/69/224)

<sup>53</sup> Conferir em <http://www.rightsofmotherearth.com/images2015/declarations%20pdf/declaration-po.pdf>, acesso em 24 de setembro de 2017.

cumento “*Towards a New World Order for Living Well*”, resultante da Conferência do Grupo 77+China, de 2014, realizada em *Santa Cruz de la Sierra*, Bolívia.<sup>54</sup>

Em 2015, o relatório das Nações Unidas registra o movimento de muitos acadêmicos e advogados especializados em questões ambientais em defesa de uma Declaração Universal dos Direitos de *la Madre Tierra* e do direito consuetudinário como instrumento para preservar a Natureza.<sup>55</sup>

Em 2016, como produto dos diálogos virtuais, pela primeira vez, há recomendação feita pelos especialistas em Economia Ecológica de edição de uma declaração dos direitos da Natureza. Nas diversas recomendações do relatório de 2016 destacam-se, aquelas das áreas Direito centrado na Terra e da Economia ecológica, as quais defendem a adoção de um sistema holístico de Governança com base na *Earth Jurisprudence*

e a criação, em todo o mundo, de Tribunais para julgar os casos de violação dos Direitos da Natureza.<sup>56</sup>

Curiosamente, a proposta de edição de uma Declaração dos direitos da Natureza, no Relatório das Nações Unidas foi registrada pelos especialistas em Economia ecológica, e não pelos juristas. No relatório de 2016, na parte relativa ao *Earth Center Law*, quanto a este ponto, limita-se a recomendar que se aprovasse uma resolução das Nações Unidas, que apoiasse a importância de estudar o potencial da Jurisprudência da Terra como marco para a elaboração de sistemas de governança internacional, nacional e local que permitissem às comunidades humanas viver em Harmonia com a Natureza.<sup>57</sup> Nada obstante, colhem-se muitas outras recomendações, dentre as quais capacitar e apoiar juristas para que trabalhem pelos direitos da Natureza; reunir periodicamente e difundir amplamente exemplos vivos, provenientes de todas as partes do mundo, de aplicação efetiva dos direitos da Natureza no ordenamento jurídico, desenvolver uma perspectiva jurídica e um marco de políticas integrados em torno dos direitos da Natureza e vinculá-los a outras lutas. Ademais, nas respostas de muitos juristas nos Diálogos virtuais de 2016, detecta-se a sugestão expressa de emissão de uma Carta dos Direitos da Mãe Terra.<sup>58</sup>

Especialistas de todos os continentes se referiram a essa proposta. Da África, colhe-se a proposta expressa de Cormac Cullinan de adoção pelas Nações Unidas de uma resolução que reforce a Jurisprudência da Terra.<sup>59</sup>

<sup>54</sup> Conferir em [http://www.g77.org/doc/A-68-948\(E\).pdf](http://www.g77.org/doc/A-68-948(E).pdf), acesso em 24 de setembro de 2017.

<sup>55</sup> Conferir em [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/70/268](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/70/268), acesso em 24 de setembro de 2017.

<sup>56</sup> Conferir em [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/71/266](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/71/266), acesso em 24 de setembro de 2017.

<sup>57</sup> Nos termos originais, consta a seguinte recomendação no item 112. *Adopt a United Nations resolution endorsing the importance of exploring the potential of Earth jurisprudence as a framework for developing international, national and local governance systems that will enable human communities to live in Harmony with Nature, and encouraging public and private sector institutions to make resources available for this purpose.*

<sup>58</sup> Conferir em <http://www.harmonywithnatureun.org/knowledgenetwork/dialogue-inputs/>, acesso em 23 de setembro de 2017.

<sup>59</sup> O autor, em linhas gerais, apresenta os seguintes benefícios da implementação da Jurisprudência da Terra: “Alterar os objetivos e estruturas legais e sistemas de governança abordando as falhas sistêmicas para que atuais sistemas de governança respondam adequadamente aos maiores desafios do século XXI (ex. mudanças climáticas e perdas de biodiversidade) porque as atividades que estão conduzindo aos problemas estão legitimadas no âmbito do atual sistema judicial; - Possibilitar sistemas de governança de todos os níveis (ex. local, nacional, internacional) e entre todas as culturas desenvolvendo de maneira coerente entre si e reforçando que seja essencialmente guiado por nosso en-

Em abril de 2017, durante realização dos Diálogos Interativos, na sessão comemorativa do Dia Internacional da Mãe Terra, Fernando Hunancuni Mamani, ao discursar na condição de Ministro das Relações Exteriores da Bolívia, destaca o desafio para os 193 Estados das Nações Unidas de consensuar a **Declaração Universal dos Direitos da Mãe Terra**, através de mecanismos que permitam, de maneira inclusiva, aportar o cumprimento de uma visão integral dos objetivos do desenvolvimento sustentável. Lembra que seu país vem construindo um modelo econômico em harmonia com *la Madre Tierra*.<sup>60</sup>

Em suma, como reconhece Vanessa Hasson de Oliveira, no primeiro livro sobre Direitos da Natureza publicado no Brasil, esse importante movimento das Nações Unidas abre um espaço fundamental para o reconhecimento pela comunidade mundial da comunidade maior planetária como sujeito de direitos.<sup>61</sup>

## REFERÊNCIAS

CARTA ENCÍCLICA LAUDATO SI', do SANTO PADRE FRANCISCO sobre o Cuidado da Casa Comum. Tipografia Vaticana, Vaticano, 2015. Disponível em [https://w2.vatican.va/content/dam/francesco/pdf/encyclicals/documents/papa-francesco\\_20150524\\_encyclica-laudato-si\\_po.pdf](https://w2.vatican.va/content/dam/francesco/pdf/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_encyclica-laudato-si_po.pdf), acesso em maio de 2018.

CRUTZEN, Paul; STOEMER, Eugene, "The Anthropocene, in *Global Change Newsletter*, n. 41, de maio de 2000, acesso em setembro de 2016.

CULLINAN, Cormac. **Wild Law: a Manifesto for Earth Justice**. 2nd ed. Green Books, 2017.

GUDYNAS, Eduardo. **La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador**. *Revista de Estudios Sociales*, Bogotá, n. 32, p. 34-47, abr. 2009. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/815/81511766003.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

**Los derechos de la naturaleza en serio: respuestas y aportes desde la ecología política.** IN MARTÍNEZ, Esperanza (comp.). **La naturaleza con derechos: de la filosofía a la política**. Ecuador: Abya Yala; Universidad Politécnica Salesiana, 2011, p. 239-286. Disponível em: <<http://rosalux.org.ec/attachments/article/254/derechos-naturaleza.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

---

tendimento do funcionamento dos ecossistemas mais do que pela ideologia; contribuir para melhores resultados – fazendo porque os impactos no sistema como um todo devem ser considerados e os interesses da comunidade planetária (incluindo a humanidade) deve prevalecer sobre os interesses econômicos de curto prazo das corporações e seres humanos; - Promover o necessário afastamento da visão do mundo antropocêntrico através do reconhecimento explícito e aplicação dos deveres dos seres humanos em procurar meios de viver bem sem comprometer a capacidade de outros seres não humanos em desempenhar suas funções ecológicas; - promover a integração da ciência e governança e conhecimentos científicos (ex. relacionado a excessiva exploração e a finitude ecológica) para ser a guia legal nas tomadas de decisões sobre como as atividades humanas devem ser permitidas e como as disputas devem ser resolvidas; - estabelecer uma estrutura no qual direitos humanos e questões ambientais podem ser integradas no âmbito de uma plataforma de colaboração que advoga entre justiça ambiental e social; e – empoderar aqueles que defendem ecossistemas e comunidades locais através do reconhecimento legal do fato que eles estão defendendo a existência e direitos fundamentais ao invés de acusa-los de estarem infringindo os direitos da propriedade privada (ex. o crime de invasão), IN CULLINAN, Cormac, *The Virtual Dialogue Harmony with Nature – Theme Earth Jurisprudence*, Disponível em <http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload189.pdf>, acesso em 31 de março de 2018.

60 Conferir em <http://www.cancilleria.gob.bo/webmre/discurso/1991>, acesso em 17 de agosto de 2017.

61 HASSON DE OLIVEIRA, Vanessa. *Direitos da Natureza*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016, pp. 213 e 214.

ELLEN, Roy; HARRIS, Holly. **Indigenous Environmental Knowledge and its Transformations: Critical Anthropological Perspectives**: Overseas Publishers Association, 2000.

ELLEN, Roy; HARRIS, Holly. "What the indigenous knowledge debate tells us about how scientists define their Project, *Journal of Cognition and Culture*", vol. 4 números 3 y 4, 2002.

HASSON DE OLIVEIRA, Vanessa. **Direitos da Natureza**, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016.

TINKER, Catherine. **Creation of International "Soft Law"; the formation and effect of "sustainable development goals" in the post-2015 development Agenda at the United Nations**". IN DERANI, Cristiane e Scholz, Mariana (org). *Globalização e as Novas Perspectivas do Direito Ambiental Econômico*. Multideia, Curitiba, 2015.

YAMPARA, Simon. **Desarrollo, progreso ó Suma Qamaña de los ayllus andinos?** Disponível em <http://www.plataformabuenvivir.com/wp-content/uploads/2012/07/DesarrolloProgresoSumaQamanaYampara.pdf>, acesso em setembro de 2017.

**Submetido em: 16 nov. 2018. Aceito em: 16 set. 2018.**



# ORIGENS DO PODER E DA SOBERANIA NO DIREITO DA MODERNIDADE: O PENSAMENTO DE GUILHERME DE OCKHAM E AS DEMOCRACIAS ATUAIS

*Álvaro Gonçalves Antunes Andreucci<sup>1</sup>*  
*Oswaldo Estrela Viegaz*

## **Resumo**

Guilherme de Ockham (1285-1347) foi um pensador que se encontra na fase de transição entre a Baixa Idade Média e a Modernidade, tendo sido rejeitado pela primeira e praticamente ignorado pela segunda em suas considerações. Versou sobre a epistemologia e a ciência, sobre o objeto do conhecimento, sobre o direito e o poder, dentre outras coisas. Porém, apesar de sua grande contribuição, tanto para os ensinamentos medievais como para introdução da problemática sobre o poder na era moderna, até hoje sua contribuição é subestimada. Lutero se baseou em suas ideais para escrever suas “teses”. O papel desempenhado pelo filósofo nos embates diretos com a Igreja Católica e com o Papa João XXII são preponderantes para compreensão da forma(ção) do poder, da ideia de direito da propriedade e do conceito de Estado na modernidade, incluindo-se aí suas pontuais revelações sobre a soberania. O intuito desse pequeno esboço é resgatar algumas notas sobre a filosofia ockhamiana e sua relação com a modernidade. Além disso, suas considerações sobre o poder absoluto nos remete a uma discussão contemporânea acerca da democracia atual e da ascensão de concepções mais autoritárias no centro destes sistemas. A pesquisa utilizou-se do método investigativo dialético e da pesquisa bibliográfica.

## **Palavras-chave**

Guilherme de Ockham; Poder e Soberania; Direito na Modernidade; Direito da Propriedade.

## **ORIGINS OF POWER AND SOVEREIGNTY IN THE RIGHT OF MODERNITY: GUILHERME OF OCKHAM 'S THOUGHT AND CURRENT DEMOCRACIES**

## **Abstract**

Guillaume de Ockham (1285-1347) was a thinker who is in the transition phase between the Low Middle Ages and Modernity, having been rejected by the first and practically ignored by the second in his considerations. He talked about epistemology and science, about the object of knowledge, about law and power, among other things. However, in spite of its great contribution, both to the medieval teachings and to the introduction of the problematic on the power in the modern era, to this day its contribution is underestimated. Luther relied on his ideals to write his “theses.” The

---

<sup>1</sup> Doutorado em História Social pela Universidade de São Paulo (com o título “Uma Cadeira de Espinhos: o Supremo Tribunal Federal e a política - 1933 - 1942”), Mestrado em História Social pela Universidade de São Paulo (com o título: “O Risco das Ideias: intelectuais e política política - 1930 - 1945”) e .Possui Graduação e Licenciatura plena em História pela Universidade de São Paulo Atualmente é professor na UNINOVE - Universidade Nove de Julho - do Programa de Mestrado em Direito e da Graduação em Direito. Professor Tutor do Programa de Educação Tutorial - PET-MEC - na UNINOVE (grupo interdisciplinar entre Direito e Administração). Atua na área de pesquisa em Direito, Sustentabilidade, Direitos Humanos, Metodologias do Ensino Jurídico, História do Direito, História do Poder Judiciário e Justiça de Transição. Publicou e organizou livros e artigos na área de Direito, História.  
· Mestre em Filosofia do Direito e Teoria do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2017). Bacharel em Direito pela Universidade Nove de Julho (2014). Licenciado em História pelas Faculdades Integradas de Guarulhos (2009). Membro do grupo de pesquisas “Epistemologia Política do Direito”

role played by the philosopher in direct conflicts with the Catholic Church and with Pope John XXII are preponderant to understand the form(ation) of power, the idea of property law and the concept of state in modernity, including its punctual revelations about sovereignty. The purpose of this small sketch is to retrieve some notes on the philosophy of Ockham and its relation to modernity. Moreover, his considerations of absolute power refer us to a contemporary discussion of current democracy and the rise of more authoritarian conceptions at the heart of these systems. The research was based on the dialectical investigative method and bibliographic research.

#### KEYWORDS

Guillaume de Ockham; Power and Sovereignty; Law in Modernity; Property Law.

## 1 INTRODUÇÃO

A transição da Idade Média para a Modernidade foi um período de profundas transformações epistemológicas e conceituais no campo da produção do conhecimento tendo, nesse sentido, diversas implicações no âmbito político. A transição de uma sociedade ocidental e europeia que esteve durante alguns séculos, de uma maneira geral e com raras exceções, voltada para uma economia de trocas internas, passou a ter, a partir do século XII, uma circulação de ideias, mercadorias, pessoas, culturas, expressões artísticas, produtos e outras atividades como uma nova característica que serviu como um fertilizante de transformações sociais e, também, de circulação de novas ideias. A Igreja Católica e seu braço inquisitorial foi a expressão maior dessa diversidade que deveria ter sido contida o máximo possível. Foi nesse sentido que Ockham, como muitos outros, chegou a ser perseguido.

Nesse contexto, o modelo filosófico construído por Guilherme de Ockham em seus estudos primeiros é de grande relevância para ilustrarmos esse contexto, precursor da modernidade. Encontrando-se na fase de transição, já na Baixa Idade Média, o pensamento ockhamiano foi considerado como “moderno” dentro da conjuntura existente – e aqui, alertamos que o sentido de “moderno” no medievo possuía conotação pejorativa, fazendo com que a filosofia de Guilherme de Ockham fosse taxada desta forma para rebaixar sua relevância naquele cenário – porém, sendo ainda hoje fundamental para compreensão dos pressupostos básicos da filosofia e do direito ocidentais.

Ockham é o precursor não apenas da “via moderna”, como igualmente do empirismo inglês, tendo por consideração a grande importância que destinava à experiência e o conhecimento pelo sensível, algo que irá reverberar de maneira veemente na sua posterior filosofia política e na fundamentação do direito subjetivo com base no direito de propriedade, de modo que o conhecimento resulta sempre da ação e é na experiência do sensível que se dará e se constituirá toda e qualquer possibilidade de conhecimento. Desta forma, seus textos irão levar às diversas possibilidades epistemológicas da construção duma ciência pautada nestas bases, característica fundamental da modernidade.

Quando Ockham insere o indivíduo como a instância que garante a verdade de suas constatações, tem-se claramente a razão como forma de apreensão do conhecimento, algo que será de especial relevância nos estudos que o filósofo dedicou sobre a linguagem e a semiologia e, tendo como desdobramento ainda, suas considerações

sobre a possibilidade de se apreender apenas pelo singular, o que levará ao universal pelo obra do espírito. Da mesma forma, acreditava na impossibilidade de se provar a existência de Deus, por esta razão sensível, já que Deus encontra-se noutra plano de entendimento, qual seja, o do ininteligível, e somente pela revelação através da fé poder-se-ia alcançar a graça em Deus.

Sua contribuição mais conhecida, a “Navalha de Ockham”, guarda referência com sua posição frente à forma que o conhecimento deve ser tratado: “*entia non sunt multiplicanda sine necessitate*”, isto é, não se multiplicando o conhecimento sobre os entes de forma desnecessária. Seu princípio da economia, portanto, leva em consideração que (i) inutilmente se faz com muito o que se pode fazer com pouco e (ii) uma pluralidade não deve ser pressuposta sem necessidade, lançando neste sentido sua orientação ao que ficaria conhecido como conceitualismo (ou nominalismo) em oposição ao que se conhecia até então pelo realismo.

O anti-realismo ockhamiano se colocou como crítica ao realismo escolástico em função do papel que este cumpria, obscurecendo e tornando confusa a distinção entre o temporal e o espiritual e que, mais do que isso, encontrava-se no âmago da filosofia política do período por conta da agitação encontrada no Sacro Império Romano Germânico com a não indicação de Luís IV da Baviera para assumir o trono de Imperador, bem como pelo apoio do Papa João XXII ao opositor e candidato derrotado, que levou inclusive a transferência do papado para Avignon.

Percebe-se, assim, que a filosofia epistemológica de Guilherme de Ockham, desde seu empirismo e o conhecimento pelo sensível até os princípios da economia, estão implicados diretamente na forma com que o filósofo tratará sua *jusfilosofia* e em como sua filosofia política encontrará campo fértil para discussões e embates, tanto diretamente com o governo civil – e temporal – como com o papado e a Igreja Católica – e suas proposições eclesiais e dogmáticas religiosas.

O poder, em Ockham, é principal objeto que aqui propomos para o debate, e estará intrinsecamente relacionando-se com essas instâncias de conhecimento e em diálogo com o político e o jurídico, de modo que a indissociabilidade do seu pensamento epistemológico, pelo alcance de suas constatações, se torna fundamental para compreensão de sua recepção pelo debate filosófico da época e das consequências desse posicionamento. Será o caso das implicações posteriores na modernidade e dos desdobramentos que a história das ideias políticas irá tomar. Assim, abordaremos estas reflexões para indicarmos algumas notas sobre o poder na filosofia de transição para a Modernidade e como elas se tornaram importantes nos séculos seguintes.

## 2 RELAÇÕES ENTRE PODER E NÃO-PODER EM GUILHERME DE OCKHAM

Das considerações ockhamianas acerca da epistemologia e do subjetivismo, tem-se os pilares argumentativos de sua filosofia política, trazendo ao debate da Baixa Idade Média pontos relevantes que, até então, eram tidos como tabus inquebrantáveis e impossíveis de discussão. Eram temas que revelavam, portanto diante do que – e de quem – tais exposições configuravam-se como “ideias proibidas”. Mesmo assim, Ockham conseguiu instaurar este debate, introduzindo a ideia de que o sujeito do

conhecimento deveria se colocar como parte da ação, produzindo o conhecimento, fato este obviamente caracterizado como sendo um tema que alterava a forma de pensar tradicional, apresentando o ser humano de forma distinta daquela ainda existente e imposta oficialmente pela Igreja na vida cotidiana medieval.

Esta assertiva é válida quando analisamos que o domínio católico neste período histórico não se restringiu ao monopólio da fé, se estendendo a diversas áreas do saber e, também, das constatações temporais. Foi por estas linhas que se pautaram as reivindicações filosóficas de Guilherme de Ockham, ao tratar da problemática que continha a confusão de sentidos sobre o temporal e o divino, o sagrado e o profano como indistintos em sua aplicação no plano fático, isto é, na (im)possibilidade de se separar a existência e fundamentação do poder civil e religioso do mesmo plano, tendo um e outro partes indissociáveis da vida terrena e também da religiosa, constituídas sob os auspícios da pretensa legitimidade papal sobre ambos os direitos.

O paradigma da subjetividade proposto por Ockham tem enorme significação na posição contrária do filósofo ao estado de coisas que se apresentava na medievalidade, possibilitando que os pontos de sua doutrina fossem tidas como próprias da modernidade, isto em função do alcance que esta maneira de pensar e de conhecimento terá enquanto estrutura de formas empíricas e, por elas, tendo no seu centro o ser humano em evidência, de modo a fazer com que, no campo jurídico, o direito subjetivo surja e se fortaleça como fonte e fator essencial da vida moderna.

Explicando em outros termos, a base de desenvolvimento das teses sobre o direito subjetivo em Guilherme de Ockham se dará em função das querelas franciscanas e, por consequência, de como o direito de propriedade se manifestava quando evidenciado o campo da exceção, entre sua (im)possibilidade e a sua total (in)aplicabilidade.

O embate ocorre quando Ockham, por sua *Opus nonaginta dierum* ("Obra Escrita em 90 Dias"), rebate as posições do Papa João XXII, sobretudo quanto (i) suas atitudes contrárias frente à pobreza franciscana e quanto ao direito de propriedade, (ii) por não aceitar que os franciscanos, assim como o Apóstolo Paulo, morressem para a lei para renascer e viver em Cristo e (iii) a blasfêmia herética do papa de negar a pobreza de Jesus Cristo e dos seus Apóstolos para justificar a riqueza terrena religiosa, tanto sua como da Igreja Romana.

É importante não perder de vista a sutileza da estratégia de Ockham a respeito do direito: trata-se, por assim dizer, de manter-se fora e dentro do direito, de reafirmar com vigor o princípio da liceidade da *abdicatio iuris* sancionado pela *Exit qui seminat* e, ao mesmo tempo, contra João XXII, de não privar os franciscanos do recurso ao direito natural, limitando-o, porém, ao caso de extrema necessidade. Se observarmos bem, isso significa que os frades menores efetuam uma inversão e, ao mesmo tempo, uma absolutização do estado de exceção: no estado normal, em que aos homens cabem direitos positivos, eles não têm direito algum, mas apenas uma licença de uso; no estado de extrema necessidade, eles recuperam uma relação com o direito (natural, não positivo). (AGAMBEN, 2014, p.120)

Em se tratando dos três pontos em específico encontraremos o fator preponderante que levou Guilherme de Ockham a enfrentar a Igreja e principalmente o papa João XXII: o extremo poder que o papado de Avignon concentrava em torno de si e

de seus contornos que transitavam entre o sagrado e o profano, justificando o terreno com o divino e permanecendo, neste sentido, como o centro de todos eles. É claro que isso tinha implicações severas quanto ao direito de propriedade.

É de conhecimento que os primeiros frades mendicantes não foram os franciscanos, como também o é, doutro ângulo, que foi em razão da forma-de-vida<sup>2</sup> pautada unicamente no seguir a Cristo como singular exemplo de vida possível na terra que o enfrentamento direto com a Santa Sé intensificou-se e ganhou contornos mais substanciais do que somente o “se viver conforme os preceitos de Jesus e dos Santos Apóstolos” contido nos evangelhos. Os franciscanos, enquanto mendicantes, encontravam-se em absoluta exceção quando o assunto era o direito de propriedade: apenas a necessidade extrema seria capaz de trazê-los novamente ao direito natural.

Veja-se que as implicações que esta forma-de-vida franciscana, em realidade, impactariam de maneira preponderante nas concepções da Igreja sobre sua própria organização, isto porque os franciscanos procuravam deslocar-se justamente dessa forma organizacional por sua forma-de-vida, não encontrando nenhuma regra, nenhuma outra ordem possível que não aquela do exemplo dado por Cristo. Se ele próprio foi o maior exemplo do que se fazer e de como se viver, não há razões palpáveis que motivem ou expliquem seguir determinadas regras, por vezes até mesmo conflitantes com a vida de Jesus. Fica claro que a crítica de Guilherme de Ockham não se centrava nos ensinamentos de Jesus Cristo, que deveriam ser a base de toda a fé professada pela Igreja. Sua crítica residia no fato de o poder papal extrapolar inclusive os ensinamentos deixados por Cristo na Bíblia e se colocar, com isso, acima de toda e qualquer autoridade terrena ou divina, de modo que mesmo a onipotência de Deus não estava totalmente livre de seu poder, o que não poderia ser admitido.

O desvirtuamento dos ensinamentos de Jesus Cristo narrados nos Evangelhos para regras eclesiais e do direito canônico mostra como esse problema tomou grandes proporções e se tornou central a ponto de se deixar de lado a vida de Cristo e sobrevalorar, mais do que ela, os regramentos e bulas editados pela Igreja, isto é, ignorava-se a Cristo para prevalência das determinações humanas – e mundanas – sobre um Cristo totalmente diferente e distante daquele descrito nas Sagradas Escrituras e visado pelos franciscanos quando de sua tentativa de segui-lo como exemplo.

Umberto Eco, em sua magistral obra “O Nome da Rosa”, mostra num fictício debate entre frades franciscanos, em que participam, dentre outros, Ulbertino e Guilherme de Baskerville, como João XXII – retratado pela obra como sendo o herege sagaz – distorcia, por suas bulas, o exemplo de Cristo para justificar a riqueza da Igreja, sobretudo em *Ad conditorem canonum* (1322), *Cum inter nonnullos* (1323) e *Quia quorundam mentes* (1324), em que desenvolvia sua argumentação jurídica neste sentido<sup>3</sup>. Assim colocou Umberto Eco:

<sup>2</sup> Sobre a constituição duma forma de vida pautada na extrema altíssima pobreza, assim coloca Giorgio Agamben: “A reivindicação da pobreza, presente em todos os movimentos e que em si não é certamente nova, nada mais é do que um aspecto desse modo ou forma de vida, que impressiona sobremaneira os observadores. [...] Contudo, ela não representa, como acontecia na tradição monástica, uma prática ascética ou mortificatória para obter a salvação, mas é agora parte inseparável e constitutiva da vida “apostólica” e “santa”, que eles afirmam praticar em perfeita alegria”. (AGAMBEN, 2014, p. 98).

<sup>3</sup> GUERRA FILHO, 2009, p. 86).

E verás que palácio mandou construir para si, com riquezas que antigamente eram atribuídas somente ao imperador de Bizâncio ou ao Grande Khan dos tártaros. E entendes agora por que lançou todas aquelas bulas contra a ideia da pobreza. Mas tu sabes que levou os dominicanos, por ódio à nossa ordem, a esculpir estátuas de Cristo com a coroa real, a túnica de púrpura e de ouro e calçados suntuosos? Em Avignon foram expostos crucifixos com Jesus pregado por uma só mão, enquanto a outra toca uma bolsa pendurada à sua cintura, para indicar que Ele autoriza o uso do dinheiro para fins religiosos... (ECO, 1993, pp. 338-339)

Apesar de se tratar duma obra ficcional, esse trecho é muito significativo para mostrar a posição contrária de João XXII sobre a pobreza não apenas dos frades franciscanos, mas como um todo, de forma geral, embora igualmente contendo uma clara resposta a Ockham e suas teses. A heresia demonstrada por João XXII em colocar Cristo pregado por uma única mão para que a outra possa apontar o dinheiro, significava também a afirmação das riquezas mundanas em detrimento de toda riqueza espiritual que poder-se-ia ter sem seguir os seus ensinamentos (e, lembre-se, que foi por uma bolsa com 30 moedas de prata que Judas Iscariotes traiu a Jesus, sendo que neste momento Ele estaria a consagrar esse símbolo da traição como possibilidade em sua Igreja).

A forma-de-vida franciscana se apresentava como problema de primeira ordem ao poder centralizador do papa por estar no sentido oposto ao que ele defendia e a justificação para sua continuidade foi colocar este poder em funcionamento contra os franciscanos, ou seja, se o embate ocorre diante do poder papal e de sua inapropriada negação da pobreza franciscana se lastrear no exemplo de Cristo, João XXII procura o oposto, forçando que os franciscanos (i) criassem uma ordem e se regrassem de acordo com os preceitos eclesiásticos e do direito canônico ou (ii) simplesmente ingressassem numa ordem já existente e que já possuísse em seu interior regras de convivência aprovadas pela Igreja. Em ambos os casos, inverter-se-ia a lógica franciscana e a vida seria regrada, não mais sendo possível somente o simples seguir a Cristo.

Para tanto, João XXII utilizou-se de tergiversações do texto bíblico para legitimar seu poder, como por exemplo valer-se de interpretação errônea da passagem sobre as duas chaves no Evangelho segundo São Mateus: “Eu te darei as chaves do reino dos céus. Tudo o que ligares sobre a terra será ligado nos céus” (Mt. 16, 18)<sup>4</sup>, de modo que, assim, João XXII justificava como o poder temporal e divino estavam com ele concentrados. A Sagrada Escritura foi utilizada pelo papa como forma de legitimar o poder temporal partindo da imediata imposição divina. Este poder e, sobretudo, a contraposição de Guilherme de Ockham terá repercussões intensas nos séculos seguintes e se estenderá até a modernidade e nas determinações que a teologia política se constituirá e buscará suas formas.

Nesta toada, se os franciscanos defendiam o *usus pauper* das coisas – o uso, a posse precária, sem ter em contrapartida a sua propriedade – a altíssima pobreza foi colocada em questionamento por João XXII exatamente neste ponto, quando este, valendo-se de toda autoridade de seu poder usurpado da errônea leitura bíblica por ele realizada, consagra em suas bulas a impossibilidade de se usar ou possuir ainda

---

<sup>4</sup> BÍBLIA, 2015.

que precariamente sem ter a propriedade, o que será tido como ponto-chave na modernidade e na ótica do capitalismo de consumo.

O uso, enquanto oposto ao direito de propriedade, não aparece de forma alguma definido. Assim, não causa estranheza que, como vimos, Hugo possa apresentar a condição franciscana, mesmo sendo talvez, ironicamente, ainda em termos jurídicos, como o direito de não ter direito algum. (AGAMBEN, 2014, p. 128)

Este direito negativo sustentado pelo próprio Ockham é que dará lastros ao direito subjetivo de não ter direitos pretendido pelos franciscanos. Aqui, opera-se uma total inversão do que se compreendia do conceito de “*jus*”: ele não mais será tido como a *potestas* do sentido romano – o poder de requerer juridicamente perante os tribunais a propriedade dum bem –, mas sim como um direito subjetivo do ser humano, num sentido próprio do que temos na modernidade.

O direito de não possuir direitos – salvo no caso da extrema necessidade, colocada como a absolutização da exceção pelos franciscanos –, foi consagrado como direito natural irrenunciável por ser advindo de Deus, como todo direito natural realmente o é, conforme se posicionou Guilherme de Ockham e apontava como, na visão ockhamiana, seria possível a renúncia dos franciscanos ao direito positivo, uma vez que este direito era afastado por ser criação humana, constando daí a possibilidade de se negar o direito para manter-se unicamente em posse do direito natural irrenunciável concedido a todos por Deus desde a criação.

É o poder da vontade que se manifesta enquanto possibilidade de se negar o direito positivado, seja ele civil, presente nos cânones ou nas bulas eclesiásticas, todos decorrentes não da graça divina, estando de modo inverso a possibilidade vislumbrada sobre o direito natural, isto é, não poderia ser negado ou ignorado por ser um direito não-jurídico, encontrando-se além dessa constatação humana, por ser ele obra divina, a *opus Dei* em operação. Esse é o sentido conferido por Ockham no giro com relação ao significado de “*jus*” e sua decisiva mudança da dogmática romana positiva para sua reinserção como possibilidade de negação do direito positivo.

Os desdobramentos dessa assertiva de Guilherme de Ockham foram fundamentais para gerar a contraposição papal não apenas ao desvirtuamento teórico pressuposto para o sintagma “*jus*”, como também e muito provavelmente a principal causa, de não se poder conferir que referido termo pudesse ser utilizado para justificar a pobreza franciscana, pois intimamente considerado ao direito de propriedade, reverberação essa que será fundamental nas bulas papais para rebater o posicionamento ockhamiano acerca do *usus pauper* e do direito natural de não possuir direitos.

O problema revelado por João XXII, percebe-se, encontrava-se na linguagem. Toda a querela franciscana, assim, circundava o sentido da palavra “*jus*” e como esta querela verbal se intensificaria, na visão papal, na defesa da propriedade como possibilidade, haja vista que Cristo não havia negado, segundo sua concepção, o possuir bens, defesa esta que não somente demonstrava sua posição frente às riquezas – por ser ele de origens financistas – e ao mesmo tempo da situação da própria Igreja Católica, que possuía inúmeras propriedades em toda a Europa.

De se notar é que, apesar de João XXII ter dado um “giro positivista”, ao afirmar seu poder de romper com o que já estava estabelecido por seus antecessores, criando direito novo através de suas bulas, para ele, nesse ponto, não havia propriamente inovação, mas tão-somente retificação do emprego de termos jurídicos em seu sentido técnico, negligenciado por seus antecessores. Para João XXII, o *usus* que se garantia aos franciscanos de seus bens resultava em um *jus utendi et fruendi*, pelo qual se definia a verdadeira propriedade, e o sentido diverso a ele atribuído era puramente *verbale, nudum et aenigmaticum*. Isso porque não se justificaria um usufruto desvinculado *ad aeternum* de um título jurídico que o amparasse, i. e., de um direito de propriedade, sendo ele que se transfere, e não o simples uso. Mesmo das coisas consumíveis, como a água e a comida, os franciscanos, como todas as pessoas, tinham propriedade, pois também aí o *uti* não era de se distinguir do *abuti*, nem o uso da propriedade, já que os atos de comer e beber não seriam justos, se não estivessem amparados em um título jurídico, isto é, se não se amparassem em seus respectivos *jura*. (GUERRA FILHO, 2009, p. 86)

Ao explicar o não-jurídico pelo jurídico<sup>5</sup>, Guilherme de Ockham gera a ira da Igreja e ainda mais do Papa João XXII, haja vista que este também fundamentava o seu poder jurídico de maneira não-jurídica, partindo do pressuposto divino – do qual é ele também o representante – para justificar o poder civil e eclesial que se centrava em sua herética figura<sup>6</sup>, concentrando não somente o poder tido como terreno, como avocando para si o poder divino e o justificando, inclusive, com símbolos e coroas pagãs como forma de demonstração do seu poder.

A resposta de Ockham a esta heresia de João XXII se encontra no texto ao qual o próprio papa se manteve distante: a Bíblia e os ensinamentos de Jesus Cristo. O papa como vigário de Cristo, afirma Guilherme, não herda sua onipotência, que por sua vez não se colocou contra e enfrentou a lei mosaica para que, séculos depois, seus seguidores estivessem sob o jugo de leis ainda mais tirânicas editadas por aqueles que deveriam estar a serviço da vida em Cristo, que é fonte de liberdade, enquanto os “tiranos” que se sentam no trono de Pedro usurpam a autoridade de Cristo para atentar contra os direitos e liberdades que os homens receberam diretamente de Deus<sup>7</sup>.

Não se podia admitir, assim, que o papa tivesse atribuições maiores do que o próprio Cristo quando esteve na terra. O poder que o bispo de Roma concentrava no

---

<sup>5</sup> Temos como exemplo desta posição ockhamiana o tratado pelo Professor Willis Santiago Guerra Filho: “A obra de Ockham vai então sugerir que não se considere o jus apenas como a quota de bens que nos cabe, por determinação do direito positivo ou natural, a qual podemos reivindicar perante tribunais, já que temos para isso uma potestas vindicandi, pois esse é o jus fori, nascido ex pactione, convencionalmente, do direito positivo humano, havendo também o que já Agostinho deferminou jus poli (embora se referindo ao sentido objetivo do Direito), o qual é a permissão ou faculdade que nos vem do céu (polus), da natureza pela razão e do direito positivo verdadeiramente divino para usarmos os bens com despojamento, sem ser por eles possuídos, abdicando mesmo de sua defesa perante tribunais, como preconizou Jesus Cristo. É essa posse a título precário, permitida pelo verdadeiro proprietário – no caso, Deus –, que os franciscanos teriam, individual e coletivamente, enquanto ordem: um direito em sentido moral, mas não naquele propriamente jurídico” (GUERRA FILHO, 2010, p. 344).

<sup>6</sup> Ainda na obra de Umberto Eco, interessante constatação sobre a grande concentração de poder do Papa João XXII quando narrado as formas de coroas utilizadas por ele para ilustrar sua posição soberana na terra: “No início do milênio o papa Hildebrando assumira uma, com a inscrição Corona regni de manu Dei, o infame Bonifácio acrescentara-lhe logo depois uma segunda, inscrevendo nela Diadema imperii de manu Petri, e João não fez senão aperfeiçoar o símbolo: três coroas, o poder espiritual, o temporal e o eclesiástico. Um símbolo dos reis persas, um símbolo pagão...”. (ECO, 1983, p. 339).

<sup>7</sup> Cf., neste sentido: BARAQUIN, 2007, p. 129.

período medieval era maior do que o de Jesus Cristo, mesmo o segundo sendo considerado o filho de Deus e o primeiro um mero instrumento das vontades divinas.

A discussão sobre o poder e o não-poder traz implicações inúmeras na filosofia política ockhamiana, isto porque o filósofo apoiou Luís IV da Baviera, que havia sido preterido por João XXII que não o coroou imperador do Sacro Império Romano Germânico, sendo este mesmo Luís IV simpático à causa franciscana da altíssima pobreza, sobretudo por estarem à perfeição dos Apóstolos, ou seja, que a ênfase na pobreza era algo estritamente espiritual acima de qualquer questão material o que, de forma direta, impactava nas questões terrenas da riqueza que não possuíam – trazendo novamente o ponto sobre o direito de propriedade e o direito negativo de não possuírem direitos – o que, de maneira geral, é positiva para qualquer príncipe, rei ou imperador que podia, com isso, aumentar os seus domínios sem a interferência direta da Igreja.

Refutar o poder do papa no período medieval se configurava de extrema periculosidade, tanto que Ockham foi julgado em processo que perdurou por três anos, tendo ele sido acusado de atentar contra Cristo e cometer heresias por conta de suas teses que não se coadunavam com a visão da Igreja do que seriam os verdadeiros preceitos e dogmas cristãos, aos quais ele negava pela altíssima pobreza, o *usus pauper* e por não reconhecer no poder do papa a verdadeira autoridade de Jesus Cristo.

O poder é recorrente nos escritos políticos de Guilherme de Ockham. Ela esteve quase sempre ligada à pergunta sobre a *plenitudo potestatis*, isto é, sobre a pretensão de poder ilimitado por parte do papa e, por consequência, aos limites entre o poder religioso e o poder civil, poderes esses que, personificados em seu tempo nas figuras do sumo pontífice e do imperador, haviam entrado em rota de colisão. (BONI, 2006)

A concentração não apenas do poder, como também a dominação pelo direito – canônico, eclesial e divino – não estavam de acordo com os preceitos fundamentados por Jesus Cristo em seus ensinamentos e na mensagem passada por seus apóstolos. O cristianismo se apresentava como algo diverso daquilo do que foi pregado por seu fundador. O absolutismo eclesiástico, defendido pela maioria dos teólogos e juristas do período levava ao poder extraordinário do papa e, quem o contestava como Guilherme de Ockham, enfrentava processos sob acusação de heresia.

O raciocínio ockhamiano pressupõe que o poder extraordinário do papa acaba por vir tanto do direito canônico, como do próprio direito temporal, em que todas as suas funções essencialmente cristãs encontram-se no direito canônico e a convalidação do direito humano, por meio dos príncipes e imperadores, como parte do direito positivo no âmbito civil, todos validados, na ótica bulada de João XXII, pelo poder divino ao qual ele também era o seu herdeiro. A confusão ao qual o filósofo inglês chamou atenção foi o fundamento primeiro e necessário para que este poder se legitimasse.

O ideal inovador e reformador de Guilherme de Ockham será visto com maior aceitabilidade e preponderância nos séculos seguintes que, com a ascensão da Renascença e do capitalismo mercantil, trará fortes implicações teológicas, políticas e jurídicas na ciência o que, finalmente, desembocará nos desdobramentos do fim da Idade

Moderna e nas disposições de um novo direito e de uma nova economia – a *oikonomia* – alinhados ao capitalismo de consumo do Século XX<sup>8</sup>.

### 3 DECORRÊNCIAS POSTERIORES DA FILOSOFIA POLÍTICA OCKHAMIANA

Guilherme de Ockham não foi um pensador do seu tempo. Seus estudos trouxeram à baila debates que não eram feitos no período e, ainda que considerada a Baixa Idade Média, estavam longe de ser colocados em primeiro plano de discussões devido aos resultados que poderiam acometer na contestação do poder papal numa Europa dominada pela Igreja Católica. Ockham, o *doctor invencibilis* e *venerabilis inceptor*<sup>9</sup>, inseriu os epítetos da modernidade e consagrou, na sua concepção da epistemologia, as vias que a ciência e a política se debruçariam pelos séculos seguintes.

O pensamento ockhamiano possui grande relevância para os eventos que se seguiram ao fim da Idade Média e ascensão da Renascença, bem como na forma com que o poder será considerado neste mesmo período, haja vista que, com o enfraquecimento – mas não desaparecimento – da Igreja Católica, novas formas de concepção de seus dogmas começam a surgir. Se, durante o papado de João XXII, a grande discussão se deu em torno de serem os franciscanos uma ordem ou não, agora o embate extrapolará os muros do catolicismo, ou seja, não acontecerá somente no âmbito dos dogmas, cânones e da doutrina católica, ganhando novas roupagens e novas personagens marcantes da história moderna.

O paradoxo medieval proposto por Guilherme de Ockham será tratado como o paradigma da modernidade, sobretudo pelo alcance ainda atual de sua filosofia. Na fase de transição especificamente entre o medieval e a renascença, entretanto, o embate entre os conceitualistas – ou nominalistas – ao qual Ockham integrava e os realistas ainda agitava o ambiente e foi nesta conjuntura de quebra com o ideal unitário cristão que Martinho Lutero (1483-1546), monge agostiniano saxão e discípulo do ockhamiano Gabriel Biel (1424-1495), se inspira nos ensinamentos e na filosofia reformadora de Ockham para propor, ele próprio, sua *Disputatio pro declaratione virtutis indulgentiarum* (“Disputação do Doutor Martinho Lutero sobre o Poder e Eficácia das Indulgências”), no qual constam as 95 teses apresentadas por Lutero em 1517 contra as práticas abusivas encontradas na Igreja Católica.

O ideal reformador de Guilherme de Ockham acaba sendo, portanto, a base de Lutero para propor a Reforma Protestante. O contínuo aumento do poder papal e, por conseguinte, da Igreja como um todo – até mesmo porque os bispos, padres e

---

8 Tem-se, segundo a leitura de Giorgio Agamben, a importância do Papa João XXII para essa manifestação quando se coloca contrário às determinações dos franciscanos do direito negativo do *usus pauper*, o não-direito: “Ao opor radicalmente uso e consumo, João XXII, com uma inconsciente profecia, oferece o paradigma de uma impossibilidade de usar que encontraria sua realização completa muitos séculos depois na sociedade de consumo. Um uso que nunca é possível ter e um abuso que sempre implica um direito de propriedade e é, portanto, sempre próprio, definem o cânone do consumo de massa. Contudo, dessa maneira, talvez sem se dar conta disso, o pontífice também revela a verdadeira natureza da propriedade, que se afirma com a máxima intensidade no momento em que coincide com o consumo da coisa”. (AGAMBEN, 2014, p. 135).

9 Por questões políticas envolvendo João XXII, Guilherme de Ockham não atingiu o grau supremo de mestre da doutrina teológica. Foi assim considerado nos séculos seguintes devido, apesar disso, sua grande contribuição para a teologia, a filosofia e a política, inserindo a via moderna e questões preponderantes sobre a epistemologia, a ciência e o paradigma da subjetividade.

monges, tendo o respaldo papal, agiram de acordo com este poder absoluto – encontrava-se além de qualquer possibilidade verdadeiramente cristã. Não se justificavam mais, nas ações da Igreja, preceitos verdadeiramente religiosos, sendo antes de tudo questões políticas e jurídicas, contrariando assim o preceituado por Jesus Cristo e, inclusive, o alcance dos reais poderes que ele legou a Pedro.

Mesmo aqueles poderes, que ele possuiu como salvador, não foram todos conferidos a Pedro e aos sucessores de Pedro. Seis foram os poderes que ele legou à sua Igreja: (1) o poder de consagração da eucaristia; (2) o poder de administrar os sacramentos; (3) o poder ou ofício do apostolado; (4) o poder de correção do pecador no foro externo pela repreensão e até mesmo pela excomunhão, mas sem força coercitiva; (5) o poder de distribuir os ministros quanto à jurisdição eclesiástica; (6) o poder, ou direito, de receber o necessário para a vida. (BONI, 2006)

Dois itens são muito interessantes para o tratante neste contexto: o poder de correção sem força coercitiva e o poder/direito de receber apenas o necessário para a sobrevivência. O primeiro é o oposto daquele praticado pelo Tribunal do Santo Ofício, em que a inquisição utiliza-se das mais variadas formas de infringir dores corporal e fisicamente nos acusados – embora a pena capital fosse aplicada pelo poder do príncipe – e o segundo igualmente oposto ao que o papado – como visto com João XXII – pregava acerca das riquezas e propriedades da Igreja, principalmente pela questão do “receber” o necessário. Numa interpretação mais alongada deste último preceito, poderíamos nos indagar sobre o alcance do termo “necessário” e, assim, constataríamos que a particularidade desse alcance determinaria o *quantum* necessário para cada membro da igreja.

Novamente, se o problema encontrado por João XXII sobre a pobreza franciscana se revela na linguagem da acepção de “*jus*”, aqui também podemos considerar o alcance do que é ou não necessário para a vida: aos franciscanos é o direito negativo de nada possuir, enquanto para o papado de Avignon é a propriedade, sem o qual não se poderia usar ou possuir, não havendo, portanto, a necessidade da forma-de-vida franciscana quando colocada em contraponto com a necessidade da propriedade, já que, segundo as bulas papais de João XXII, é impossível consumir sem a propriedade do bem que se consome, algo que se tornará a tônica do capitalismo de consumo do Século XX, mais de quinhentos anos após as afirmações deste papa.

O poder extremado, nesta conjuntura, é o grande mote de discussões que tomará o cenário renascentista. O alcance da Reforma Protestante de Martinho Lutero se deve muito à filosofia política de Guilherme de Ockham e sua forma de contestação do poder papal, o que em grande parte pode ser atribuído ao conceitualismo ockhamiano: em havendo a redução da distinção entre os muitos conceitos existentes – inclusive no tocante a fundamentação e forma de legitimidade do poder terreno e divino do papa – o pensamento lógico, metafísico e teológico ganha novas e outras determinações que não aquelas exclusivas da escolástica decadente do Século XIII, colocando como ponto central dessa conclusão o empirismo com lastros no que pode ser epistemologicamente conhecido por meio do que é singularmente sensível, não havendo, por isso, o conhecimento do universal – somente possível quando do conhecimento do próprio singular – recaindo seu pensamento no ceticismo e na sobрева-

lência do ser humano para o conhecimento das proposições verdadeiramente necessárias e não procurar o que é necessariamente verdadeiro.

Na via de concordância do que foi a Reforma Protestante e das teses de Martinho Lutero encontraremos como a fé – e, por conseguinte, as questões de cunho espirituais interiores – não devem ser colocadas como modelos de confissão sacramental externas – como com relação às vendas de indulgências – o que deturpava o sentido dos ensinamentos de Cristo. São três os princípios que guiam Lutero em sua contestação da Igreja Católica: *Sola Scriptura* (contingência da autoridade), *Sola Gratia* (doutrina da predestinação) e *Sola Fide* (doutrina da justificação)<sup>10</sup>, que recaem novamente no pensamento ockhamiano quanto ao poder, ao indivíduo enquanto consciência particular e a fé enquanto fundamentos da vida cotidiana e, conseqüentemente, da constante busca por Deus através do próprio Deus, isto é, o poder papal e da Igreja deve ser o de guiar o rebanho e não de controle extremado do pecado. A Igreja Universal, portanto, estaria onde os cristãos estivessem e não apenas onde estivesse o papa, tudo isso convergindo ao turbilhão de acontecimentos da renascença.

O desenvolvimento econômico das cidades, o surgimento da burguesia comerciante ou mercantil, o crescimento da classe dos trabalhadores pobres, mas livres (isto é, sem laços de servidão com os senhores feudais), a Reforma Protestante que questionara o poder econômico e político da Igreja, as revoltas populares, a guerra entre potências pelo domínio dos mares e dos novos territórios descobertos, a queda de reis e de famílias da nobreza, a ascensão de famílias comerciantes e de novos reis que as favoreciam contra os nobres, todos esses fatos evidenciavam que a idéia cristã, herdada do Império Romano e consolidada pela Igreja Romana, de um mundo constituído naturalmente por hierarquias era uma ideia que não correspondia à realidade. (CHAUI, 2000, p. 516)

Muitas dessas assertivas não tratam diretamente do poder e da crítica ockhamiana sobre o mesmo, mas encontram-se ligadas de maneira essencial ao que Guilherme propôs acerca da teologia enquanto ciência e da forma com que ela se dará para alcançar a Deus: Ele não está no plano material – o que leva Ockham a refutar todo o pensamento que procura provar a existência de Deus –, vez que somente se pode alcançá-lo pela fé, no plano da revelação das coisas vindas de Deus, o que para o ser humano é ininteligível, com exceção do caminho da fé.

A contestação ao poder econômico e político da Igreja Romana pela Reforma Protestante foi fundamental para o desenvolvimento do que se seguiu na modernidade, tanto no desenvolvimento do pensamento político, como igualmente na emergência econômica do capitalismo, em sua primeira fase mercantil e seguido da era industrial. É este o cenário que o renascimento trará com o fim do monopólio da fé pela Igreja Católica e pela questão da particularidade da fé, com proeminência do ser humano como sujeito de direitos e liberdades, estas conferidas por Deus, que desembocarão no que Ockham colocará como direitos subjetivos. Seu paradigma da subjetividade será igualmente um paradigma do moderno.

O poder da vontade, com isso, será o primado ockhamiano que fundamentará o direito subjetivo e trará, de outra via, a legitimidade com que o direito objetivo abro-

<sup>10</sup> (FERREIRA, Diego, 2016, p. 276).

dará essa complexidade de conceitos, liberdades e direitos conferidos por Deus ao ser humano<sup>11</sup>. O subjetivismo com o nominalismo/conceitualismo de Guilherme de Ockham estão em posição diametralmente opostas ao realismo presente no medievo, realismo este que, conforme abordado, causava confusão entre o poder temporal e o divino, deixando-se a realidade nebulosa e impossível de ser compreendida.

Neste cenário de reformas e contrarreformas, o poder centralizador do catolicismo não mais se mantém numa realidade diferente daquela que existia séculos antes e que ainda perdurava durante a Baixa Idade Média, quando Guilherme tece suas críticas políticas e fomenta seu pensamento filosófico. Quando o ockhaminismo passa a ganhar adeptos, contudo, vemos como a mudança da concepção pretendida pelo filósofo foi salutar aos deslindes que se seguiram nos campos da epistemologia e, principalmente, da política, da economia e do direito.

Sua assertiva da prioridade do poder da vontade, tal como postulam da divindade por ser, acima de tudo (e todos) onipotente, termina por gerar a concepção de uma esfera privada ou social como diversa daquela pública ou estatal, agora separadas pelo modo como desconectam a forma da matéria, de maneira absolutamente inovadora na história do pensamento, da filosófica cosmocêntrica antiga dos gregos, com Aristóteles à frente, ao teocentrismo medieval, cujo expoente máximo é Tomás de Aquino. Surge assim o formalismo que em matéria de ética tornará o comportamento bom por estar de acordo com uma norma, na ausência de qualquer possibilidade de se saber o que só Deus sabe, isto é, o bem, assim como a justiça, que no campo do direito será também o que estiver determinado nas normas, normas estas editadas, no campo político, por um poder que deverá se apoiar externamente, inicialmente no próprio Deus, para se impor internamente, enquanto soberano. (GUERRA FILHO, 2009, p. 84)

A identificação da incidência dos pressupostos ockhamianos e dos embates no qual o filósofo se envolveu com a Santa Sé e, sobretudo, com o Papa João XXII são perceptíveis na realidade política e econômica dos séculos seguintes. A quebra proporcionada pelo pensamento de Guilherme de Ockham, mais do que influenciar o precursor da Reforma Protestante, foi preponderante para que o subjetivismo tomasse corpo no pensamento ocidental, paradigma este que é, na modernidade, responsável pela concepção epistemológica sobre a relação entre sujeito e objeto do conhecimento que, de forma direta, relacionam-se com a forma de poder estabelecido.

Transpondo ao campo do político e do jurídico, podemos perceber claramente como esta assertiva está de acordo com o que encontramos na formação do Estado moderno e, inclusive, com o surgimento do conceito de Nação para especificar sua inserção no novo modelo de pensamento. Tanto é que a onipotência da soberania será de capital importância no desenvolvimento do liberalismo econômico e político, bem como no assentamento do capitalismo mercantil e da ótica do consumo que veremos de maneira fortemente presente no Século XX.

---

<sup>11</sup> Podemos citar, no seguinte sentido: “Eis que em Ockham o ser humano, criado à imagem e semelhança de Deus, que se caracteriza por sua onipotência e liberdade absoluta, será ele também dotado de potestades (‘dignidades’) e liberdade, que se traduzirão em um complexo de direitos subjetivos, o novo fundamento do Direito (objetivo)”. (GUERRA FILHO, 2010, p. 344).

A teoria da Soberania nasce e se desenvolve à sombra da gênese do Estado Moderno, em meio a litígios travados com outras ordens normativas concorrentes, quando da transição da Idade Média para o período moderno. Processo que não ocorreu de forma linear, evolutiva sem rupturas ou descontinuidades, mas com ritmos e intensidades desiguais no espaço e no tempo, a depender das configurações sociais, políticas, religiosas e culturais das sociedades. (ALBUQUERQUE, 2007, p. 209)

A possibilidade de visualizarmos a onipotência divina na estruturação do Estado moderno pode ser considerada de diversas maneiras. Tem-se, como já estudado, a inserção dos preceitos econômicos e jurídicos enquanto modelos que, embora estruturais na discussão entre franciscanos e a Cúria da Igreja Católica, desembocariam nos debates envolvendo o direito de propriedade. O mesmo pode-se dizer da autonomia da vontade e de como sua relação com o direito negativo, o direito de não possuir direitos, influiria no paradigma da subjetividade e no seu complexo desenvolvimento em direitos subjetivos que, posteriormente, forneceriam as bases ao direito positivo que se consubstanciaram no que encontramos nos ideários político-jurídicos da Revolução Gloriosa, no Século XVII, na Independência dos Estados Unidos e na Revolução Francesa, ambas no Século XVIII, bem como se fariam presentes na forma econômica, nas Revoluções Industriais que se seguiram.

Desta forma, a teologia política se mostra de essencial importância na compreensão da modernidade, ao indicar como a política, como as relações estabelecidas entre os Estados e, para utilizar um termo moderno, as relações entre as Nações, ocorrem e se formam seguindo os preceitos constantes da religião e, em caso do ocidente, como o cristianismo, seja nas suas pretensões católicas ou protestantes, com suas diversas ramificações, se encontra com total sintonia na formação do Estado e nas manifestações do direito público, algo que foi tema do pensamento schmittiano e que guarda referência com os pressupostos já aqui levantados.

Nas diversas variações sempre se repete a antiga definição: soberania é o poder supremo não derivado e, juridicamente, independente. Tal definição pode ser aplicada aos mais diversos complexos sociopolíticos e ser colocada a serviço dos mais diversos interesses políticos. Ela não é a expressão adequada de uma realidade, mas uma fórmula, uma marca, um sinal. (SCHMITT, 2006, p. 51)

Soberania é o poder supremo não derivado e juridicamente independente, tal qual a aceção ockhamiana de Deus, já que, se houvessem dependência ou subordinação, a onipotência – e a concepção do Deus Absoluto – estaria em risco e nem mesmo existiria. A função do Estado Moderno – da Nação – é ter um governo que desempenhe esse papel, tendo na relação do poder constituinte sua máxima supremacia, assim como é possível também enxergar essa prevalência da religião nas questões econômicas do capitalismo, seja com o pensamento weberiano da ética protestante ou ele próprio assumindo-se enquanto religião, como na concepção benjaminiana.

Ainda sob a ótica de Carl Schmitt, temos a importância que o legislador possui na modernidade, em que sua posição no Estado encontra-se numa relação teológica de onipotência com relação ao seu papel, sendo teológica sua atuação, não apenas

num sentido linguístico do termo<sup>12</sup>. É com esta perspectiva, também, que o mesmo jurista enxerga a soberania, num mesmo grau de onipotência como quanto ao legislador, vez que “toda soberania”, escreve Carl Schmitt, “age como se fosse infalível, todo governo é absoluto – uma frase que um anarquista teria podido pronunciar expressamente, mesmo que, também, com outra intenção” (SCHMITT, 2006, p. 51), o que carrega grande significado teológico, no sentido de que caminham na direção da infalibilidade, em que o governo é absoluto em sua constrição temporal.

#### 4 CONCLUSÃO

O pensamento ockhamiano tem grande relevância no desenvolvimento posterior dos séculos seguintes, especificamente nas considerações sobre o direito – tanto subjetivo como positivo –, da propriedade, do paradigma da subjetividade e das questões epistemológicas acerca do conhecimento e da ciência, implicações estas que culminam nos pontos mais fundamentais de sua filosofia política e das relações que estas estabeleceram com o poder e suas peculiaridades.

Os embates decorrentes da visão de Guilherme de Ockham contrariavam os dogmas eclesiais e o colocaram na linha de frente da Igreja Católica ao criticar abertamente o extremo poder do Papa João XXII e de como esse poder, que se concentrava no civil, eclesial e divino, era inserido pelo próprio pontífice na ordem existente. Ordem que, aliás, foi o grande mote que levaram as construções filosóficas e jusfilosóficas de Ockham ao procurar, por meio delas, justificar a altíssima pobreza franciscana em detrimento da imensa riqueza que a igreja acumulou e permanecia acumulando ainda na Baixa Idade Média.

As implicações dessas colisões foram muitas e reverberaram de imediato, como quando Martinho Lutero e a Reforma Protestante lançam novas considerações, no Século XVI, sobre a fé e o poder eclesial e como estes não se coadunavam com os preceitos do cristianismo. Mesmo com a Contrarreforma lançada pela Igreja Católica, o baque protestante e contestatório do seu poder e monopólio da fé logo se alastrou pela Europa e, com as grandes navegações, rompeu as fronteiras europeias e alcançou também o novo mundo.

Nestas considerações, é importante percebermos como a soberania é tratada pela filosofia ockhamiana. O poder e o não-poder do Papa João XXII estava em constante choque com as disposições políticas, haja vista que concentrava em si não apenas a atribuição de ditar os cânones e elaborar o direito canônico, como igualmente possuía o poder terreno de abençoar o imperador do Sacro Império Romano-Germânico, fato este muito significativo, já que sem essa “aprovação”, não seria possível que se assumisse o trono, fazendo da coroação mundana e terrena o momento em que o extremado poder papal aparecia em todas as vertentes possíveis: civil, eclesial e divina, gerando a grande confusão que levou Ockham a questionar esse poder e o papel as-

---

<sup>12</sup> Podemos assim definir, de acordo com Carl Schmitt: “A “onipotência” do legislador moderno, sobre a qual se ouve em todo manual de Direito público, não provém da teologia somente de forma linguística. Mas, também, nos detalhes da argumentação surgem reminiscências teológicas. Em geral, obviamente, em intenção polêmica. Na era positivista, gosta-se de repreender o opositor científico por praticar teologia ou metafísica”. (SCHMITT, 2006, p. 37).

sumido pelo sumo pontífice que não encontrava respaldo algum nos ensinamentos de Jesus Cristo.

O que se viu nos séculos seguintes e, sobretudo, com o advento do iluminismo e dos pensadores contratualistas, foi o debate de como a soberania e o poder deveriam ser inseridos na sociedade, seguindo em muito o modelo de teologia política que é oriunda desse período. Embora a Igreja Católica e o Papa tenham perdido esse poder, certo é que podemos encontrá-lo na política, que avocou para si muitas dessas disposições para estabelecer, legitimar e assentar o poder político. Como em Thomas Hobbes, o Estado Civil culminará num Estado Eclesial, e a teologia política aparece como forma primeira de se analisar essas disposições. É a construção do Reino e da Glória, transplantados da forma paulina religiosa para sua implantação no mundo terreno e pagão.

O preconceito existente em Ockham é duplo: por alguns, visto como um filósofo medieval e por outros é chamado de “moderno” em tom pejorativo, o que tornam parcos os trabalhos em torno deste importante pensador que, sobretudo, modificou as bases do pensamento ocidental e abalou as relações de poder até então existentes, fatores que ainda na atualidade se constituem como preponderantes para compreensão da realidade jurídica e política. Importante também é ainda a contribuição no tocante à teologia política e nos desenhos de estabelecimento do Estado nestes moldes, denotando que tanto o preconceito como os escassos estudos sobre Guilherme devem ser reavaliados e revertidos em formas de se (re)apre(e)nder a gênese da modernidade e as suas opções políticas e, portanto, os desdobramentos de poder que moldam e estruturam as nossas sociedades e seus respectivos sistemas jurídicos.

Suas ideias precursoras de um conceito que inibe o poder absoluto como legítimo são fundamentais para serem retomadas atualmente num contexto onde, internacionalmente, as democracias presenciam um fenômeno de ascensão de propostas mais autoritárias que se desenvolveram dentro dos próprios sistemas democráticos – e como reação a diversas “falhas” destes sistemas – onde as promessas da modernidade e da construção de uma sociedade mais justa, fraterna, igualitária, com menos desigualdade, não se cumpriram. Nesse sentido, as ideias de Guilherme de Ockham apontam para a origem desse dilema, onde o filósofo defendeu de forma corajosa a necessidade de se instituir e legitimar um poder que não fosse totalizante e fundamentado para além do ser humano.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. *O Estado Moderno e as Antinomias do Liberalismo: democracia e repolitização da soberania*. In: **Revista NOMOS**. Edição Comemorativa dos 30 anos do Mestrado em Direito / UFC. 2007 – 1 / Volume 26. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20366>. Acesso em: 29/11/2018.

AGAMBEN, Giorgio. **Altíssima Pobreza: Regras Monásticas e Forma de Vida** [*Homo Sacer IV*, 1]. São Paulo: Boitempo Editorial, 2014.

BARAQUIN, Noëlla; LAFFITTE, Jacqueline. **Dicionário Universitário dos Filósofos**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

BÍBLIA. Português. **A Bíblia de Jerusalém**. São Paulo: Paulus Editora, 2015.

BONI, Luis Alberto de. *O Não-Poder do Papa em Guilherme de Ockham*. In: **Veritas**. Setembro/2006, nº 3, vol. 51, pp. 113-128. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/viewFile/1834/1364>>. Acesso em: 13.abr.2017.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Editora Ática, 2000.

ECO, Umberto. **O Nome da Rosa**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1983.

FERREIRA, Diego Augusto Gonçalves. Guilherme de Ockham: *Paradoxo Medieval e Paradigma Moderno*. In: **Pensar-Revista Eletrônica da FAJE**. V. 7, n. 2 (2016): pp. 275-291. Disponível em: <<http://www.faje.edu.br/periodicos/index.php/pensar/article/view/3654/3755>>. Acesso em: 15.abr.2017.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Filosofia: Uma Introdução**. Teresópolis: Daimon Editora, 2009.

\_\_\_\_\_. *Epistemologia e Jusfilosofia em Guilherme de Ockham*. In: **(Re)Pesando o Direito: Estudos em Homenagem ao Professor Cláudio de Cicco**. (Orgs.) Alvaro de Azevedo Gonzaga e Antonio Baptista Gonçalves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

**Submetido em: 30 nov. 2018. Aceito em: 17 dez. 2018.**





# O QUE SE DIZ E O QUE SE CALA: A GOVERNANÇA ENTRE A FUGA DO DIREITO E A BUSCA PELO CONTROLE

*Salem Hikmat Nasser*

## Resumo

Mudanças conceituais, sugere Quentin Skinner, são simultaneamente índices e indutores de mudanças políticas.<sup>1</sup> Nosso discurso sobre o cotidiano opera escolhas, exclusões e deslocamentos que testemunham e promovem mudanças nas formas estabelecidas de apreender e significar a realidade.<sup>2</sup> Esse texto propõe que a ascensão recente do termo *governança* como conceito central para os discursos jurídicos, sobretudo no âmbito do Direito Internacional, não pode ser plenamente compreendida sem que se leve em conta o conjunto de mudanças valorativas que ela manifesta. A primeira seção analisa as vertentes de resignificação do termo *governança*, sobretudo em suas aplicações no campo jurídico. A segunda sugere que a nova semântica associada ao termo é marcada por uma fuga de formas tradicionais de organização político-jurídica. A terceira examina a hipótese de essa fuga representar uma tentativa de resposta ao tipo de complexificação que a globalização e as mudanças tecnológicas trouxeram às relações internacionais. A quarta seção aporta uma análise do impacto dessa nova percepção de governança sobre a ideia de regulação e a quinta concluiu com discussão dos desafios de operar controles de legitimidade e qualidade da governança.

---

Doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (2004), tendo defendido tese em que relacionava a noção de Soft Law ao estudo das fontes do direito internacional público. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1990), obteve um DSU - Diploma Superior da Universidade em Direito Internacional Privado e um DEA - Diploma de Estudos Aprofundados em Direito Internacional Público - da Universidade de Paris II - Panthéon Sorbonne (1992 e 1993). Desde 2004, é professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas - Direito SP, onde, em consonância com a proposta inovadora de ensino do direito da instituição, tem desenvolvido materiais didáticos e testado metodologias de ensino para as disciplinas relacionadas à regulação jurídica das relações internacionais. Sua agenda de pesquisas inclui investigações teóricas sobre o direito internacional público, hoje reunidas sob a temática geral de Rule of Law e Direito Internacional, o que inclui a fragmentação do direito internacional e a noção de regimes jurídicos transnacionais; o estudo do direito islâmico e suas relações com o direito internacional; a diversidade de representações do direito e sistemas jurídicos comparados. Alguns desses temas têm sido objeto de várias publicações e apresentações públicas. Tem igualmente investigado e discutido intensamente questões relacionada ao Oriente Médio e aos mundos árabe e muçulmano. Coordenador do Centro de Direito Global da Direito SP. Foi, em 2009 e 2011, respectivamente, pesquisador visitante do Lauterpacht Centre for International Law e do European University Institute.

<sup>1</sup> SKINNER, Quentin. Language and political change in BALL, Terence et al. **Political Innovation and conceptual change**. CUP, 1989, 1995. Pp. 6-23.

<sup>2</sup> GHIRARDI, José Garcez. Always invisible, yet obvious: the place of socially vulnerable citizens in Brazil's legal education. Estar sempre oculto, sendo óbvio: o lugar dos vulneráveis no ensino de Direito no Brasil in: Lena Kunz, Vivianne Ferreira Mese (Hrsg.) **Rechtssprache und Schwächerenschutz**, Seite 349 – 356 - 1. Auflage 2018, ISBN print: 978-3-8487-4316-2, ISBN online: 978-3-8452-8585-6, <https://doi.org/10.5771/9783845285856-349> GHIRARDI, José Garcez. Kunz / Ferreira Mese **Rechtssprache und Schwächerenschutz**. Org. Kunz, Lena & Mese, Vivianne Ferreira, 2018,

## Palavras-chave

Governança. Governo. Regulação. Direito Internacional

### WHAT IS SAID AND WHAT ISN'T: GOVERNANCE BETWEEN THE ESCAPE FROM LAW AND THE SEARCH FOR CONTROL

#### Abstract

Conceptual changes, suggests Quentin Skinner, are simultaneously indexes and inducers of political change. Our everyday discourse operates choices, exclusions and displacements which both testify to and promote changes in the way we apprehend and signify life. This paper argues that the recent rise in prestige of the word *governance* as a central concept in legal discourse, especially in International Law, cannot be fully understood without taking into account the set of value changes it manifests. The first section analyses instances of re-signification of the word *governance*, above all when used in Law. The second suggests that this new semantics bespeaks a movement of moving away from traditional forms of legal-political organization. The third examines the hypothesis that this moving away is an attempt to respond to the complexity globalization and technological changes have brought to international relations. The fourth offers an analysis of the impact that this new perception of governance has on the idea of regulation and the fifth concludes with a discussion on the difficulties to control the legitimacy and the quality of governance.

#### Keywords

Governance. Government. Regulation. International Law

“POLONIUS

O que é que está lendo, meu Príncipe?

HAMLET

Palavras, palavras, palavras.

*HAMLET, Ato II, cena 2<sup>3</sup>*

## 1 O SENTIDO DAS PALAVRAS

Alguns vocábulos parecem fadados a uma vida de indeterminação. Riqueza na poesia e da literatura, essa característica necessariamente polissêmica e multifacetada das palavras é exorcizada como anátema nos textos que se querem científicos. Os discursos dos poetas e dos filósofos, como já suspeitava Platão, não se coadunam facilmente. Para esses últimos, a ambição estruturante é a de construir um discurso sem ambiguidades, em que rigor de linguagem e rigor de pensamento se espelhem e se reforçam. Um bom texto acadêmico é um texto preciso, isto é, sem deslizamentos de sentido. No campo jurídico, esse desejo de precisão vocabular está na base da proposta positivista.

Assim como as crianças, entretanto, as palavras têm o hábito de não fazer exatamente o que delas esperamos. Frequentemente, em nossos discursos teóricos, elas frustram exatamente essa vontade de precisão. Desejamos que, de forma clara e sem ambiguidades, carreguem ideias, representem movimentos, sustentem visões do que o mundo é ou deveria ser – entretanto, no momento mesmo em que as relemos já

<sup>3</sup> SHAKESPEARE, William. *Hamlet*. Tradução de Millôr Fernandes. São Paulo: L & PM, 1997.

percebemos que são passíveis de outras conceituações, amiúde múltiplas, variáveis, que impugnam ou problematizam a primeira como imprecisa ou provisória.

Quando confrontados com esses vocábulos, acreditamos perceber sem ambivalências o universo de ideias de que nos aproximam e pensamos intuitivamente perceber seu significado fundamental, ainda que talvez não o saibamos expressar com confiança. Logo descobrimos que, diante de cada instância em que esses vocábulos são usados, temos que proceder a uma nova determinação do sentido que, naquela instância específica, se empresta ao termo, potencialmente diverso daquele que carrega em outras circunstâncias. Sem esse ajuste semântico, torna-se por vezes impossível entender o argumento proposto. Governança é um desses vocábulos.

A ideia geral a que o termo remete é aquela de ordenação e gerenciamento do mundo, da sociedade, de conjuntos de problemas e relações. A versão de Philippe Schmitter sintetiza alguns dos traços mais geralmente aceitos com definidores desse conceito:

Governance is a method/mechanism for dealing with a broad range of problems/conflicts in which actors regularly arrive at mutually satisfactory and binding decisions by negotiating and deliberating with each other and cooperating in the implementation of these decisions<sup>4</sup>

Como aponta o próprio Schmitter, entretanto, mesmo uma definição cuidadosa e detalhada como essa é incapaz de evitar algum grau de entropia semântica. Essa indeterminação tem a ver com os modais e os mecanismos dessa ordenação e desse gerenciamento. Esses elementos podem se compor em diversos arranjos, quiçá fortemente díspares com atores, dinâmicas e estruturas diferentes – ainda assim, entretanto, tais arranjos poderiam ser crivelmente descritos como formas de **governança**. A fluidez do conceito, como se verá, ajuda a acomodar provisoriamente a complexidade de um mundo que não se compreende bem.

Quando, como não é raro acontecer, a palavra governança vem acompanhada de um complemento, como em governança corporativa ou governança global, talvez se feche um pouco o leque de sentidos possíveis, já que algum conforto pode ser encontrado na especificação adjetiva, que é limitadora por natureza, e pelo uso repetido, em contextos, círculos e comunidades discursivas específicas. Assim, é provável que governança corporativa remeta à autorregulação no âmbito das empresas e/ou à observância por estas de regras de mercado, e é provável que, em determinados discursos, governança global diga respeito ao funcionamento das instituições interestatais e à sua capacidade de resolver conflitos nas relações internacionais.<sup>5</sup>

Essas combinações ou parcerias entre os vocábulos podem ser vistas como usos mais restritos do termo governança, cujo alcance ficaria limitado pela qualificação que o acompanha. Assim, nelas a palavra indicaria apenas a ideia de ordenação e gerenciamento e o complemento, mais relevante, daria os contornos e o universo de aplica-

<sup>4</sup> SCHMITTER, Philippe C. Can the European Union be legitimized by governance? in: **European Journal of Legal Studies**, vol, 1, No. 1, p. 105.

<sup>5</sup> É o que se observa nos textos de McGrew e Held (2002), Lima (2012), Biesteker (2015) e Murphy (2000), ao discutirem sobre a governança global, e nos textos de Macey (2008) e Dnes (2005), sobre governança corporativa.

ção desse gerenciamento e os seus instrumentos. À redução do alcance corresponderia o aumento da precisão conceitual.

Mesmo no seio dessas combinações, no entanto, intuem-se leituras – tipicamente, não explicitadas - da especificidade do termo governança, isto é, do **substantivo** (nas duas acepções) que se vê qualificado ou restrito. A ideia de que se articula algum tipo de especificidade parece manifesta, primeiro, pelo fato de que, por alguma razão, a escolha recai sobre essa palavra e não sobre uma outra de significado semelhante. Não diz, por exemplo, governo, coordenação ou gestão, mas **governança**.

Além disso, o uso cada vez mais corrente do vocábulo nos debates acadêmicos aponta também no sentido de uma busca compartilhada de especificidade que, todavia, segue fugidia: nos discursos teóricos, parece não ser mesmo possível usar outro vocábulo e ainda carregar a mesma intenção de sentido. A intuição de uma especificidade aparece muito mais forte quando governança aparece sem complementos e sem qualificativos.

Haveria, portanto, elementos de distinção, de especialidade, carregados pela governança. Esses elementos decorrem, assim, sobretudo de seu uso.<sup>6</sup> O movimento que se ensaia aqui é de exploração. Busca-se identificar os sentidos que o uso do termo, que os discursos sobre governança, embutem e carregam.

## 2 GOVERNANÇA COMO FUGA DO TRADICIONAL

É evidente o parentesco entre governança e dois outros termos, governo e governabilidade. Assim, sem surpresa, seus usos mais correntes oscilam entre esses dois polos. Muitas vezes governança é empregada em sentido que a aproxima mais de governo, de lócus de poder e de organização da vida. Outras vezes se aproxima mais de governabilidade, remetendo às condições para gerenciar a vida, à capacidade de proceder a esse gerenciamento. Entretanto, e a despeito dessa oscilação, é **governança** o termo utilizado para designar novas realidades. Quais seriam as razões para preferir usar, se não mesmo, sentir que não há alternativa que não seja usar, governança e não governo ou governabilidade?

Governo, entendido como lócus e estrutura de poder, de capacidade de organização da vida, está associado ao Estado, mais especificamente ao funcionamento interno do Estado, ao lugar em que se organiza, normatiza e governa a vida em sociedade. Há algo em governo que remete muito claramente a ideias de verticalidade, de hierarquia e de centralização do poder e de seu exercício. É possível sugerir que estará aí uma razão central para a substituição do vocábulo por outro que já não carregue tão claramente a distância entre governo e governados.<sup>7</sup> Evitar essa distância, pode-se

<sup>6</sup> Nos vários dicionários, o sentido genérico remete ao ato ou processo de governar e apontam para a mesma raiz etimológica. (ver FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio**. (5ª ed.) Curitiba: Editora Positivo, 2018 e HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. São Paulo: Objetiva, 2009). É apenas o uso contemporâneo que dará a esse sentido genérico e a essa raiz colorações específicas.

<sup>7</sup> Jensen (2008, p.381), sugere algo semelhante: “where ‘government signifies the structure and function of public institutions, their authority to make binding decisions and allocation of values through politics, policy and administration, ‘governance’ embraces all actors, organizations, and institutions, public and non-public, involved in structuring politics and their relationships, whether

arguir, representa uma primeira fuga – a do descolamento entre os que tomam as decisões e os que a cumprem – que o uso do termo **governança** parece operar vis-à-vis as nomenclaturas tradicionais.

Já governabilidade, enquanto condição em que se exerce a atividade de gerenciar o cotidiano político, decorrente das circunstâncias e das capacidades que se tem, parece inevitavelmente conectada às capacidades de e às circunstâncias encontradas por um governo.<sup>8</sup> A maior ou menor capacidade de controle e de organização da vida social e as melhores ou piores condições em que esse controle e organização se dão não parecem dispensar facilmente as ideias de verticalidade, hierarquia e centralização que marcam o governo e o Estado. Ao se fazer uso de governança querendo referir às condições de gerenciamento do mundo, escapa-se mais facilmente dessas noções. Também aqui, o termo permite contornar as implicações hierárquicas latentes nos outros dois conceitos.

No campo jurídico, esse movimento tem reverberações próprias. Um instrumento central de que dispõe o Estado enquanto se desincumbe da tarefa de governar, de organizar e gerenciar a vida em sociedade, é o direito, isto é, a criação de normas e de instituições que as implementam e fazem cumprir. O direito criado e aplicado pelo Estado, ao menos em sua versão Moderna, incorpora e expressa as ideias de verticalidade, hierarquia e centralização.

Por um lado, ele decorre, assim, da centralização do poder na mão do Estado e da posição hierarquicamente superior que este tem em relação aos governados. Por outro, as normas do direito estatal se organizam em sistemas, estruturas que as colocam em relações significativas, em que a validade de cada uma decorre das que lhe são hierarquicamente superiores, até que se atinja o ápice da pirâmide – para referir a metáfora matricial de Kelsen. Quando se expressa a ideia de ordenação da vida usando o termo governança, escapa-se também, ou é possível fazê-lo, do instrumento central de que dispõe o Estado quando procede ele a essa ordenação.

Assim, governança realiza um movimento de fuga, fuga do Estado e fuga do direito. Fuga do Estado duas vezes, pois foge da ideia de governo e de governabilidade e foge do direito estatal. E fuga do direito duas vezes porque, além de fugir do direito enquanto ordenamento jurídico hierárquico que opera nas sociedades nacionais, foge também do direito internacional que, conquanto não conheça a mesma centralização nem a mesma hierarquia dos sistemas nacionais, tem ainda nos Estados, enquanto partícipes de uma sociedade internacional, seus produtores.

Esse movimento de fuga, e de fuga dupla, parece sugerir uma perspectiva de que, de modo genérico, a função de ordenamento das relações sociais, políticas e econômicas no mundo já não está mais exclusivamente na mão do Estado e/ou de que o Estado já não realiza essa função tão bem e/ou de que já não deveria fazer. A despeito

---

within sovereign nation-states or without”, assim como Kettl (2002, p.58) “(...) In short, what Hamilton never expected was the importance of governance as well as government. (...) Power has become broadly shared with nongovernmental partners, federal power is shared with state and local partners, and no important problem remains within the boundaries of any local government for long”.

<sup>8</sup> Sobre o tema, ver Diniz (1995;1996), Melo (1995) e Monteiro (2008).

das nuances derivadas das escolhas ideológicas de cada um, esse diagnóstico básico de superação ou insuficiência do Estado parecem amplamente compartilhadas.<sup>9</sup>

Frequentemente, esse movimento de fuga se faz não de forma deliberada, mas como narrativa **normal** sobre o mundo. Há apenas a naturalização de novos discursos sem que muita atenção seja dada ao seu alcance, sem que as implicações dos discursos e as transformações que anunciam ou pregam sejam especialmente notadas. Por vezes, ao falar de governança, pretende-se simplesmente descrever um novo mundo. Outras vezes, o discurso da governança aparecerá como pregação e como argumento para o que o mundo dever ser. Quer se pretenda descritivo, quer se queira normativo, o discurso sobre governança é tocado no mais das vezes por essa normalização, por essa naturalização pouco inquisitiva.

Por vezes, as fronteiras entre o descritivo e o normativo não se fazem claras (como, em outros termos, já apontara Austin em seu clássico *How to do things with words*<sup>10</sup> ). Isto é decorrência da mesma naturalização dos conceitos que raramente é acompanhada do esforço crítico exemplificado por Schmitter e que, portanto, não chega a se perceber como movimento de fuga do direito e do Estado.

E por que isso acontece? Como dito, ou se pensa que o mundo já é assim, ou se considera que é assim que o mundo deveria ser, que isto seria bom. Por que então as coisas estão acontecendo assim ou por que deveriam acontecer assim?

Há duas razões centrais.

### 3 COMPLEXIDADE E EFETIVIDADE

É um lugar comum dizer que a complexidade do mundo é crescente mas, como todo lugar comum, expressa uma verdade. Ele nos indica que temos a sensação de um mundo cuja dinâmica de funcionamento nos escapam, cujas causalidades são algo misteriosas, cujo sentido parece obscuro. Esse sentimento de complexidade, que é reflexo e razão das crises políticas e sociais que hoje vivemos,<sup>11</sup> tem sido habitualmente atribuído a fatores de natureza bastante diversa cujos efeitos, contudo, se entrelaçam e desafiam nossos esforços explicativos.<sup>12</sup>

Por um lado, a complexidade cresce porque as relações, as trocas, os contatos se veem incrementados e se sofisticam. Isso tem a ver com a evolução tecnológica e com a transformação dos meios de comunicação e de transporte.<sup>13</sup>

Por outro lado, há uma evolução da ciência e dos saberes que nos permite conhecer melhor o funcionamento do mundo, da natureza e das sociedades, revelando mais aspectos de sua incrível complexidade, quer aquela parte da complexidade que sempre esteve ali e que nos era invisível, quer aquela parte que se adicionou aos processos naturais e sociais.

<sup>9</sup> CHEVALIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009.

<sup>10</sup> AUSTIN, John Langshaw. **How to Do Things with Words**. Cambridge: Harvard University Press, 1975.

<sup>11</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La légitimité démocratique: Impartialité, réflexivité, proximité**. Paris: Le Seuil, 2008.

<sup>12</sup> Ver Bauman (2000) e Giddens (1991).

<sup>13</sup> CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

As possibilidades multiplicadas de interação e de trocas permitem que os atores sociais se reúnam em torno de interesses das mais variadas naturezas. Assiste-se assim ao que se poderia chamar de fragmentação da vida, uma fragmentação que ou é especificamente cognitiva, relacionada aos saberes, ou é setorial ou funcional, centrada nos interesses, combinados ou não com saberes específicos.<sup>14</sup> Os próprios membros das comunidades de saber ou de interesse passam a proceder ao gerenciamento dos seus universos, das suas relações, dos seus problemas. A própria ordenação, portanto, se vê igualmente fragmentada.

Mas a complexidade não está apenas na multiplicação de fragmentos, de saberes e de setores da vida. Ela está também, e talvez sobretudo, no fato de que esses fragmentos entretêm relações necessárias com os outros fragmentos e com as estruturas sociais e políticas tradicionais. O todo, e não apenas as partes, demanda também entendimento.

Esse mundo complexo, como um todo e também aos pedaços, chamaria a novos meios de ordenação da vida. O Estado e seu instrumento clássico, o direito, já não dariam conta de operar essa ordenação. Na medida em que, de algum modo, sejam ensaiados esforços de ordenação mais compreensivos, mais próximos de atingirem o todo de um mundo complexo e não apenas as suas partes, isso se dará em foros que, ainda que incluam os Estados, estarão fora dele, além dele.

De todo modo, os instrumentos de que se lança mão para proceder ao gerenciamento dessa complexidade, das relações e dos temas, já não são produzidos ou manejados exclusivamente pelo Estado – muitas vezes o são sem qualquer participação deste – e já não se vêm restritos aos instrumentos do direito estatal, hierárquico, centralizado.<sup>15</sup>

A esse universo de mecanismos de ordenação do mundo, e também às suas partes, tem-se tendido a chamar de governança. Assim, governança não é apenas um termo que expressa um impulso, o mais das vezes inarticulado, para fugir do Estado e do direito, mas também o nome que se costuma dar aos fenômenos concretos que constituem essa fuga.

E, para sermos mais precisos, quando o nome se refere à globalidade do fenômeno, isto é, quando se quer referir à parte maior do processo de ordenação e gerenciamento, aquilo a que se chama governança necessariamente inclui o direito e a participação do Estado. O fenômeno inclui o direito e o Estado, mas não se restringe a eles e aos seus métodos e instrumentos.

Como dito, a referência à governança ou os discursos sobre a mesma podem constituir esforços descritivos de algo que talvez se pudesse chamar de novo mundo. A descrição pode ser mais ou menos acurada, mais ou menos precisa. Ou, os discursos podem ser normativos, podem advogar em favor desse novo mundo, ou seja, podem militar pela fuga que a governança anuncia, e isto por razões que serão discutidas. Quer se esteja fazendo um exercício descritivo do mundo, quer se esteja fazendo

<sup>14</sup> LYOTARD, Jean-François. **A Condição Pós-Moderna**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

<sup>15</sup> OST, François; KERCHOVE, Michel van de. **De la Pyramide au Réseau? Pour une théorie dialectique du droit**. Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

uma receita para o mundo, parece sempre haver a presunção de que governança opera mais efetivamente a ordenação do mundo.

#### 4 GOVERNANÇA E REGULAÇÃO

Como a governança faz o que faz? Como se dá o gerenciamento do mundo em que se escapa do direito e do Estado? Parece seguro dizer que todo e qualquer esforço de ordenação de relações sociais, de comportamento de atores sociais se valerá de alguns instrumentos: i) normas, prescrições de comportamento; ii) mecanismos de tomada de decisão; iii) mecanismos de implementação das normas e de controle dos comportamentos e iv) mecanismos de solução de controvérsias. Já que concebemos a possibilidade de universos restritos, fragmentos, de governança, concebe-se também que nem todos esses instrumentos ou mecanismos estejam sempre presentes. O mínimo que se deve sempre ter, no entanto, são normas que prescrevam comportamentos.

Note-se que sem normas não pode haver qualquer das outras coisas, porque são normas as que prescrevem comportamentos e são normas as que criam e ditam o funcionamento dos mecanismos de controle, de tomada de decisão e de solução de controvérsias. Há normas que têm por objeto o comportamento e há normas que tem por objeto o gerenciamento do comportamento.

Assim, a feitura de normas, a criação de regras, aparece como função essencial de qualquer esforço de gerenciamento, de ordenação, de governança. A essa ação geral de criar normas ou regras pode-se dar o nome de regulação<sup>16</sup>. Essa função pode aparecer como uma das componentes da governança, ao lado dos processos de tomada de decisão e dos mecanismos de solução de controvérsias, por exemplo. Seria, portanto, o equivalente a uma função legislativa que correria paralela às funções executiva e jurisdicional. Mas, pelas razões expostas logo acima, todos os processos podem ser reunidos sob a função genérica de criar regras e de gerenciá-las. Regulação pode ser nome genérico a englobar todas as funções.

O Estado e o direito, quando fazem a sua parte na ordenação do mundo, valem-se das mesmas funções fundadas em criação de normas e seu gerenciamento. A diferença está em que, nos processos que reunimos sob o nome de governança, essas funções não estão concentradas exclusivamente nas mãos do Estado e as normas não carregam as características centrais daquelas outras que são jurídicas: a validade ou obrigatoriedade e o pertencimento a um ordenamento uno, coerente, hierarquizado.

Regulação, no entanto, não tem apenas esse sentido genérico de ato de criar regras. A palavra tem, certamente, outros sentidos genéricos relacionados, por exemplo, aos atos de calibrar, sintonizar, etc. No universo a que nos referimos, no entanto, o sentido de criação de regras é, dos mais genéricos, o que mais interessa. Mas há um sentido específico que importa também cuidar aqui.

---

<sup>16</sup> Para Moreira e Maçãs, (2003), uma das possíveis definições do conceito de regulação é, justamente, o estabelecimento e implantação de regras e normas. De maneira semelhante, Sanches (2000), traz a definição de regulação enquanto a criação de normas jurídicas que vão disciplinar o exercício de certas atividades.

É cada vez mais comum o uso da palavra regulação com referência a um certo tipo de norma, algo que talvez fosse mais propriamente chamado de regulamento, ou a um tipo específico de criação normativa, como aquele que é operado pelas agências reguladoras, em setores regulados.<sup>17</sup>

Parece certo que entre nós a palavra, nesse sentido mais restrito, ganhou livre curso por influência do direito anglo-saxão, mais especificamente o norte-americano. Ali, a palavra *regulation* aparece, no singular, com o sentido de norma usualmente emitida pela administração e logo, ainda no singular, acompanhada de um número ou um qualificativo, ou seja, remetendo a normas específicas mais conhecidas.<sup>18</sup> Isto quer dizer que referência é feita a uma norma, uma regulação – ou regulamento – específica. Quando aparece no plural, *regulations*, a referência é feita ao tipo de norma ou de instrumento normativo.<sup>19</sup> Esse tipo de instrumento é definido como aquele que emana de agências ou órgãos a partir de delegação de poder feita pelo poder executivo.

Regulação, portanto, na sua origem e no modo como foi entre nós incorporada, assim como acontece ao apontarmos para a sua íntima relação com a noção de governança, remete ao poder de criar normas que tem e exerce a administração, e não qualquer poder ou ramo do governo – ou, de modo geral, da ordenação do mundo – que se possa chamar de legislativo.

Quando, na esfera do que se poderia chamar de governança, e especialmente quando nos referimos àquela dita global, se identifica a regulação produzida por entes privados, com ou sem a colaboração dos Estados, e quando se está falando de regulação cujo cumprimento não é obrigatório, outro traço importante da regulação aparece. A relevância da regulação decorre de que tem por objeto temas tocados de algum modo pelo que se poderia chamar de interesse público. Se ela tocasse apenas o universo da autonomia privada dos atores envolvidos na sua produção, seu interesse estaria confinado à descrição da engenharia da autorregulação.

Justamente por afetar o interesse público, até mesmo a regulação privada pode ser vista como ação administrativa.<sup>20</sup> A regulação como marca distintiva da governança carrega, portanto, essa dupla especificidade, a de atingir o interesse público e, sobretudo, a de ser um tipo de produção normativa feita por atores vistos como desempenhando funções administrativas.

Governança, então, além de operar a fuga em relação ao Estado e ao direito, ajuda a operar uma transposição da função de criar normas dos loci em que essa fun-

<sup>17</sup> Tal é a utilização dada por Menezes (2005).

<sup>18</sup> GARNER, Bryan A. (ed.) **Black's Law Dictionary**. (8ª ed.). Thomson West, EUA, 2004. p. 1311.

<sup>19</sup> "rules or other directives issued by administrative agencies that must have specific authorization to issue directives and upon such authorization must usually follow prescribed conditions, such as prior notification of the proposed action in a public record and an invitation for public comment." (GIFIS, Steven H. **Barron's Law Dictionary**. New York: Barron's Educational Series, 2010. p 425)

<sup>20</sup> Ver, por exemplo, KINGSBURY, B.; KRISCH, S; et al. Global Governance as Administration-National and Transnational Approaches to Global Administrative law. In: **Law and Contemporary Problems**, v. 68, n. 3-4, 2005. pp 1-13 ou "...much of global governance can be understood and analyzed as administrative action: rulemaking, administrative adjudication between competing interests, and other forms of regulatory and administrative decision and management." (KINGSBURY, KRISCH, STEWART, 2005, p. 17), e CAFAGGI, Fabrizio. New Foundations of Transnational Private Regulation. In: *Journal of Law and Society*, v. 28, n. 1, 2011.

ção era exercida – o legislativo e os legisladores – para a administração – o executivo, nos Estados e um administrador pulverizado e distribuído, no contexto global.

Em governança parece só haver poder executivo. Quem produz as regras, administra sua aplicação, resolve controvérsias, toma decisões, o faz sempre como administrador. Qualquer noção de equilíbrio de poderes não se verifica entre as funções, mas sim entre os vários administradores distribuídos na governança. Apenas na medida em que os Estados e o direito também continuam a fazer parte do processo geral de ordenação e gerenciamento do mundo, é que os mecanismos de equilíbrio entre os seus poderes continuam a operar.

## 5 QUEM CONTROLA O REGULADOR NA GOVERNANÇA?

Quando se foge do Direito, se deixa escapar a esperança de um estado de direito, pelo menos na concepção clássica da expressão. Estado de direito e seu equivalente em inglês, *rule of law*, a despeito de especificidades diferenciadores entre as duas ideias, carregam ambas a ideia de que é preciso e possível aferir a qualidade das ordens jurídicas. Essa qualidade está relacionada à possibilidade de conhecer o que prevem as normas e à limitação do exercício arbitrário do poder.<sup>21</sup>

Nos Estados, o grau de estado de direito ou de *rule of law* leva em conta a legitimidade do governo, a boa distribuição dos poderes estatais, a atuação dos órgãos legislativos e a qualidade das normas produzidas, sua clareza, abertura, seus processos de mudança, a independência do judiciário e sua capacidade de controlar a aplicação das normas, etc. Já no Direito Internacional, não havendo poder unificado e supraestatal, a qualidade do ordenamento jurídico se conecta à legitimidade da distribuição de poder entre os Estados, à qualidade das normas e ao funcionamento das instituições, sempre de acordo com a lógica de funcionamento de uma ordem jurídica una e coesa.

Quando se passa à governança, como aferir a qualidade das normas, a legitimidade de seu processo de produção e de suas resultantes, e como frear o exercício arbitrário do poder? Porque, não deve restar dúvida, a ausência, ainda que parcial, do Estado e do Direito não implica em ausência de diferenças e jogos de poder.<sup>22</sup>

Governança, como visto, responde em princípio à maior complexidade do mundo operando uma fuga do Estado e do Direito, operando a transferência da função de ordenar o mundo para um administrador pulverizado e distribuído que por meio da regulação realiza essa função. Como visto também, regulação e atividade administrativa implicam a ideia de respostas a temas de interesse público e, por isso, pensar o seu controle é especialmente relevante.

<sup>21</sup> Essa discussão pode ser encontrada em NASSER, S. H. **Rule of Law** e Direito Internacional: uma nova aproximação. In: VILHENA, OSCAR; DIMOULIS, D. (Ed.). **Estado de Direito e o Desafio do Desenvolvimento**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70.

<sup>22</sup> Ver, sobre isso, GHIRARDI, José. G. e NASSER, Salem. N. Around the Pyramid: political-theoretical challenges to law in the age of global governance. In: **Revista de Direito Internacional Uniceub**, v. 15, n.1, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4934>.

Não havendo unidade do poder ou da função organizativa e não havendo unidade, sistematicidade e coerência das normas, dos mecanismos de tomada de decisão e de solução de controvérsias, qualquer tentativa de aferição da qualidade dos instrumentos regulatórios e da legitimidade de sua produção e efeitos será um desafio maior e diferenciado.

Apenas na medida em que a ideia geral de governança incorpora a atuação dos Estados e o funcionamento do direito que eles produzem, a avaliação da qualidade dessa governança depende, em parte, da qualidade dos sistemas jurídicos domésticos eventualmente envolvidos e da qualidade do direito internacional público.

Para além disso, apenas no caso-a-caso será possível aferir a legitimidade e a qualidade da atuação de cada administrador, de cada regulador, no seio de cada fragmento especializado da vida.

Para responder a isso, a literatura tende a apoiar-se em noções como legitimidade, transparência, *accountability*, participação, para avaliar ou para colocar os critérios normativos para a qualidade da regulação.

E nesse sentido, como diz Nasser (2015):

Nenhuma conclusão geral parece ser facilmente acessível, senão que alguns conjuntos regulatórios podem refletir a inclusão de e a participação de atores concernidos – *stakeholders* - no processo de criação de normas e na avaliação a posteriori das normas, tornando possível uma maior aderência e melhores chances de efetividade para as normas, assim como para seu contínuo desenvolvimento. Outros conjuntos regulatórios podem, ao contrário, refletir as desbalanceadas relações de poder.<sup>23</sup>

A fuga do Estado e do Direito pode aparecer como inevitável para enfrentar um mundo sempre renovado e sempre mais complexo, mas deve ser igualmente inevitável que se faça acompanhar de uma busca constante pela redução do espaço do arbítrio e da injustiça.

## REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. **Liquid Modernity**. Oxford: Polity Press, 2000.
- BIERSTEKER, Thomas. Global Governance. In: ROTBERG, Robert I. (ed). *On Governance: What it is, What it Means and Its Policy Uses*. McGill-Queen's University Press, 2015. pp. 151-172.
- CAFAGGI, Fabrizio. New Foundations of Transnational Private Regulation. In: *Journal of Law and Society*, v. 28, n. 1, 2011.
- CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2007.
- DINIZ, Eli. Governabilidade, Democracia e Reforma do Estado: Os Desafios da Construção de uma Nova Ordem no Brasil nos Anos 90". In: **Dados**,

<sup>23</sup> NASSER, Salem H. Direito Global em Pedacos: fragmentação, regimes e pluralismo. In: **Revista de Direito Internacional Uniceub**, v.12, n. 2, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3707/pdf>.

v. 38, n. 3, 1995.

\_\_\_\_\_. Governabilidade, governance e reforma do Estado: considerações sobre o novo paradigma. In: **Revista do Serviço Público**. Brasília, v. 120, n.2, mai/ago, 1996.

DNES, Antony W. Introduction: corporate governance: an international perspective. In: **Managerial and decision economics**, v. 26, n. 7, 2005. Pp 411-412.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio**. (5ª ed.) Curitiba: Editora Positivo, 2018.

GARNER, Bryan A.(ed.) **Black's Law Dictionary**. (8ª ed). Thomson West, EUA, 2004.

GHIRARDI, José. G. e NASSER, Salem. N. Around the Pyramid: political-theoretical challenges to law in the age of global governance. In: **Revista de Direito Internacional Uniceub**, v. 15, n.1, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4934>.

GIDDENS, Anthony. **Modernity and Self-Identity: self and society in the Late Modern Age**. Cambridge: Polity Press, 1991.

GIFIS, Steven H. **Barron's Law Dictionary**. New York: Barron's Educational Series, 2010.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. São Paulo: Objetiva, 2009.

JENSEN, Laura S. Government, the State, and Governance. In: **Polity**, Vol. 40, No. 3, 2008. pp. 379-385.

KETTL, Donald F. **The Transformation of Governance: public administration for twenty-first century America**. Maryland: The John Hopkins University Press, 2002.

KINGSBURY, B.; KRISCH, S; et al. Global Governance as Administration-National and Transnational Approaches to Global Administrative law. In: **Law and Contemporary Problems**, v. 68, n. 3-4, 2005.

LIMA, Gabriela Garcia Batista. O Conceito de Governança Global do Desenvolvimento Sustentável no Estudo da Efetividade da Norma Jurídica: Reflexões epistemológicas. In: **Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 32, n. 2, 2012. pp. 157-178.

LYOTARD, Jean-François. **A Condição Pós-Moderna**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

MACEY, Jonathan R. **Corporate Governance: Promises Kept, Promises Broken**. Princeton University Press, 2008.

McGrew, A. and Held, D. (eds.) **Governing globalization: power, authority and global governance**, Cambridge, UK. Polity Press, 2002.

MELO, Marcus André B. C. de. Ingovernabilidade: Desagregando o Argumento. in VALLADARES, L. (org.). **Governabilidade e Pobreza**. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1995.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. Poder Regulamentar das Agências Reguladoras. In: **Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 24, 2005. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/11777>.

MONTEIRO, Jorge Vianna. Governabilidade (II). In: **Rev. Adm. Pública**. Rio de Janeiro, v. 42, n. 4, 2008. pp. 767-777. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-76122008000400007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122008000400007&lng=en&nrm=iso)

MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Maria Fernanda dos Santos. **Autoridades reguladoras independentes**. Lisboa: Coimbra Editora, 2003.

NASSER, S. H. Rule of Law e Direito Internacional: uma nova aproximação. In: VILHENA, OSCAR; DIMOULIS, D. (Ed.). **Estado de Direito e o Desafio do Desenvolvimento**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASSER, Salem H. Direito Global em Pedacos: fragmentação, regimes e pluralismo. In: Revista de Direito Internacional Uniceub, v.12, n. 2, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3707/pdf>.

OST, François; KERCHOVE, Michel van de. **De la Pyramide au Réseau? Pour une théorie dialectique du droit**. Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

ROSANVALLON, Pierre. **La légitimité démocratique: Impartialité, réflexivité, proximité**. Paris: Le Seuil, 2008.

SANCHES, J. L. S. A regulação: história breve de um conceito. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, V. 60, n. 1, pp. 5-22, 2000.

SCHMITTER, Philippe C. Can the European Union be legitimized by governance? in: **European Journal of Legal Studies**, v. 1, n. 1, 2007.

SHAKESPEARE, William. **Hamlet**. Tradução de Millôr Fernandes. São Paulo: L & PM, 1997.

**Submetido em: 30 nov. 2018. Aceito em: 30 dez. 2018.**





# O DÉFICIT DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA NA ATIVIDADE NORMATIVA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR POR MEIO DE CONSULTAS PÚBLICAS (2001 – 2017)

*Maria Tereza Fonseca Dias*  
*Helena Colodetti Gonçalves Silveira*  
*Marcela Pinto Ribeiro*

## Resumo

O estudo promoveu análise crítico-reflexiva e empírica da participação popular no exercício do poder normativo da Agência Nacional de Saúde Suplementar, por intermédio de suas consultas públicas, indicando um diagnóstico da real participação da sociedade civil nesses processos. Discutiu-se o desafio enfrentado em um modelo de Estado que pretende ser constitucionalmente democrático de direito inserido no cenário de sociedades complexas e plurais, bem como o contexto de implementação das agências reguladoras. A resposta do problema do *déficit* de legitimidade democrática identificado na condução das consultas públicas pela ANS conduziu às hipóteses que identificaram a necessidade procedimentos adequados de debate público, bem como a incongruência de se admitir uma atuação insular, afastada de seus destinatários por parte das agências reguladoras. Para resposta do problema apresentado foram analisadas as consultas públicas realizadas pela ANS (2001 a 2017), levantamento bibliográfico e documental. Adotou-se como referencial teórico a teoria deliberativa de Habermas fo-

- 
- Doutorado (2007) em Direito Administrativo no Curso de Pós-Graduação da UFMG. Mestrado em Direito na UFMG (2001), onde cursou seu bacharelado em Direito. Seus estudos na área de direito público privilegiam a análise das temáticas das parcerias da Administração Pública, notadamente com as entidades do Terceiro Setor e a questão urbana e Direito Urbanístico. Possui trabalhos nas áreas de Metodologia da Pesquisa e do Ensino Jurídico. No curso de Graduação desenvolveu, sob a orientação da Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin, diversos projetos de pesquisa e extensão, tendo sido integrante do primeiro grupo de pesquisadores do Programa Pólos de Cidadania, da Faculdade de Direito da UFMG. No magistério superior foi professora no Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix (1999-2005), Faculdades Arnaldo Janssen (2002-2005), Universidade Federal de Ouro Preto (2008-2012). Foi professora de Cursos de Especialização em diversas instituições de ensino. É, hoje, professora associada do Departamento de Direito Público da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e dos cursos de Graduação e Pós-Graduação Stricto sensu da Universidade FUMEC. Atualmente exerce a função de Coordenadora do Mestrado em "Instituições Sociais, Direito e Democracia da Universidade FUMEC. Desenvolveu atividades de administração científica como Coordenadora do Centro de Mediação e Cidadania da UFOP (2008-2012), Coordenadora Pedagógica do Curso de Direito da Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira (FUNCESI) (2002-2003) e Coordenadora do Núcleo de Pesquisas e Estudos Monográficos do Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix (1999 a 2005). Principais obras publicadas: (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 4ª ed. (Em co-autoria com Miracy Barbosa de Sousa Gustin) Direito Administrativo Pós-moderno: novos paradigmas do Direito Administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a Sociedade. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. Terceiro setor e Estado - legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
  - Doutora em Direito Constitucional pela PUC-Rio com período sanduíche na The New School for Social Research. Orientadora de mestrado e professora da graduação da Universidade FUMEC, bem como dos cursos de pós-graduação da PUC-Rio. Tem experiência nas áreas de Direito Constitucional, Teoria do Estado, Filosofia do Direito, Direito Urbanístico e Direito Imobiliário, atuando principalmente com os seguintes temas: teoria democrática, teoria da justiça, jurisdição constitucional, pensamento social brasileiro, parcelamento do solo urbano e Estatuto das Cidades.
  - Mestre em Instituições sociais, direito e Democracia pela Universidade FUMEC; pós-graduada em Direito Ambiental pelo Centro Universitário UNA, graduada em Direito e Arquitetura e Urbanismo.

mentada pela faceta participativa da democracia, ambas constituindo novas bases de legitimação da Administração Pública que ultrapassa a legalidade normativa formal. Concluiu-se pelo *déficit* de legitimidade democrática da ANS na sua atividade normativa regulatória, uma vez que as consultas públicas não estariam cumprindo o propósito para o qual foram criadas.

#### **Palavras-chave**

Participação popular; Legitimidade; Agências reguladoras; Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); Consultas Públicas.

### **THE DEMOCRATIC DEFICIT IN NATIONAL AGENCY'S OF PRIVATE HEALTH CARE (ANS) ACTIVITY THROUGH PUBLIC CONSULTATIONS (2001 - 2017)**

#### **Abstract**

The presente article aims to perform an empirical and a critical-reflexive analysis of popular participation in the exercise of normative power of the National Agency of Private Health Care (ANS), through public consultations, indicating a diagnosis of the real participation of civil society in these processes. The discussion followed the challenges faced by state that proposes to be a democratic rule of law model, inserted in the scenario of complex and plural societies, and the Brazilian context of regulatory agencies implementation. The answer to the research question of the deficit of democratic legitimacy identified in the conduct of the public consultations by the National Agency of Private Health Care (ANS) led to the hypotheses, that they identified their need for adequate procedures for public debate, as well as the incongruity of admitting an insular action, away from its recipients by regulatory agencies. In order to answer the introduced problem, the public consultations carried out by the ANS (2001 – 2017) were analyzed, with a bibliographical data and documents. Habermas' deliberative theory was adopted by the participative facet of democracy, both of which constitute new bases of legitimization of the Public Administration that exceeds the formal normative legality. It was concluded by the lack of democratic legitimacy of the ANS, regarding its normative regulatory activity, since the public consultations would not be fulfilling, satisfactorily, the purpose for which they were created.

#### **Keywords**

Popular participation; Legitimacy; Regulatory Agencies; National Agency of Private Health Care (ANS); Public hearings

## 1 INTRODUÇÃO

A evolução estrutural, organizativa e comportamental da Administração Pública, bem como o processo de constitucionalização do ordenamento jurídico demonstram que o princípio democrático deve permeá-la no exercício de suas funções. A participação passou a constituir importante fator de legitimidade democrática a suprir a insuficiência de fórmulas tradicionais de democracia representativa, levando à necessidade de revalorização do indivíduo como figura central do Estado.

Democracia não pode mais se restringir à prerrogativa popular de eleger representantes; mais que isso, ela envolve a possibilidade de se deliberar publicamente sobre questões a serem decididas pelos governantes. A proposta democrático-deliberativa passa a questionar a forma como deveria ocorrer a participação no processo político ampliado, sendo que, não basta haver eleições regulamentadas como querem os liberais hegemônicos. Tampouco o conceito de participação deve se restringir a opiniões de maioria sem a concepção de espaços adequados e procedimentos para sua realização.

Para que a deliberação confira legitimidade ao processo democrático e seus resultados, as razões devem ser discutidas, e os participantes inseridos no contexto de liberdade e igualdade, devem influenciar permanentemente - e não apenas no período eleitoral - o processo de tomada de decisões que tem lugar nos fóruns oficiais.

Ou seja, deliberação expande os marcos democráticos para além da representação e uma das formas de fomentá-la advém da democracia participativa.

A CR/88 foi muito além de mencionar o princípio democrático e o Estado de Direito como vetores a indicar o viés participativo que permeia a democracia brasileira. Uma série de dispositivos esparsos no Texto Constitucional respalda a adoção de institutos que propiciam a deliberação e participação na Administração Pública.

Percebe-se o surgimento de novas bases de legitimação administrativa que ultrapassa a legalidade normativa formal, vinculando sua atuação ao resultado dos processos deliberativos.

É nesse contexto de democracia participativa-deliberativa que se inserem as agências reguladoras, implementadas em um cenário de privatizações de atividades estatais cujo objetivo consistiu em uma ideologia neoliberal de redução do suposto “tamanho” do Estado.

Criadas com o propósito de regular o mercado foi-lhes atribuída acentuado grau de autonomia em relação aos agentes políticos e aos agentes regulados exploradores da atividade econômica.

Considerando a necessidade de inserção das agências reguladoras no ambiente democrático, sua legitimidade perpassa pela criação de espaços de deliberação pública e participação popular em seus processos decisórios. Isto é, ultrapassado o modelo meramente representativo de democracia e, tendo em vista a proposta constitucional de democracia deliberativa fomentada pela ampla participação, a legitimidade decorrerá do debate público entre agências reguladoras, setor regulado e sociedade civil - todos possivelmente interessados ou afetados pelas decisões.

Dessa forma, o Estado de Direito deve promover as garantias necessárias para que todos os interessados possam participar da deliberação, em igualdade de condições, através da troca de argumentos. Não basta fazer uma afirmação normativa da participação, muito menos preconizar que a participação popular é essencial no paradigma deliberativo, pois é o fazer participativo que gera a justiça/legitimidade.

Os institutos de participação popular na Administração Pública - que encontram previsão na legislação de criação das agências reguladoras - têm sido a tentativa de embasamento da legitimidade na sua atividade normativa. Daí se desperta o interesse de avaliar o grau de organização e de mobilização da sociedade brasileira em tais processos participativos, o que proporcionará a identificação da presença de *déficit*, ou não, de democraticidade na atividade regulatória.

A partir desse panorama, o trabalho ora apresentado promove uma análise crítico-reflexiva da participação popular no exercício do poder normativo da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, por intermédio do estudo empírico de suas consultas públicas.

A opção pela ANS como paradigma de análise se deu pelo fato de a saúde, bem essencial à dignidade da pessoa humana, estar relacionada a um setor sensível da sociedade, no qual se sobressai a tensão entre os interesses do consumidor e do fornecedor, inerente à prestação privada de serviços de saúde. Dentre os instrumentos de participação da sociedade previstos em suas normas<sup>1</sup>, optou-se pelo estudo das consultas públicas, por se tratar do mecanismo de participação direta mais relevante, uma vez que está relacionado à atividade normativa da agência.

Diante do cenário retratado, indagou-se se há *déficit* de legitimidade democrática na atividade normativa da ANS. Para referida constatação, a análise percorreu o universo de consultas públicas realizadas pela agência, no período de 2001 a 2017, a fim de verificar a efetiva e real participação da sociedade.

O referencial teórico adotado está inserido no paradigma procedimental deliberativo de democracia proposto por Jürgen Habermas (1988; 1997a; 1997b) e aplicado, no âmbito da Administração Pública, por Dias (2003). A teoria deliberativa de Habermas estrutura a face participativa da democracia, constituindo novas bases de legitimação da Administração Pública que ultrapassa a legalidade normativa formal. Sob essa perspectiva, forma-se a ideia de cogestão pública, em que a atividade administrativa deve se pautar em procedimentos constitucionais adequados de debate público. Dessa forma, os cidadãos seriam titulares de direitos de participação tornando-se parte da vontade pública, não atuando como meros espectadores. Assim, o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito orienta a atuação da Administração Pública de forma a incluir a sociedade civil, com toda sua heterogeneidade, complexidade e pluralidade, nos seus processos decisórios, assim, seria incongruente admitir a possibilidade de uma atuação insular, afastada de seus destinatários, sendo, portanto, a abertura à participação o elemento a justificar a atividade normativa das agências reguladoras independentes.

Para responder o problema proposto a pesquisa foi conduzida no âmbito da vertente sociológico-jurídica (GUSTIN; DIAS, 2013), por meio do estudo empírico das consultas públicas da ANS, a partir do levantamento de dados primários das consultas públicas disponibilizadas no sítio eletrônico da ANS, que foram analisados sob a perspectiva quantitativa e qualitativa. Também se procedeu ao levantamento bibliográfico sobre o tema com a finalidade de apresentar conceitos a serem instrumentalizados na resposta ao problema de pesquisa proposto.

O objetivo geral do trabalho foi analisar e indicar um diagnóstico da real participação da sociedade civil nas consultas públicas realizadas pela ANS.

## 2 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA REGULAÇÃO NORMATIVA NAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Frente à chamada autonomia reforçada, uma crítica fundamental ao modelo de agências reguladoras implantado no Brasil, a partir da década de 90 do século passado, diz respeito à legitimidade democrática da regulação normativa desenvolvida por esses entes.

---

<sup>1</sup> Audiências públicas, consultas públicas e câmaras técnicas.

A questão que se coloca em debate é saber em que proporção pode ser legítima e democrática a decisão de um órgão colegiado, não eleito e coberto de autonomia decisória em relação à administração direta, sobre o conteúdo de um regulamento, em contraposição à opinião de um ministro de Estado nomeado pelo Presidente eleito pelo voto popular. Ou, ainda, em que medida é legítima a fixação de políticas públicas para um setor da economia por meio de uma agência reguladora independente, na medida em que, ao exercer sua função normativa – com o escopo de regulação setorial técnica e especializada, como descrito por Menezes (2005) - acaba por especificar o conteúdo das normas gerais definidas em lei pelo Poder Legislativo ou em decreto do Presidente da República, ambos eleitos (MATTOS, 2011, p. 256).

As justificativas da legitimidade de atuação das agências reguladoras independentes se limitam, no âmbito do direito, “[...] ao debate constitucional no plano de uma análise ainda formalista da dogmática jurídica, no qual os problemas são sempre passíveis de uma solução técnica por meio da melhor interpretação (ou da interpretação que vencer a disputa)” (MATTOS, 2011, p. 258). Nesse contexto, os autores de Direito administrativo e econômico no Brasil, têm defendido a legitimidade ou ilegitimidade da atuação das agências reguladoras com base em exame de adequação aos princípios constitucionais, em especial os princípios da legalidade e da separação de funções.

Paulo Todescan Lessa Mattos (2011, p. 256) cita, dentre os numerosos estudos já produzidos, três linhas de trabalhos de juristas brasileiros para exemplificar essa perspectiva jurídico-formal.

A primeira refuta a tese de legitimidade tendo em vista a ausência de previsão constitucional para a delegação de função normativa às agências (Cf. DI PIETRO, 2005). Entendimento contrário propiciaria a ampliação da discricionariedade normativa por parte do poder regulamentar de forma a gerar um *déficit*, não apenas do controle de legalidade por parte do Poder Judiciário, uma vez que haveria a necessidade de recurso muito mais frequente ao princípio da razoabilidade das normas reguladoras em face da intenção do legislador, para a decisão sobre a sua constitucionalidade, como também do princípio da segurança jurídica, na medida em que as normas editadas pelas agências poderiam estar cada vez mais distantes do conteúdo das normas gerais definidas em lei pelo Poder Legislativo ou em decreto do Presidente da República.

A segunda, no mesmo sentido, mas numa perspectiva ainda mais radical à existência das agências reguladoras, afirma-se que sua função normativa representaria uma delegação abdicatória, ou seja, a renúncia do Poder Legislativo de seu dever constitucional (Cf. BANDEIRA DE MELLO, 1990). Nesse caso, o poder normativo das agências reguladoras estaria vedado pela Constituição, por força do art. 25, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Em sentido oposto encontra-se a terceira linha, composta pela literatura inserida no contexto de surgimento das agências reguladoras no Brasil, no paradigma da reforma gerencial, que se sustentou a necessidade de revisão de alguns dos postulados principais do constitucionalismo clássico – tais como os princípios da legalidade e da separação de funções – à luz da realidade socioeconômica cada vez mais complexa gerada pelo mundo globalizado (Cf. CUÉLLAR, 2001; SUNDFELD, 2006; MARQUES

NETO, 2006). Seguindo o argumento da necessidade de regulação técnica e especializada de mercados, essa linha desloca o foco (mas não deixa de lado) das questões associadas à dogmática constitucional (legalidade e separação de funções) direcionando-o à defesa de eficiência da atividade reguladora. Porém, essa linha associa tal exigência à necessidade de participação pública direta no processo decisório das agências reguladoras, como instrumento de controle e influência, capaz de suprir as alegações de violação ao princípio democrático.

Apesar de considerarem em seus argumentos os mecanismos de participação popular (“ou controle social”), essa última linha ressalta a legitimidade pela eficiência, deixando para segundo plano a reflexão sobre o sentido e o funcionamento dos mecanismos de participação pública na atividade regulatória, ou seja, aqueles referentes à legitimação das normas editadas e às decisões tomadas pelas agências reguladoras independentes (MATOS, 2011, p. 257).

A partir da análise das linhas de trabalho acima indicadas é possível aferir que os autores abordam a questão da legitimidade a partir de um exame de constitucionalidade restrito à legalidade e separação de funções - próprio de um modelo liberal do direito e da democracia - não se atentando para o grau de complexidade das relações sociais presentes no surgimento do Estado regulador.

A criação dos espaços de deliberação pública e participação popular nos processos decisórios das agências, pensados no projeto de reforma do Estado permaneceram no nível do discurso e idealização. Ou seja, assume-se que a simples previsão legal de mecanismos participação pública direta na atuação das agências reguladoras seria suficiente para suprir o *déficit* de legitimidade democrática (SOUTO, 2011, p. 97). Não se investiga o potencial democrático dos mecanismos de participação institucionalizados por meio de normas, tampouco a sua incorporação nas práticas regulatórias das próprias agências.

Assim, essa concepção jurídico-formal de legitimidade é insuficiente para explicar o fundamento normativo que as agências reguladoras independentes detêm de fato na sociedade, diante de um contexto contemporâneo condizente com o princípio democrático de expansão da deliberação, de expansão de canais de diálogo entre sociedade civil e Estado e de um forte nível de participação.

Ou seja, não basta fazer uma afirmação normativa da participação, muito menos preconizar que a participação popular é essencial no paradigma deliberativo, uma vez que o problema é identificado na *práxis* cotidiana de deliberação das diversas atividades estatais: legislativa, administrativa e judiciária. O problema é normativo-empírico, pois é o fazer participativo que gera a justiça/legitimidade.

Ultrapassado o modelo meramente representativo de democracia e, tendo em vista a proposta constitucional de democracia deliberativa fomentada pela ampla participação, a legitimidade decorrerá de um debate público entre agências reguladoras, setor regulado e sociedade civil (todos possivelmente interessados ou afetados pelas decisões). Dessa forma, o Estado de Direito deve promover as garantias necessárias para que todos os interessados possam participar da deliberação, em igualdade de condições, através da troca de argumentos.

Se há uma esfera pública pouco ativa ou a participação privilegiada de determinado grupo de interesse em detrimento de outros, os problemas relacionados à legitimidade democrática aparecem. Isto é, as condições efetivas de participação pública são, nessa perspectiva, o melhor critério para se medir o potencial democrático das agências reguladoras independentes.

Nas palavras de Binjenbojm:

[...] a participação dos cidadãos apresenta-se como a mais alentada forma de suprimento do problema do *déficit* de legitimação democrática das agências independentes. Se há uma dificuldade de legitimação decorrente da alocação de porção do poder do Estado em reguladores não eleitos e não sujeitos aos mecanismos tradicionais de aferição da responsividade social de sua atuação, o fomento à participação social nos processos regulatórios seria uma possível maneira de reforçar o grau de autoridade das decisões das agências. (BINENBOJIM, 2008, p. 294-295).

Gustavo Assed Ferreira também sustenta que o *déficit* democrático, gerado pela presença acentuada da Administração no processo regulatório em face do Poder Legislativo, pode ser superado “[...] pela maior presença da sociedade na edição dos atos normativos e na devida motivação dos atos administrativos expedidos pela Administração Pública”. (FERREIRA, 2010, p. 194)

Portanto, avaliar a legitimidade democrática das agências reguladoras independentes perpassa pela análise da efetiva participação dos cidadãos durante o processo decisório sobre a edição de normas e as condições de deliberação sobre o conteúdo da regulação. Ou seja, avaliar o grau de organização e de mobilização da sociedade brasileira nos processos participativos proporcionará a identificação da presença de *déficit*, ou não, de democraticidade da regulação administrativa.

Quanto aos Instrumentos de participação da sociedade civil na ANS, a Resolução Normativa (RN) n. 242/2010 estabelece como instrumentos de participação da sociedade civil e dos agentes regulados nos processos de edição de normas e de tomada de decisão da ANS: as consultas, audiências públicas e as câmaras técnicas. (BRASIL, 2017a)

Esses instrumentos possuem como objetivos: recolher sugestões e contribuições para o processo decisório da ANS; propiciar à sociedade civil e aos agentes regulados a possibilidade de encaminhar sugestões e contribuições; identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria submetida ao processo de participação democrática; dar maior legitimidade aos atos normativos e decisórios emitidos pela ANS; e, por fim, dar publicidade à ação da ANS (art. 2º - RN n. 242/2010).

Não obstante a ausência de força vinculativa dos mecanismos nas decisões da agência (art. 3º - RN n. 242/2010) e a facultatividade de sua realização<sup>2</sup>, a resolução prevê que eles têm como objetivo garantir maior legitimidade na atuação da ANS; ou

<sup>2</sup> Os arts. 4º, 9º e 17 da RN n. 242/2010 confirmam a discricionariedade da ANS nessa questão. No entanto, não se deve atribuir ao caráter facultativo uma absoluta discricionariedade, uma vez que, a não realização de audiências e consultas públicas, ou sua realização insuficiente, ofende o princípio democrático e macula a atividade normativa. Há claramente ofensa ao princípio da proporcionalidade, o que também viola o devido processo legal substantivo. (BRASIL, 2010)

seja, percebe-se a preocupação com uma nova postura da Administração frente à sociedade no contexto do Estado Democrático de Direito.

Considerando esses três mecanismos de participação da sociedade civil e dos agentes regulados nos processos de edição de normas e de tomada de decisão da ANS, apenas a consulta pública permite o controle do processo decisório da agência sobre o conteúdo da regulação, conforme será visto adiante.

### 3 CONSULTAS PÚBLICAS DA ANS 2000-2017: UM ESTUDO DOS REQUISITOS LEGITIMADORES

Antes de adentrar especificamente na análise dos dados coletados, faz-se necessário uma introdução acerca do trâmite de construção das normas do setor da saúde suplementar que serão submetidas às referidas consultas públicas.

#### 3.1 Atividade normativa da ANS

De acordo com o regimento interno da ANS, compete à Diretoria Colegiada editar normas sobre matérias de competência da ANS (Art. 6º, III da Resolução Regimental n. 01/2017). Ainda conforme art. 30 da citada Resolução, a Diretoria Colegiada manifesta-se pelos seguintes instrumentos: 1) ata; 2) resoluções, podendo ser: a) normativa – RN; b) normativa conjunta – RNC; c) operacional – RO e d) administrativa – RA; e) regimental – RR: estabelece o Regimento Interno da ANS; 3) súmula normativa; 4) portaria; 5) consulta pública; 6) comunicado e; 7) despacho. (BRASIL, 2017b)

Verifica-se que a RN, ao regular a implementação da política de saúde suplementar nacional e a prestação dos serviços de assistência suplementar à saúde, caracteriza-se como o ato normativo que poderá ser submetido à consulta pública nos termos do art. 4º da RN n. 242/2010, passando pelas seguintes etapas de elaboração das normas de saúde suplementar:

**1 - Origem:** Ao estudar o mercado e conhecer o ponto de vista dos consumidores de planos de saúde e do setor regulado através de seus Canais de Relacionamento, a ANS identifica temas que precisam de normatização ou de regulamentação mais clara.

**2 - Câmaras e Grupos Técnicos:** Após decisão de um dos diretores ou da Diretoria Colegiada da ANS, são instituídas Câmaras Técnicas. Elas são compostas por especialistas no assunto a ser discutido e entidades representativas do setor convidados para a discussão de um determinado tema com integrantes da ANS. Se for necessário um estudo técnico ainda mais aprofundado, pode ser constituído um Grupo Técnico. As conclusões desses debates constituem importantes fundamentos para a elaboração da legislação.

**3 - Minuta:** É produzida uma minuta ou versão inicial para a norma legal. Esse documento é acompanhado por uma exposição dos motivos que levaram a Diretoria Colegiada a se pronunciar sobre cada tema.

**4 - Consulta Pública:** A minuta ou versão inicial da norma legal é submetida à Consulta Pública pelo sítio da ANS: o texto é apresentado à sociedade e

por um período fica disponível para comentários e sugestões dos interessados.

**5 - Consolidação e Resposta:** As contribuições recebidas são avaliadas e respondidas e podem resultar em alterações no texto da norma inicialmente proposta.

**6 - Aprovação e Assinatura:** A Diretoria Colegiada delibera e aprova a norma, assinada pelo Diretor-Presidente da ANS.

**7 - Publicação:** A norma é divulgada no Diário Oficial da União e no sítio da ANS. (ANS, 2017a).

Essas etapas são facilmente verificáveis em grande parte das consultas analisadas. A formação de Câmaras e Grupos Técnicos, cujo objetivo consiste no estudo mais aprofundado da matéria objeto de normatização, foi expressamente mencionada nas consultas n.: 2/2001, 12/2003, 14/2003, 16/2003, 18/2004, 34/2010, 41/2011, 46/2011 e 25/2006, 31/2009, 32/2010, 40/2011, 42/2011, 49/2012, 53/2013, 59/2015, 60/2017, respectivamente. Após o estudo, a minuta da RN é submetida à consulta pública com a finalidade de receber contribuições de todo e qualquer segmento (empresa, entidade associativa, prestador de serviço, consumidor) que queira se manifestar.

Após o processo, a norma resultante, alterada ou não, é encaminhada para aprovação, assinatura e posterior publicação.

### 3.2 Consultas públicas da ANS (2001 – 2017): universo e amostragem estudados

O estudo analisou 59 consultas públicas realizadas pela ANS (2017b), conforme dados disponibilizados no endereço eletrônico da Agência. As Consultas foram numeradas sequencialmente, sendo as consultas 1 a 6 realizadas, em 2001; 7 e 8, em 2002; 9 a 16, em 2003; 17 a 20, em 2004; 21 e 22 em 2005; 23 a 26 em 2006; 27 e 28, em 2007; 29 e 30 em 2008; 31, em 2009; 32 a 36, em 2010; 37 a 46, em 2011; 47 a 52, em 2012; 53, em 2013; 54 a 56, em 2014; 57 a 59, em 2015; 60, em 2017<sup>3</sup>. Não foi realizada nenhuma consulta pública no ano de 2016.

Da totalidade de consultas analisadas (sendo a consulta n. 60/2017 a última), algumas não possuem os dados de contribuições disponibilizados (Consultas nº 4, 5, e 6/2001; 8/2002; 9/2003; 34/2010), sendo que outras (25 ocorrências) sequer mencionam a realização do processo.

Já no tocante à consolidação e resposta, embora a etapa defina que as contribuições recebidas são avaliadas e respondidas, dando a entender que todas as contribuições seriam avaliadas e respondidas, percebe-se que na quase totalidade de consultas a ANS apenas disponibiliza uma síntese das principais contribuições, nem sempre justificando seu acolhimento ou rejeição. As únicas consultas em que houve a disponibilização de todas as contribuições, bem como a justificativa para seu acatamento ou rejeição, foram as consultas n.: 46/2011, 52/2012 e 57/2015.

---

<sup>3</sup> A consulta n. 3/2001 não existiu, provocando erro de numeração subsequente

A fim de possibilitar maior controle da atividade normativa da ANS por parte dos participantes e interessados, seria essencial a disponibilização da justificativa para acolhimento e rejeição de todas as contribuições recebidas, e não apenas daquelas consideradas relevantes, e de maneira discricionária, por parte da agência.

A partir da análise individualizada de cada consulta pública algumas conclusões podem ser externadas, inclusive no que tange ao corte sistemático para exploração de dados específicos pertinentes aos objetivos da pesquisa.

A aferição da legitimidade do exercício da competência normativa da ANS, foi realizada com base nos seguintes critérios: efetiva participação; segmentos que contribuíram; relação entre o objeto da consulta e a intensidade de participação do mercado consumidor e do mercado empresarial; quantidade de contribuições acatadas, rejeitadas e descartadas; comparação de dados de consultas de mesmo objeto.

Assim, não obstante a indicação de 59 consultas públicas realizadas, constantes do sítio eletrônico da ANS (ANS, 2017b), apenas 26 são úteis à aferição da legitimidade democrática da agência, o que se seu a partir da consulta n. 31/2009.<sup>4</sup>

Em outras palavras, dependendo do dado a ser extraído, a análise oscilará entre o universo de consultas públicas realizadas entre 2000/2017, ou seja, 59 ou uma amostragem de 26 consultas referente àquelas que dispõem de dados suficientes<sup>5</sup>.

Uma segunda observação pode ser feita com relação à ausência de parametrização de dados disponibilizados por cada consulta. Algumas delas, por exemplo, revelam o número de contribuições recebidas da sociedade civil, outras não. Da mesma maneira, algumas distribuem as contribuições por segmento (como por exemplo, operadoras, consumidores, gestor), outras não, e, por fim, algumas detalham todas as contribuições recebidas, outras sintetizam as mais relevantes. Ou seja, não há um procedimento padrão, pautado em critérios objetivos, para análise e seleção das contribuições.

Em suma, trata-se de uma base de dados com distorções causadas pela forma como foram disponibilizadas pela ANS, cuja consequência é, a depender do dado a ser extraído, transformar a análise global de todas as consultas públicas organizadas pela agência reguladora em uma pesquisa com uma amostragem de pouco mais de 50% do total realizado. Desta feita, não foi possível extrair dados significativos de análise para as consultas anteriores àquela 31/2009.

Por outro lado, além das repercussões estatísticas, a diversidade de procedimentos contribui também para o prejuízo da participação, uma vez que a sociedade civil não tem acesso de antemão aos critérios utilizados na análise de suas contribuições, dificultando o controle social dos atos normativos expedidos pela agência. Tal variabi-

---

<sup>4</sup> Da consulta n. 31/2009 à consulta n. 60/2017, apenas cinco (32/2010, 34/2010, 37/2011, 58/2015, 60/2017) possuem insuficiência ou indisponibilidade de dados.

<sup>5</sup> Isso porque, para recuperação de dados não disponibilizados, seria necessário uma pesquisa *in loco*, documental, historiográfica na sede da agência no Rio de Janeiro; no entanto, optou-se por não fazer esse resgate de dados, uma vez que a intenção é a constatação de dados disponibilizados a qualquer cidadão, sendo que, se se trata de um processo público, participativo e transparente, o correto seria que todas as consultas oferecessem dados suficientes à apuração da efetividade do mecanismo de relação entre a sociedade civil e a Administração Pública. Ademais, ressalta-se que a ANATEL possui um padrão de disponibilização de informações desde a primeira consulta em 1999, além de dados mais completos e detalhados, diferente da ANS (ANATEL, 2017).

lidade compromete o caráter participativo e democrático das consultas públicas, uma vez que não basta apenas o empenho à sua realização para que o ato normativo seja legítimo, é preciso que a participação seja efetiva, em igualdade de condições e mediante regras claras e objetivas que possibilite esse cenário.

Há de se notar que inclusive após a vigência da RN n. 242/2010, que fixa critérios mínimos a serem observados no processo de consulta (art. 4º a art. 8º), a inconsistência permanece, o que pode ser atribuído ao fato de não haver um setor específico para processamento, organização, consolidação e armazenamento das consultas públicas, se observado o organograma de setores da ANS (2014). Esse setor seria imprescindível para uma agência que tem como valores transparência, informação e defesa de interesses, para que os dados resultantes de um processo democrático-participativo estejam à disposição dos interessados e não se percam por eventual falta de organização interna.

### 3.3 Consultas realizadas e RNs publicadas

Outro apontamento importante decorrente dos dados analisados diz respeito à quantidade de consultas públicas realizadas quando comparadas à quantidade de resoluções normativas publicadas ao longo de cada ano, conforme dados do Quadro 1.

**Quadro 1** – Comparativo entre o número de resoluções normativas publicadas e o número de consultas realizadas em cada ano.

ANO	RDC's <sup>6</sup> E RN's PUBLICADAS	CONSULTAS REALIZADAS
2001	47	5
2002	22	2
2003	42	8
2004	22	4
2005	35	2
2006	20	4
2007	24	2
2008	18	2
2009	25	1
2010	44	5
2011	42	10
2012	32	6
2013	27	1
2014	23	2
2015	27	3
2016	25	0
2017 <sup>7</sup>	05	1

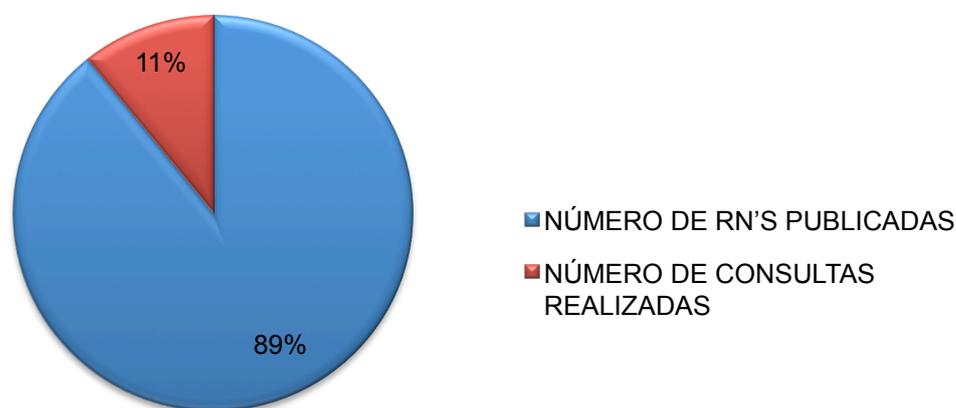
Fonte: ANS, 2017b.

<sup>6</sup> As resoluções de diretoria colegiada (RDC's) foram editadas até 05/02/2002, após essa data a terminologia alterou para resoluções normativas.

<sup>7</sup> Dados obtidos até o mês de julho de 2017.

O dado revela que o número de consultas realizadas é reduzido, se comparado ao total de normas que são editadas pela ANS sem consulta pública, como destaca e explicita o Gráfico nº 1.

**Gráfico 1** – Percentual do total de RN's *versus* consultas realizadas entre os anos 2001-2017.



Fonte: Quadro 1

O gráfico aponta que, do total dos RN's publicadas, apenas 11% delas contaram com a realização prévia de consultas públicas. Em outras palavras, para cada 10 RN's, apenas uma consulta foi levada a cabo pela ANS. Trata-se de baixo índice, pouco condizente com a natureza pública e social do objeto regulado, a dizer, a saúde suplementar, usufruída por mais de 47 milhões de brasileiros, conforme dados da própria ANS (2017a).

Não obstante a existência de RN's de índole meramente organizacional<sup>8</sup>, a desproporção constatada acima constitui dado alarmante que indica que o processo de consulta pública não está cumprindo o propósito para o qual foi instituído, qual seja, garantir a legitimidade da atividade normativa da ANS. Ao longo dos anos 2009 e 2013 foi realizada apenas uma consulta pública, sendo que nos anos 2002, 2005, 2007, 2008 e 2014, apenas duas. Ou seja, percebe-se atuação unilateral da agência ao editar resoluções em flagrante desestímulo à utilização de consultas públicas, como se fosse mero requisito acessório, e não processo indispensável para a concretização da democracia participativa.

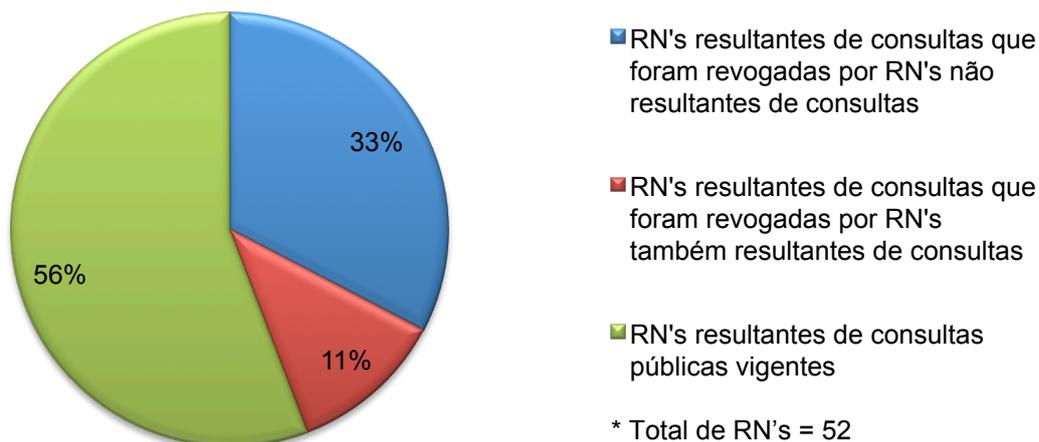
### 3.4 Falhas procedimentais detectadas

O comprometimento procedimental na realização de consultas públicas também merece destaque. Uma vez que o assunto de uma RN advém justamente da consulta pública, pressupõe-se que a norma revogadora dessa RN também deve ser submetida

<sup>8</sup> Como por exemplo: descrição de atividades de determinado cargo, fixação de custeio de estadia de empregados ou servidores, fixação de remuneração de pessoal em regime de contratação temporária.

ao mesmo processo, mantendo-se a coerência em relação à atividade normativa da agência reguladora. No entanto, não é bem esse o cenário encontrado na ANS, conforme demonstrado no Gráfico 2.

**Gráfico 2** – Percentual de RN's resultantes de consultas públicas: vigentes, revogadas por RN's não resultantes de consultas públicas e revogadas por RN's também resultantes de consultas públicas.



Fonte: ANS, 2017b

Diante dos dados apresentados, constatou-se que quando uma RN resultante de consulta pública é revogada, há três vezes mais chances de que a nova norma que irá lhe substituir não utilize o mesmo processo de participação social. Ou seja, o baixo índice de frequência de consultas públicas é agravado pela própria política de revogação e substituição normativa da agência, que o fez com desapego ao fluxo participativo.

Assim, o alto percentual de resoluções (advindas do processo de consulta pública) que foram revogadas por outras que sequer receberam o mesmo tratamento, interrompe o ciclo que deveria ser de obrigatória continuidade quando se está diante da atuação normativa justificada pela legitimidade democrática. Essa quebra de continuidade provoca, conseqüentemente, a quebra da função legitimadora da participação na qual se apoiava a primeira norma.

### 3.5 Lapso temporal de realização das consultas públicas

O tempo de duração das consultas públicas, que corresponde ao período entre o dia do término de recebimento das contribuições e a data de publicação da RN, não variou muito, tendo sido verificada a duração até 1 mês, em 51 casos; e acima de 1 mês em apenas 8 casos.

Verifica-se que a quase totalidade das consultas segue uma referência de prazos que também independe da complexidade da matéria a ser debatida. Matérias complexas, que recebem grande número de contribuições, como a fixação de rol de procedimentos (Consultas 01/2001, 19/2004, 25/2006, 27/2007, 31/2009, 40/2011, 53/2013, 59/2015), tiveram duração de cerca de um mês; enquanto o prazo máximo verificado, nas Consultas 26/2006 e 53/2013 foi de dois meses.

Trata-se de prazo por demais exíguo, tendo em vista que o segmento não enquadrado na área da saúde e que participa da consulta precisa de um mínimo de tempo para efetuar pesquisas e se inteirar do assunto discutido, que é, via de regra, profundamente técnico e relevante para o consumidor, na medida em que irá propor inclusão, alteração ou exclusão de determinado procedimento de cobertura obrigatória por parte dos planos privados de assistência à saúde.

Para exemplificar o que se afirma, é interessante contrastar a Consulta n. 45/2011 - cujo objeto versa sobre a obrigatoriedade de divulgação das redes assistenciais das operadoras de planos de saúde nos seus portais corporativos da internet, matéria relativamente simples - com a Consulta n. 31/2009 - sobre fixação do rol de procedimentos a serem cobertos pela saúde suplementar<sup>9</sup>. Malgrado as diferenças de complexidade, as RN editadas foram o resultado de consultas públicas com duração similar, de apenas um mês.

### 3.6 As contribuições dos participantes nas consultas públicas

Considerando as 25 consultas estudadas qualitativamente<sup>10</sup>, levantou-se que o total de contribuições dos participantes foi de 58.381, sendo, em média, 2.335 em cada consulta. (ANS, 2017b)

É esperado que uma matéria complexa desfrute de prazo maior para recebimento de contribuições, a fim de oportunizar a participação ampla e irrestrita dos diversos segmentos interessados. Não obstante o alto número de contribuições recebidas nas consultas relacionadas à fixação do rol de procedimentos, é possível supor que esse número poderia ser ainda maior caso as consultas de mesma matéria disponibilizassem o mesmo prazo (de dois meses, por exemplo) para recebimento de contribuições.

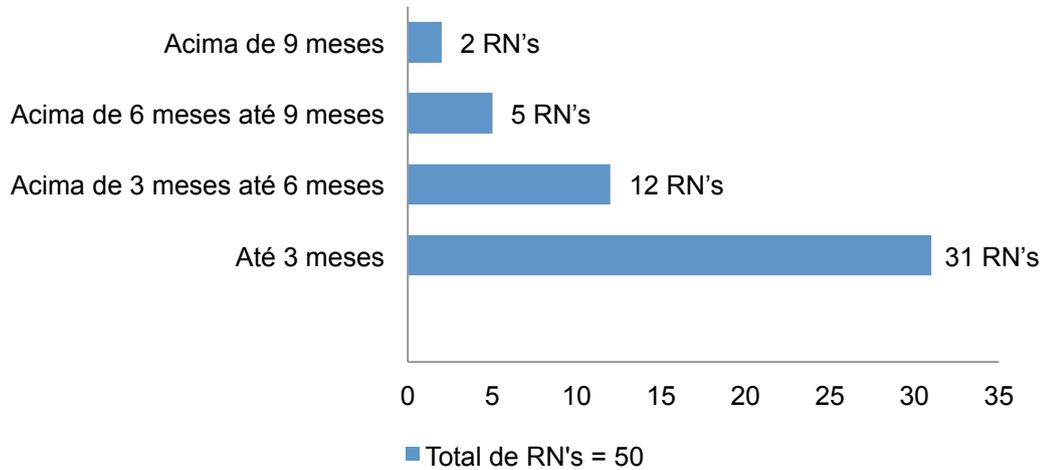
Noutro giro, faz-se menção a outro prazo relevante nas Consultas Pública: ao lapso temporal entre o término do recebimento de contribuições na consulta pública e a data da publicação da RN final. Trata-se do prazo em que a ANS faz a triagem; analisa e manifesta motivadamente acerca das contribuições recebidas, acatando ou rejeitando cada contribuição ou, pelo menos, conforme dispõe o art. 8º, IV da RN n. 242/2010, das principais contribuições; e realiza as alterações na minuta de RN que considerar pertinentes, transformando-a na RN que será publicada. O Gráfico 4 sintetiza a situação das RN's decorrentes das consultas da ANS<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Tabela construída com base nos dados disponibilizados pela ANS, conforme tabela 1.

<sup>10</sup> Consulta n. 31/2009; 33/2010; 35/2010; 36/2010; 38/2011; 39/2011; 40/2011; 41/2011; 42/2011; 43/2011; 44/2011; 45/2011; 46/2011; 47/2012; 48/2012; 49/2012; 50/2012; 51/2012; 52/2012; 53/2013; 54/2014; 55/2014; 56/2014; 57/2015 e 59/2015.

<sup>11</sup> O universo de consultas nesse caso corresponde ao total de 50 pelo fato de as consultas n. 6/2001, 22/2005, 24/2006, 26/2006, 54/2014 e 58/2015 não terem resultado em RN's, por necessidade de apro-

**Gráfico 4** – Lapso temporal entre o término do recebimento de contribuições em consultas públicas e a publicação da respectiva RN.



**Fonte:** (ANS, 2017b)

Nota-se que a maioria das RN's estudadas levam até três meses para serem publicadas e, conforme dados levantados, esse prazo independe da quantidade de contribuições recebidas, o que teoricamente, vai contra à lógica de que as consultas que recebessem maior número de contribuições, hipoteticamente, deveriam levar tempo maior de processamento, quando comparadas às consultas cujas contribuições são em número inferior.

Observou-se que consultas que atingiram acima de 16.000 contribuições (Consulta 43/2011) receberam o mesmo tratamento de outras com 199 contribuições (Consulta 33/2010), 164 contribuições (Consulta 47/2012). Identifica-se uma grande distorção na elaboração das RNs, uma vez que o mesmo prazo de três meses seria suficiente para análise tanto de 199 quanto de 6.000 contribuições.

Ademais, as consultas 31/2009 e 53/2011, todas com um considerável número de contribuições (8.039 e 7.340), da mesma forma não ultrapassaram o prazo de três meses para publicação das RN's.

Tais constatações apontam para os seguintes questionamentos: o prazo de três meses possibilita o processamento de todas as contribuições recebidas? As contribuições são examinadas individualmente? As contribuições são consideradas quando da elaboração da RN final que será publicada? Uma das respostas que já se adianta é que não se verificou a ocorrência de alterações consideráveis entre a minuta de RN e a RN final, sendo que, na grande maioria das consultas analisadas, a minuta foi praticamente inalterada. Consequentemente, dúvidas despontam acerca da efetiva e real participação dos interessados nas consultas públicas, afetando a legitimidade democrática da atividade normativa da ANS. Colocando de maneira ainda mais direta, exis-

---

fundamento nos estudos; as consultas n. 52/2012 e 57/2015 resultarem em agendas regulatórias; a consulta n. 27/2007 ter disponibilizado datas incoerentes.

tem sérios indícios de que o *input* da sociedade civil não impacta a atividade normativa da ANS, que transformou o processo de consultas em mera ritualística formal, sem qualquer repercussão deliberativa.

### 3.7 Publicidade do processo de abertura da consulta pública

De acordo com o art. 5º da RN n. 242/2010, a divulgação se dá mediante publicação no DOU e divulgada no sítio eletrônico da ANS. Todas as consultas analisadas são divulgadas em conformidade ao disposto no referido artigo, ou seja, apenas no DOU e no sítio eletrônico da ANS.

No entanto, identifica-se certa carência nos métodos formais utilizados pela ANS, os quais não atendem o propósito do processo de consulta pública, qual seja, garantir a ampla publicidade propiciando, conseqüentemente, ampla participação<sup>12</sup>. Isso evidencia a necessidade de rever esses métodos e a própria regulamentação, ampliando as alternativas de divulgação das consultas públicas, como por exemplo: envio de e-mail aos entes e órgãos públicos, órgãos de defesa do consumidor, comunidades científicas ligadas à matéria, Universidades, conselhos profissionais; propagandas em rádio, televisão, seminários; envio de mala direta, dentre outros.

Não se deve perder de vista que o objetivo da consulta pública é garantir o acesso e participação de todos os interessados buscando a solução consensual e homogênea, garantindo assim a legitimação da atuação da agência.

## 4 Conclusões

Os dados e informações apresentados conduzem à constatação de que o mecanismo de consultas públicas utilizado pela ANS não tem passado de uma ritualística formal a legitimar sua atuação normativa. Ou seja, a legitimidade pelo procedimento foi transformada em mera formalidade, destituída do devido processo legal substantivo.

A indisponibilidade de dados suficientes à verificação estatística da efetiva participação somada à diversidade de procedimentos utilizados pela ANS nas consultas, dificultam o controle social dos atos normativos e comprometem a participação democrática de todos os interessados. A ausência de procedimento uniforme, composto de regras claras e objetivas, provoca a perda de credibilidade e interesse do cidadão de participar efetivamente do processo de consulta, levando, conseqüentemente, à perda de legitimidade do mesmo.

Assim, o propósito de atribuir legitimidade à atividade normativa da agência não é alcançado na medida em que a participação se restringe ao grupo de interesse que possui o domínio e conhecimento das regras do jogo, ou seja, os agentes regulados.

---

<sup>12</sup> Cabe destacar que muitas pessoas não possuem computador em seu domicílio com acesso à internet, ou seja, a divulgação meramente eletrônica seria insuficiente para abranger esse público.

Vale frisar que mesmo após a vigência da RN n. 242/2010 - que traçou regras mínimas ao processo de consultas públicas da ANS - a inconsistência do procedimento permanece, inexistindo padrão mínimo de dados a serem coletados e disponibilizados para a sociedade, de forma a eliminar a oscilação no campo de amostragem explorado.

Por isso, a observância de procedimento uniforme, em observância ao devido processo legal substantivo, à equidade, à inclusão, são balizas que proporcionam deliberações normativas legítimas e justas.

Da mesma forma, ausência do motivo de acolhimento ou rejeição de todas as contribuições encaminhadas pelos participantes das consultas públicas, assim como ocorre no processo norte-americano, e também a falta de previsão de critérios objetivos para análise e seleção das mesmas, constituem empecilho à promoção da ampla participação, uma vez que inviabiliza o controle social das decisões emitidas pela agência. O envio de uma sugestão, dúvida ou crítica sem o devido retorno frustra aquele contribuinte que a encaminhou, fazendo com que perca o interesse de uma próxima participação.

A participação democrática deve ocorrer com liberdade e igualdade de condições, portanto, não é razoável que o *feedback* da agência seja seletivo e direcionado apenas àquelas contribuições que ela considerar relevantes. Neste quesito, o tratamento deve ser isonômico.

Outrossim, a constatação do baixo índice de frequência da realização de consultas, em comparação ao alto índice de edição de RN's, atribui caráter acessório ao mecanismo que deveria ser principal. A lógica deveria ser contrária à realidade detectada, pois, a partir do momento que a atuação normativa da agência reguladora é legitimada pela participação da sociedade, pela interação entre todos os interessados em igualdade de condições, a maioria das RN's deveria ser proveniente do mecanismo que viabiliza essa interação, ou seja, das consultas públicas.

O baixo índice de frequência ainda é agravado pela política de revogação e substituição normativa da ANS, vez que não se vislumbra a continuidade do processo de consultas públicas. Assim, além de poucas RN's advindas do mecanismo que lhe atribui legitimidade, estas, em sua maioria, ainda são revogadas por outras em observância ao mesmo processo legitimador. Se à agência é dada a opção de escolha daquelas matérias que serão submetidas às consultas públicas, subentende-se que o processo deve ser sucessivo, até que a norma deixe de existir no mundo jurídico, sob pena de insuficiência à garantia de legitimidade democrática pelo desapareço ao fluxo participativo.

Os lapsos temporais de duração da consulta pública e de publicação da RN resultante são incoerentes quando comparados uns aos outros. Prazos exíguos para consultas complexas e com inúmeras contribuições e, por outro lado, o mesmo prazo para consultas simples e com poucas contribuições. Tal fato desperta dúvidas acerca da real e efetiva participação, tendo em vista que a opinião formada no processo de consultas públicas da ANS, mediante deliberações promovidas pelos participantes, não influencia o resultado de sua atividade normativa.

Isto é, o potencial democrático, presente no processo de consultas públicas, capaz de legitimar a atuação normativa da ANS, é ilusório e sem repercussão deliberativa, o que caracteriza a mera existência de um mecanismo formal destituído de utilidade prática.

Por fim, constatou-se, de fato, a baixa efetividade da participação da sociedade civil (consumidores) nas consultas públicas da ANS, cujos fatores são atribuídos à publicidade restrita conferida ao processo, limitada ao DOU e ao sítio eletrônico da ANS; ao alto grau de tecnicidade da matéria, demandando a presença de órgãos e associações de defesa dos interesses do consumidor; à falta de interesse da própria sociedade com a gestão administrativa. Isso faz com que o instrumento de consulta perca sua eficácia, esvaziando e deslegitimando o discurso democrático.

É dizer, não basta garantir formalmente à sociedade civil o instrumento participação no processo decisório da agência reguladora. É preciso que a matéria debatida possa ser efetivamente influenciada pelos atores da sociedade civil, destinatários das decisões.

O resultado da análise das consultas públicas realizadas pela ANS evidenciou a predominância de assimetria em contraposição a um discurso de efetiva participação e deliberação sustentado pela literatura.

Portanto, é necessário rever o processo de consultas públicas desenvolvido pela ANS, a partir de um procedimento detalhado, de forma a reduzir e distância entre Administração e sociedade, haja vista que é a deliberação fomentada pela participação que conferirá legitimidade à atuação da agência. Referido procedimento deve fixar, por exemplo, prazos a depender da complexidade e vulto da matéria, forma de avaliação das contribuições, obrigações e deveres da agência, simetria de dados a serem disponibilizados à sociedade

Além disso, o campo de segmentos participativos deve ser ampliado de forma a atingir especialistas qualificados, cientistas e estudiosos integrantes das Universidades e instituições de ensino, órgãos/entidades representativos dos interesses dos consumidores, o que promoverá a ampliação da confiança na efetividade do canal de participação. Para isso, é preciso estender os mecanismos de divulgação das consultas alcançando públicos plurais e heterogêneos; disponibilizar um manual de participação com a identificação e contatos do setor e dos profissionais responsáveis pelo processo, para esclarecimento de dúvidas ou questionamentos; prazos razoáveis para envio de contribuições a depender da complexidade da matéria; utilização de linguagem clara e acessível.

Finalmente, é necessário rever e fortalecer normas jurídicas que garantam a vinculação das contribuições às RN's resultantes do processo de consulta, com o objetivo de assegurar sua repercussão deliberativa.

Há de se reconhecer que a Administração Pública tem demonstrado certo interesse na promoção de mecanismos democráticos de participação e deliberação, mas essa iniciativa precisa ser ampliada na busca da efetivação do Estado Democrático de Direito. Não se pode admitir que a Administração se julgue apta a estabelecer "a melhor sociedade". A construção de uma sociedade melhor deve pautar-se em uma perspectiva deliberativa, por meio da qual Administração e sociedade estejam aptas a

participar do processo discursivo de criação e implementação de uma nova realidade normativa.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA Nacional de Saúde Suplementar. **Consultas públicas encerradas**. Rio de Janeiro, 2017b. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/participacao-da-sociedade/consultas-e-participacoes-publicas/consultas-publicas-encerradas>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

AGÊNCIA Nacional de Saúde Suplementar. **Elaboração das normas da saúde suplementar: Etapas do serviço**. Rio de Janeiro, 2017a. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/legislacao/elaboracao-das-normas-da-saude-suplementar>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

AGÊNCIA Nacional de Saúde Suplementar. **Organograma informativo ANS**. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/images/stories/Organograma\\_informativo\\_ANS\\_26\\_06\\_14.pdf](http://www.ans.gov.br/images/stories/Organograma_informativo_ANS_26_06_14.pdf)>. Acesso em: 07 jun. 2017.

AGÊNCIA Nacional de Telecomunicações. **Acompanhamento de consulta pública**. Brasília, 2017. Disponível em: <<https://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/ListaConsultasContribuicoes.asp>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Regulamento e princípio da legalidade. **Revista de Direito Público**. São Paulo: RT, n. 96, out-dez, 1990.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa n. 242 de 7 de dezembro de 2010. Dispõe sobre a participação da sociedade civil e dos agentes regulados no processo de edição de normas e tomada de decisão da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS mediante a realização de consultas e audiências públicas, e câmaras técnicas. **Diário Oficial da União**, Brasília, 7 dez 2010. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTYxNg==>>. Acesso em: 8 jun. 2017a.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Regimental n. 1 de 17 de março de 2017. Institui o Regimento Interno da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar 2017. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzM5MA==>>. Acesso em: 8 jun. 2017b.

CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FERREIRA, Gustavo Assed. A regulação econômica no Brasil e as agências reguladoras: a ANVISA. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Org.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge, Massachussets, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a. V. I.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b. V. II.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Autonomia decisória, discricionariedade administrativa e legitimidade da função reguladora do Estado no debate jurídico brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. Poder regulamentar das agências reguladoras. **NOMOS - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, n. 24, p. 109-118, 2005.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Extensão do poder normativo das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

**Submetido em: 30 nov. 2018. Aceito em: 30 dez. 2018.**



## EMPRESA PÚBLICA É COMPANHIA?

*Daniel Amin Ferraz*  
*Silas Roberto de Souza*

### Resumo

Para saber se empresa pública é companhia, tomou-se como referência não apenas a legislação e doutrina pertinentes, mas, também, a título de exemplo, a estrutura de governança de uma empresa pública de relevo nacional: a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Segundo o Decreto-lei nº 200/1967, a empresa pública pode assumir qualquer das formas admitidas em direito. Assim, à vista das possibilidades do Código Civil, a empresa pública deve assumir a forma de sociedade. As empresas públicas, como a ECT, são sociedades unipessoais, ou porque, segundo a doutrina, se enquadram na figura de subsidiária integral originária prevista na Lei das SA ou porque a lei federal que as criou tem o condão de derrogar o dispositivo da Lei das SA que exige o concurso de pelo menos duas pessoas para a formação de uma sociedade anônima. Além disso, a Lei das Estatais, de 2016, vem tratando as empresas públicas como sociedades anônimas ao instituir (i) a figura do acionista controlador, embora não existam ações; (ii) a assembleia-geral, da qual participa apenas o representante da União; (iii) a própria sociedade, que não tem sócios. A estrutura de governança da ECT convergiu para uma sociedade anônima, apesar de, em termos de complexidade, ultrapassar as exigências da Lei das SA

### Palavras-chave

Empresa Pública. Sociedade Anônima. Companhia

### IS THE STATE-OWNED ENTERPRISE A JOINT STOCK COMPANY?

#### Abstract

In order to know whether the state-owned enterprises are joint stock companies, one takes as a reference not only the law and related doctrine, but as an example the governance structure of a state-owned enterprise with national relevance: The Brazilian Enterprise of Posts and Telegraphs (ECT). The Law-decree nº 200/1967 states that the state-owned enterprise might assume any form accepted by law. Therefore, according to the Civil Code, this form should be a business corporation. The state-owned enterprises, like ECT, are single-member business corporations either because, according to the doctrine, they are wholly-owned subsidiaries or because the federal law that creates them has the power of derogating the part of the Corporations Act that requires at least two people to constitute a joint stock company (a kind of corporation with shares). Moreover, the State-Owned Enterprises Act of 2016 has treated the state-owned enterprises like joint stock companies, creating the (i) controlling

- 
- Doutorado em Aspectos Actuales del Derecho Internacional - Universidad de Valencia (2004). mestrado em Direito Empresarial pela Universidade de Coimbra (1998). Professor da Universidade Federal de Juiz de Fora - MG (em processo de redistribuição). Professor do Mestrado/Doutorado do UniCeub, Brasília. Foi Diretor do Departamento de Cooperativismo e Associativismo - DENACCOOP, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, MAPA. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Empresarial e Empresarial Internacional, atuando principalmente nos seguintes temas: globalização, grupos de sociedades, contratos internacionais, direito da concorrência e nova ordem internacional.
  - Mestrando em Direito e Políticas Públicas, UniCEUB. Especialização em Direito Penal e Controle Social no Centro Universitário de Brasília, UNICEUB. Possui graduação em Direito pela UDF Centro Universitário(1994).

shareholder where there are no shares; (ii) shareholder's meeting, in which only one person participates; and (iii) joint stock company itself, with only one owner. In fact, the ECT's corporate governance structure has moved toward the joint stock company, although it had gone, in terms of complexity, beyond the Corporations Act requirements.

### Key words

State-Owned Enterprise, Corporation.

## 1 INTRODUÇÃO

No direito positivo brasileiro, a partir da reforma administrativa empreendida, no âmbito federal, por meio do Decreto-lei nº 200/1967, a expressão administração indireta passou a designar três entidades: as autarquias, as empresas públicas e as sociedades de economia mista (CRETELA JÚNIOR, 1990, p. 24)<sup>1</sup>. Esse mesmo Decreto-lei estabelece que as empresas públicas podem assumir qualquer forma admitida em lei e que as sociedades de economia mista, por sua vez, assumem a forma de sociedade anônima, também denominada de companhia<sup>2</sup>.

As formas<sup>3</sup> que uma empresa pode assumir estão previstas no Livro II do Código Civil, que trata do direito de empresa, mais especificamente nos artigos que vão de 1.039 a 1.092. As formas (ou tipos) variam desde sociedade em nome coletivo até sociedade em comandita por ações, passando por sociedade em comandita simples, sociedade limitada e, inclusive, sociedade anônima, que é a forma das sociedades de economia mista.

Apesar dessa previsão legal, vale mencionar, a título de exemplo introdutório, o caso da Caixa Econômica Federal (CEF), em cujo Decreto-lei nº 759/1969 que autoriza sua constituição, consta que o Poder Executivo Federal fica autorizado a constituir a CEF sob a forma de empresa pública (art. 1º). Parece ter havido uma confusão entre categoria<sup>4</sup> de entidades que compõem a Administração Indireta e as formas que elas possam assumir. Não há, ademais, nenhuma menção a uma das formas previstas na legislação então vigente. No caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), o Decreto-lei nº 509/1969, que transformou a autarquia Departamento de Correios e Telégrafos na empresa pública ECT, também não faz qualquer menção à forma que ela devesse assumir. Era de se esperar, então, que, pelo menos, os estatutos sociais dessas empresas definissem suas formas, mas não há neles nenhuma disposição sobre isso.

Todas as formas constantes do Código Civil remetem a sociedades, o que a empresa pública, no sentido denotativo dessa palavra, não é, por ser composta por uma única pessoa, que detém integralmente o seu capital social. Essa contradição foi refor-

<sup>1</sup> Mais tarde, por meio da Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987, foram acrescentadas a essas três entidades as fundações públicas.

<sup>2</sup> O art. 1.088 do Código Civil emprega a palavra companhia como sinônima de sociedade anônima: "Na sociedade ou companhia, o capital divide-se em ações [...]." Na Lei das Sociedades por Ações, a palavra companhia aparece 664 vezes. O art. 1º dessa lei estabelece que: A companhia ou sociedade anônima terá capital dividido em ações [...].

<sup>3</sup> O Código Civil emprega a palavra tipo, ao invés de forma, conforme art. 983: "A sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092 [...]."

<sup>4</sup> Esta é a palavra empregada pelo inciso II, art. 4º do Decreto-lei nº 200/1967:

çada pela Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais<sup>5</sup>) ao estabelecer, em seu art. 7º, que “Aplicam-se a todas as empresas públicas [...] as disposições da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e as normas da Comissão de Valores Mobiliários sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras [...]”. Se, no sentido denotativo, a empresa pública não é sociedade –tampouco, conseqüentemente, sociedade anônima–, resta saber se a Lei das Estatais criou uma ficção que a inseriu no mundo jurídico como tal. Por conta disso, surge a questão que move este artigo: A empresa pública é companhia?

Em busca de resposta a essa questão, será tomada como referência a empresa pública ECT, dada sua relevância no contexto das empresas públicas federais não financeiras. Sua receita bruta de cerca de R\$ 20 bilhões, sua presença em todos os municípios brasileiros e seus mais de 100 mil empregados a posicionam não apenas em condições de merecer um estudo específico, mas também de servir como referência para outras empresas de mesma natureza.

## 2 A EMPRESA PÚBLICA COMO SOCIEDADE

Conforme inciso II, art. 4º do Decreto-lei nº 200/1967, a Administração Indireta compreende as Autarquias, as Empresas Públicas, as Sociedades de Economia Mista e as Fundações Públicas, todas dotadas de personalidade jurídica própria. Essas entidades têm também em comum o fato de que se vinculam ao Ministério em cuja área de competência estão enquadradas suas atividades principais (art. 4º, parágrafo único) e, por isso mesmo, compõem a Administração Indireta.

Dessas quatro entidades, interessam a este estudo, dadas as características que as aproximam, apenas a Empresa Pública e a Sociedade de Economia Mista. As características que as igualam e as diferenciam são, segundo os incisos II e III do art. 5º do Decreto-lei nº 200/1967, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 900/1969, as seguintes:

Característica	Empresa Pública	Sociedade de Economia Mista
Personalidade jurídica	De direito privado.	De direito privado.
Patrimônio	Próprio <sup>6</sup> .	-
Capital	Exclusivo da União <sup>7</sup> .	Maioria das ações com direito a voto pertencem à União ou a entidade da Adminis-

<sup>5</sup> Conforme GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das estatais**: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016 - lei das estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 15, também chamada de Lei de Responsabilidade das Estatais (LRE).

<sup>6</sup> Segundo RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011. p. 28, “A grande diferença entre o empresário individual e a sociedade empresária é que esta, por ser pessoa jurídica, tem patrimônio próprio, distinto do patrimônio dos sócios que a integram.” Este, portanto, o sentido da expressão patrimônio próprio empregada neste quadro.

<sup>7</sup> No art. 3º da Lei nº 13.303/2006 consta que “Empresa pública é a entidade [...] cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios.”, vez que essa norma abrange também a esfera estadual, distrital e municipal, diferentemente do Decreto-lei nº 200/1967, que cuida apenas da esfera federal.

Característica	Empresa Pública	Sociedade de Economia Mista
		tração Indireta.
Instituição <sup>8</sup>	Autorizada por lei.	Autorizada por lei.
Finalidade	Exploração de atividade econômica que o governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa.	Exploração de atividade econômica.
Forma	Qualquer das formas admitidas em direito.	Sociedade anônima.

Quadro 1

Características da Empresa Pública e da Sociedade de Economia Mista

Assim, essas duas entidades são criadas por ato do Poder Público após autorização em lei específica, exploram atividade econômica (em sentido amplo) sob regime jurídico de direito privado<sup>9</sup>, mas se distinguem, sobretudo, quanto à forma de organização (qualquer das formas admitidas em direito e sociedade anônima, respectivamente) e quanto à composição do capital social (exclusivamente público e público e privado, respectivamente) (STRAUSS, LEITE; 2012), o que acaba relacionando-se também com a forma da entidade. Portanto, o principal elemento diferenciador entre empresa pública e sociedade de economia mista é a sua forma, que, para deslinde da questão posta neste estudo, precisa ser melhor compreendida.

O Código Civil não define o que é empresa (CAMPINHO, 2010), mas define (art. 966) empresário como sendo quem (pessoa física ou jurídica) exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. A Empresa não é sujeito, senão objeto de direito, pois é atividade econômica exercida pelo empresário individual ou pela sociedade empresária, estes, sim, titulares da empresa (CAMPINHO, 2010, p.249). Portanto, a empresa, segundo o Código Civil, só pode ser exercida por empresário individual ou por sociedade empresária. Ocorre que o primeiro só pode ser pessoa física (CAMPINHO, 2010), restando à empresa pública, por conseguinte, apenas as formas relativas a sociedade.

O Decreto-lei nº 200/1967 estabelece que as Empresas Públicas podem revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito (art. 5º, inciso II) que, como se viu, só pode ser uma forma de sociedade. O art. 983 do Código Civil estabelece que a socie-

<sup>8</sup> Os incisos II e III do art. 5º do Decreto-lei nº 200/1967, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 900/1969, estabelecem que a Empresa Pública e a Sociedade de Economia Mista são criadas por lei. O art. 3º da Lei nº 13.303/2016 estabelece que “Empresa pública é a entidade de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei [...]” (g.n). O inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal estabelece, contudo, que “somente por lei específica poderá ser [...] autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista [...]” (g.n.). De fato, essas entidades têm caráter institucional, em contraposição à ideia de caráter contratual.

<sup>9</sup> Conforme também BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. *Diário Oficial da União*, 1º jul. 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/13303.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2018, art. 3º, para as Empresas Públicas; e art. 4º, para as Sociedades de Economia Mista.

dade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos (formas) regulados nos arts. 1.039 a 1.092: sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, a sociedade anônima e a sociedade em comandita por ações. Há também as sociedades em comum e as em conta de participação, ditas não personificadas, não registradas (RAMOS, 2011), que, em razão de suas naturezas, não são aplicáveis às empresas públicas.

Deve-se considerar ainda, nesta análise, a empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), acrescentada ao Código Civil pela Lei nº 12.441/2011, e a sociedade simples.

Quanto à primeira, o dispositivo legal pertinente (§ 2º, art. 980-A do Código Civil) autoriza que a sua constituição se dê por uma única pessoa titular de todo o capital social, o que cria a figura da sociedade individual com responsabilidade limitada do sócio único. O Código Civil não deixa claro, contudo, se a pessoa que institui a EIRELI é física ou jurídica. Todavia, “esse sócio único deverá ser pessoa natural, vedada, assim, a constituição de EIRELI por pessoa jurídica” (CAMPINHO, 2018, p. 205-1), o que torna inaplicável essa forma societária às empresas públicas, constituídas por pessoas jurídicas de direito público interno.

A sociedade simples, por sua vez, também está excluída da possibilidade de ser aplicada a empresas públicas porque diz respeito a atividades não empresariais (NEGRÃO, 2018).

Assim, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, só há duas espécies de empresa: a empresa individual (empresário pessoa física) e a sociedade empresária (empresário pessoa jurídica) (NEGRÃO, 2018). Desse modo, uma vez excluída a primeira alternativa, só resta às empresas públicas assumir a forma de sociedade empresária.

Desde que a maioria do capital votante da empresa pública permaneça de propriedade da União, é admitida a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno bem como de entidades da Administração Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios (art. 5º do Decreto-lei nº 900/1969 e parágrafo único, art. 3º, da Lei das Estatais). Nesses casos, não há dúvida de que se trata de uma sociedade. Mas, como não se encontra outra alternativa no ordenamento jurídico, mesmo quando uma única pessoa jurídica detém cem por cento do capital social da empresa pública, como é o caso da empresa ora tomada como referência –a ECT–, a opção que resta é a forma societária.

### 3 A EMPRESA PÚBLICA COMO SOCIEDADE UNIPESSOAL

Sociedade anônima e companhia são expressões empregadas como sinônimas na legislação brasileira. O título do Capítulo I da Lei das SA é: “Características e Natureza da Companhia ou Sociedade Anônima”. O art. 1º dessa lei estabelece que “A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas

ou adquiridas. A doutrina também tem inequivocamente reforçado esse entendimento<sup>10</sup>. Daí em diante a palavra companhia aparece 664 vezes nessa lei.

Para constituição de uma sociedade anônima (companhia) é necessário, além do cumprimento das exigências comuns a quaisquer contratos (consentimento válido entre os contratantes, objeto possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei), requisitos específicos de pluralidade de sócios (NEGRÃO, 2018), requisito que a distingue da Empresa Pública, cujo capital social, no caso da ECT, pertence integralmente à União.

Segundo o art. 981 do Código Civil, uma sociedade é formada por pessoas (físicas ou jurídicas) “que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.” Note-se que esse dispositivo menciona pessoas e não pessoa, deixando claro que a constituição de uma sociedade pressupõe a presença de mais de uma pessoa.

Assim, à primeira vista, não é possível, no Brasil, a constituição de sociedade unipessoal, vez que a pluralidade de sócios, como se viu, é pressuposto de existência de uma sociedade (RAMOS, 2011). Há, contudo, afora a EIRELI, uma única exceção, que é a da sociedade subsidiária integral, espécie de sociedade anônima que tem como único sócio uma sociedade brasileira (§ 2º, art. 251 da Lei das SA)<sup>11</sup>. Trata-se de uma sociedade constituída por outra, pré-existente, que é seu único acionista ou que adquire a totalidade de suas ações. Assim, à primeira vista, essa forma societária, excetuado o caso a que se aplica, também não se ajustaria às empresas públicas em geral, nem tampouco à ECT, tomada como referência neste estudo, dado que ela não é subsidiária de nenhuma outra sociedade empresária, senão a própria empresa originária que, nesta condição, pode constituir subsidiárias, conforme inciso I, § 3º, do art. 1º do Decreto-lei nº 509/1969.

Mas, há “doutrinadores que apontam o caso da empresa pública unipessoal, na qual a participação societária fica concentrada em poder de uma pessoa jurídica de direito público.” (RAMOS, 2011, p. 166), que, na empresa em questão, é a União.

Nessa linha, deve-se registrar que “O Estado em sentido geral e amplo é pessoa jurídica, como uma coletividade de indivíduos e organizados de maneira estável e eficaz para realizar um fim comum. É, portanto, uma sociedade – a sociedade política [...]” (ALMEIDA, 2018, p. 371). Desse modo, segundo referido autor, o art. 251 da Lei das SA mencionado estaria atendido no que diz respeito ao requisito de que é necessária uma sociedade brasileira para constituir uma companhia<sup>12</sup>. Consequentemente,

<sup>10</sup> Por exemplo: CAMPINHO, Sérgio. **Curso de direito comercial: sociedade anônima**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 29.

<sup>11</sup> O art. 251 está contido na Seção V, do Capítulo XX, da Lei das SA, que versa sobre a Subsidiária Integral. Seu texto é o seguinte: “A companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira.” À propósito, vale transcrever também o § 2º desse artigo: “A companhia pode ser convertida em subsidiária integral mediante aquisição, por sociedade brasileira, de todas as suas ações, ou nos termos do artigo 252.”

<sup>12</sup> Neste caso, conforme destaca ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais: direito de empresa**. 22.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 85, trata-se da sociedade unipessoal originária, que tem duração indeterminada, em contraposição à sociedade unipessoal incidental, que, segundo o art. 206, inciso I, alínea d, da Lei das SA, dura somente até a assembleia geral do ano seguinte ao da assembleia em que foi verificada a existência de um único acionista, se o mínimo de dois não for reconstituído.

segundo esse entendimento, a empresa pública é uma sociedade unipessoal e é uma companhia, da espécie subsidiária integral.

A ideia de que a empresa pública é sociedade unipessoal é também defendida com base em outro fundamento. A empresa pública pluripessoal (art. 5º do Decreto-lei nº 900/1969) pode revestir-se da forma de sociedade anônima com qualquer número de sócios, inclusive um, caso em que se teria uma sociedade unipessoal, o que, no âmbito federal, é possível porque lei federal derroga lei federal e, desse modo, o número mínimo de duas pessoas exigido pelo inciso I, art. 80 da Lei das SA, para constituição da companhia, “estaria por terra”<sup>13</sup> (CRETELA JÚNIOR (1990). “Desse modo, no âmbito federal, sociedade anônima é a forma jurídica de que se podem revestir as empresas públicas, quer unipessoais, quer pluripessoais” (CRETELA JÚNIOR, 1990, p. 391).

A Lei das Estatais, sem fazer distinção entre sociedade uni ou pluripessoais, não deixa dúvidas sobre o fato de que a empresa pública é uma sociedade, pois o seu Capítulo II trata “Do Regime Societário da Empresa Pública e da Sociedade de Economia Mista”, o que reforça as ideias esposadas no parágrafo anterior deste artigo. O art 5º, contido nesse capítulo, estabelece que “A sociedade de economia mista será constituída sob a forma de sociedade anônima [...]”, mas, referida lei, ao tratar das empresas públicas, no seu art. 7º, apenas diz que “Aplicam-se a todas as empresas públicas [...] as disposições da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 [...]”. Assim, diferentemente do que fez com as sociedades de economia mista, citada lei não atribuiu explicitamente às empresas públicas a forma de sociedade anônima, mas, se a lei aplicável é essa e a sociedade anônima é a forma societária que constitui a sua essência, então é inevitável concluir que a forma admitida em direito de que as empresas públicas devam revestir-se é a sociedade anônima.

Afinal, com o advento da Lei das Estatais, a estrutura de governança das empresas públicas convergiu para a estrutura das sociedades de economia mista, o que reduziu significativamente a diferença até então existente entre elas.

#### 4 ESTRUTURA DE GOVERNANÇA COMO PONTO DE CONVERGÊNCIA ENTRE SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E EMPRESAS PÚBLICAS

Até o aparecimento da Lei nº 13.303/2016, as estruturas de governança das empresas pública e das sociedades de economia mista eram definidas pela lei que as criou e por estatuto, no caso das primeiras; e pela lei que as criou, por estatuto e pela Lei das Sociedades Anônimas (SA), no caso das segundas. Desde o advento do Decreto-lei nº 200/1967, ocorreram diversas alterações na estrutura de governança das empresas públicas, notadamente, no caso da ECT, a partir de 2011, quando essa empresa assumiu uma estrutura de governança que a convergiu para a estrutura de uma sociedade anônima.

---

<sup>13</sup> Esta citação foi atualizada no que diz respeito à Lei das SA, pois se trata de artigo publicado pelo próprio autor referido provavelmente antes da Lei das SA de 1976, embora o livro de onde foi extraído seja de 1990.

Neste estudo, a palavra governança será tomada com o sentido que lhe dá o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa: “é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e demais partes interessadas. ” (IBGC, 2018). Trata-se, assim, de regras de relacionamentos entre elementos que compõem uma estrutura. Essa estrutura, no caso da ECT, assumiu diferentes conformações ao longo de sua história, mas serão aqui apresentadas apenas duas: a que vigia antes de sua convergência para a Lei das SA e a que passou a vigor depois. Antes disso, contudo, apresenta-se a estrutura de governança de uma sociedade anônima (do setor não financeiro), conforme previsto na Lei das SA, que é o parâmetro da comparação que em seguida será feita:

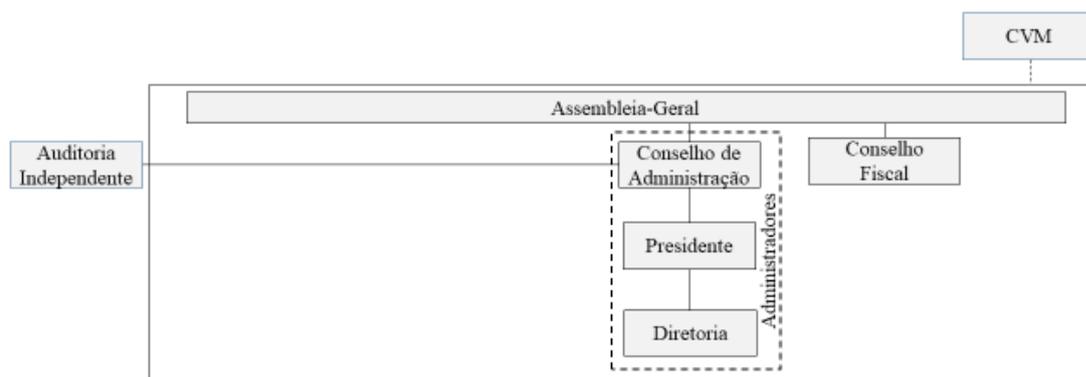


Figura 1: Estrutura de governança de uma sociedade anônima segundo a Lei das SA

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) é, segundo o art. 1º do Decreto-lei nº 509/1969 que a criou, uma empresa pública vinculada ao então Ministério das Comunicações, hoje denominado de Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações<sup>14</sup>. Até a edição da Lei nº 12.490/2011, vigia a estrutura de governança definida no já citado Decreto-lei e no estatuto aprovado pelo Decreto nº 1.687/1995, revogado pelo Decreto nº 7.483/2011. Sua representação pictórica é a seguinte:

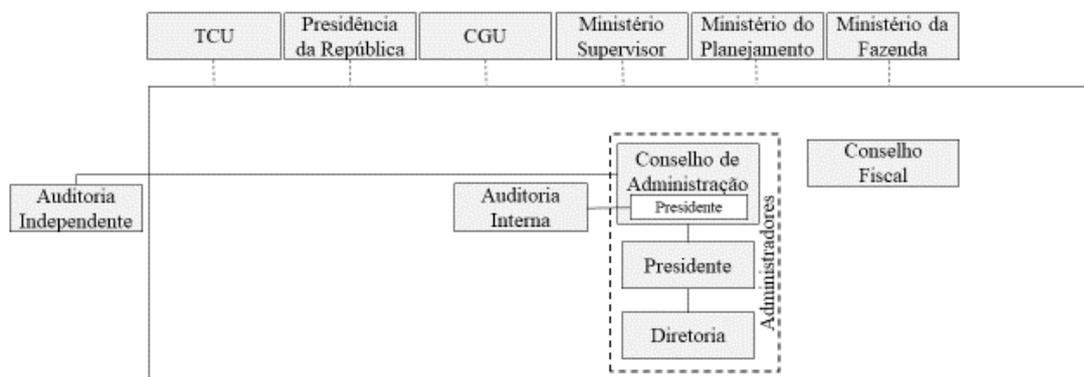


Figura 2: Estrutura de governança da ECT até 15 de maio de 2011

<sup>14</sup> Disponível em: <<http://www.mctic.gov.br/portal>>. Acesso em 1 jul. 2018.

Nessa estrutura, um membro do Conselho de Administração era indicado pelo Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão (inciso III, art. 16 do Estatuto Social da ECT) e um membro do Conselho Fiscal era indicado pelo Ministro de Estado da Fazenda (inciso II, art. 27 do Estatuto referido) e o Presidente da Empresa, que era presidente do Conselho de Administração (CA), era nomeado pelo Presidente da República (inciso I, do art. 22 do Estatuto referido). A contratação de auditoria não decorria de disposição estatutária, mas de normas sobre prestação de contas ou de decisão do Conselho de Administração ou do Conselho Fiscal.

Por conta da Lei nº 12.490/2011, o Decreto-lei nº 509/1969 foi alterado e, consequentemente, também o Estatuto Social da ECT, que foi aprovado pelo Decreto nº 7.483/2011. A partir de então, aparecem alterações relevantes na estrutura de governança da ECT. Surge a Assembleia-Geral (art. 8º, inciso I), que passa a eleger os membros do Conselho de Administração e do Conselho Fiscal (art. 14, inciso III); o Presidente da Empresa passa a ser membro do Conselho de Administração (art. 16, inciso I), ao invés de seu presidente, e este, por sua vez, juntamente com o Vice-Presidente, passa a ser um indicado pelo Ministro das Comunicações para eleição pela Assembleia-Geral (art. 16, inciso I); a Auditoria Interna passa ser vinculada ao Conselho de Administração (art. 19) e não mais ao seu Presidente, que era o Presidente da Empresa (da Diretoria) e a aprovação do Plano Anual de Atividades de Auditoria Interna e o acompanhamento de sua execução passa a ser de competência do CA (art. 20, inciso III, alínea e) (antes era do Conselho Fiscal); é atribuída ao CA, explicitamente, competência para “fiscalizar a gestão da Diretoria Executiva (art. 20, inciso II); faz-se menção, pela primeira vez, a auditoria independente, à qual as demonstrações financeiras da Empresa deverão ser submetidas (art. 38, § 1º) e cuja contratação e rescisão dos respectivos contratos passa a depender de aprovação do CA (art. 23, inciso III, alínea c, item 11) por proposição da Diretoria (art. 23, inciso II, alínea m); um representante dos empregados passa a integrar o CA (Lei nº 12.353/2010); foram instituídas reuniões executiva do CA, das quais o principal executivo da Empresa –o seu Presidente– não participa: avaliação da Diretoria Executiva (art. 17, parágrafo único); tornou-se obrigatório o encaminhamento à Assembleia-Geral das demonstrações financeiras, acompanhadas de ‘parecer’ dos auditores independentes, do Conselho de Administração e do Conselho Fiscal (art. 38, § 2º), assim como do relatório anual da administração (art. 20, III, alínea h), cujas publicações deveriam ocorrer até 30 de abril de cada ano (art. 40). Interessante notar que, a partir deste Estatuto de 2011, deixou de constar menção à prestação de contas anual da Empresa ao Tribunal de Contas da União, o que, no entanto, não desobrigou a ECT de enviá-la àquela corte de contas, haja vista a existência de legislação específica que trata dessa matéria. Com isso, a estrutura de governança da ECT assumiu a seguinte conformação:

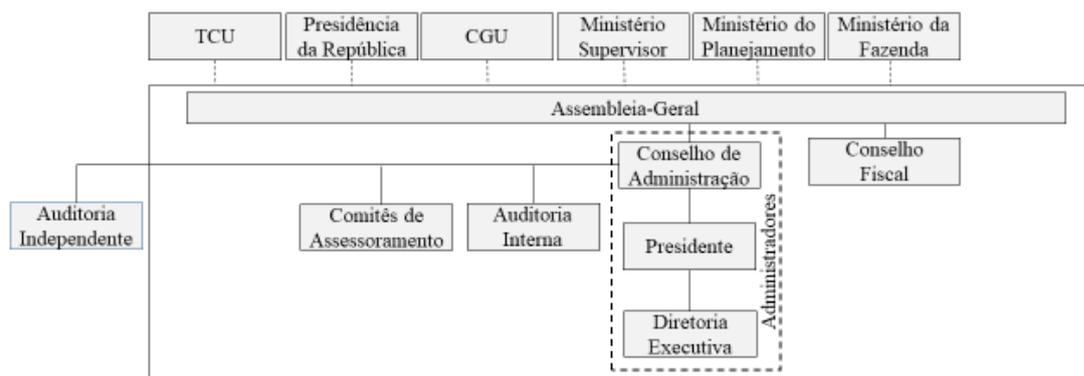


Figura 3: Estrutura de governança da ECT de acordo com o estatuto aprovado pelo Decreto nº 7.483/2011

Nota-se que esse Estatuto aproximou a governança da ECT, uma empresa pública, à de uma Sociedade Anônima. Isso ficou ainda mais evidente com o surgimento do Decreto nº 8.016/2013, que aprovou um novo Estatuto para a ECT, em cujo art. 49 consta que “aplicam-se subsidiariamente à ECT as disposições da Lei nº 6.404/1976.”, que, com a Lei nº 13.303/2016, que trata do estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, passou a ser aplicada diretamente (art. 7º). Essa lei acrescentou às normas de governança até então existentes nos estatutos dessas entidades, uma série de obrigações relativas à divulgação de informações, publicação de documentos, medidas de fiscalização, de gestão de risco e de controle, e estabeleceu também competências para órgãos componentes da estrutura de governança e condições para sua composição, entre outras normas. Destaca-se, dessa lei, no que diz respeito à estrutura de governança, que a área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos deva ser vinculada ao diretor-presidente e liderada por diretor estatutário com mecanismos que assegurem sua atuação independente (art. 9º, § 2º); que a auditoria interna deva ser vinculada ao Conselho de Administração, diretamente ou por meio do Comitê de Auditoria Estatutário (art. 9º, § 3º, inciso I); que deva ser criado “comitê estatutário para verificar a conformidade do processo de indicação e de avaliação de membros para o Conselho de Administração e para o Conselho Fiscal, com competência para auxiliar o acionista controlador na indicação desses membros.” Segundo o art. 7º, a Lei das SA deixa de ser aplicada subsidiariamente para ser aplicada diretamente e as estatais –aí incluídas as empresas públicas– devem sujeitar-se também às normas da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras, inclusive quanto à obrigatoriedade de serem estas auditadas por auditor independente registrado naquele órgão.

Destaca-se, ainda, que a Lei das Estatais, em seu art. 14, deixa claro que a empresa pública tem um acionista controlador, assim como tem a sociedade de economia mista. O Decreto nº 8.945/2016, em consonância com essa lei, que ele regulamenta, tornou obrigatória a constituição do Comitê de Auditoria Estatutário (art. 24, inciso V) e estabeleceu que toda empresa estatal –mesmo a empresa pública– disporá de Assembleia-Geral, que será regida pela Lei das SA, inclusive quanto à sua competência

para alterar o estatuto social da empresa<sup>15</sup> (art. 27, § 3º). Assim, em sua 11ª Assembleia-Geral Extraordinária, realizada em 30 de janeiro de 2018, a Assembleia-Geral aprovou um novo Estatuto Social<sup>16</sup> para a ECT, instituindo um Comitê de Auditoria como órgão de suporte ao Conselho de Administração no que se refere a fiscalização em matéria de riscos, controles internos e demonstrações financeiras e à supervisão da auditoria interna e de auditoria independente (art. 79). A Auditoria Interna continuou vinculada ao CA (art. 102), mas ao Comitê de Auditoria, como órgão de suporte ao CA (art. 79), passa a ter competência para supervisionar as atividades desenvolvidas na área de auditoria interna (art. 89, inciso III) e, em conjunto com o CA, a Auditoria Interna (art. 89, inciso VI). Ademais, foi agregado ao conjunto dos órgãos estatutários, o Comitê de Elegibilidade (art. 15, inciso V), composto pelos mesmos membros do Comitê de Auditoria (art. 93), com competência para auxiliar os acionistas na indicação de administradores e conselheiros fiscais (art. 94, inciso I). Pictoricamente, essa estrutura assume a seguinte conformação:

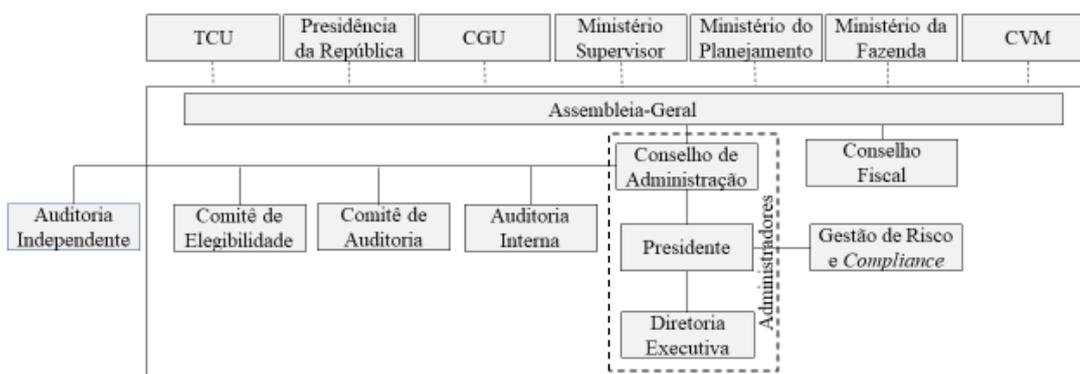


Figura 4: Estrutura de governança da ECT segundo a Lei das Estatais

Assim, do confronto da Figura 4 com a 1, é possível constatar que, de fato, a estrutura de governança da ECT migrou de uma estrutura singular, definida no Decreto-lei que a criou e em seu estatuto social, para uma estrutura típica de sociedade anônima, apesar de mais complexa do que isso. A despeito de as figuras inseridas nessa estrutura resultarem de ficções jurídicas (sociedade, sócio e assembleia-geral), são elas que dão, atualmente, à ECT, em particular, e à empresas públicas, em geral, uma forma de sociedade anônima, ou seja, de companhia.

## 5 CONCLUSÃO

A questão que animou este estudo diz respeito a saber se as empresas públicas são, atualmente, companhias, o que tem colocado em dúvida não apenas o sentido dessa palavra, mas, também, a natureza da entidade à qual se quer referir com ela,

<sup>15</sup> O Decreto-lei nº 509/1969, art. 4º, estabelece que “Os Estatutos da ECT, que serão expedidos por decreto, estabelecerão a organização, atribuições e funcionamento dos órgãos que compõem a sua estrutura básica.” Assim, entende-se que a norma nova revogou a norma velha, ainda que não o tivesse feito explicitamente.

<sup>16</sup> EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. **Estatuto Social**. Assembleia-Geral Extraordinária, 30 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.correios.com.br/sobre-os-correios/aceso-a-informacao/institucional/base-juridica/pdf/EstatutoSocialdosCorreios.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

vez que, à primeira vista, essas entidades sequer têm sócios, pois seu capital social pertence integralmente a uma única pessoa. Originalmente, o campo semântico da palavra companhia coincidia com o de sociedade anônima, forma societária que não correspondia às empresas públicas em geral. Em busca de resposta a essas questões, tomou-se como referência não apenas a legislação e doutrina pertinentes, mas, também, a título de exemplo, a estrutura de governança de uma Empresa pública de relevo nacional: a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

Em primeiro lugar, verificou-se que, de acordo com o Decreto-lei nº 200/1967, a empresa pública pode assumir qualquer das formas admitidas em direito. As empresas, segundo o Código Civil só podem ser constituídas por pessoa física, no caso de empresário individual e por pessoa jurídica, no caso de sociedade. Em sendo a empresa pública constituída por pessoa jurídica de direito público interno, só se lhe resta aplicar, à vista das possibilidades do Código Civil, a forma de sociedade.

Em seguida, constatou que a empresa pública é uma sociedade unipessoal, pois, embora não se lhe aplique nenhuma das situações prevista na legislação sobre isso (subsidiária integral e empresa individual de responsabilidade limitada), há doutrina que sustenta a posição de que é possível constituir sociedade anônima com um só sócio no caso de subsidiária integral originária, conforme art. 251 da Lei das SA. Há, além disso, entendimento no sentido de que, é possível a constituição de empresa pública como sociedade unipessoal, vez que a lei federal que a cria tem o condão de derrogar o dispositivo da Lei das SA que exige o concurso de pelo menos duas pessoas para a formação de uma sociedade anônima. Ademais, é assim que a Lei das Estatais, de 2016, vem tratando as empresas públicas ao instituir a figura do acionista controlador (art. 10), onde, embora uma só pessoa jurídica detenha integralmente o capital social, não há ações; da assembleia-geral, da qual apenas uma pessoa participa com poder de decisão: o Procurador da Fazenda Nacional nomeado como representante da União; e da própria sociedade, que não tem sócios. Assim, não obstante esses termos expressem, do ponto de vista denotativo, a ideia de plural (de coletivo), do ponto de vista jurídico, seus sentidos estão no singular, com caráter conotativo.

Assim, ficou demonstrado, também, que, de fato, a estrutura de governança da ECT, empresa tomada como referência para desenvolvimento do estudo, convergiu para a estrutura de uma sociedade anônima, notadamente a partir de 2011, antes, portanto, do advento da Lei das Estatais, muito embora sua estrutura, em termos de complexidade, tivesse ultrapassado seu paradigma que é a Lei das SA.

Por conta disso, conclui-se que a sociedade anônima e, conseqüentemente, a sociedade de economia mista, continuam sendo companhias. O que ocorreu, com a criação de novas figuras jurídicas, sobretudo depois de 2011, foi a aproximação da empresa pública à forma da sociedade anônima ao ponto de, à custa de algumas ficções jurídicas, ela ter-se convertido mesmo em companhia, de tal modo que a diferença entre uma e outra passa a ser basicamente a quantidade de sócios, a existência de ações e a possibilidade de abertura do capital.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais**: direito de empresa. 22.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BRASIL. Decreto nº 1.687, de 6 de novembro de 1995. Altera o estatuto da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. **Diário Oficial da União**, 7 nov. 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Antigos/D1687.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1687.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.
- BRASIL. Decreto nº 7.483, de 16 de maio de 2011. Aprova o Estatuto social da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. **Diário Oficial da União**, 16 maio 2011. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7483.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7483.htm)>. Acesso em: 3 jun. 2018.
- BRASIL. Decreto nº 7.483, de 16 de maio de 2011. Aprova o Estatuto social da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. **Diário Oficial da União**, 19 maio 2011. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7483.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7483.htm)>. Acesso em: 3 jun. 2018.
- BRASIL. Decreto nº 8.016, de 17 de maio de 2013. Aprova o Estatuto Social da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. **Diário Oficial da União**, 20 maio 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8016.htm#art3](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8016.htm#art3)>. Acesso em 10 jun. 2018.
- BRASIL. Decreto nº 8.945, de 27 de dezembro de 2016. Regulamenta, no âmbito da União, a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **Diário Oficial da União**, 28 dez. 2016, republicado em 4 jan. 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/decreto/D8945.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8945.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.
- BRASIL. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da administração federal, estabelece diretrizes para a reforma administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 27 fev. 1967, retificado em 8 mar. 1967, 30 mar. 1967 e 17 jul. 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm)>. Acesso em 17 jun. 2018.
- BRASIL. Decreto-lei nº 509, de 20 de março de 1969. Dispõe sobre a transformação do Departamento dos Correios e Telégrafos em empresa pública, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 21 mar. 1969, retificado em 25 mar. 1969. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0509.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0509.htm)>. Acesso em: 3 jun. 2018.
- BRASIL. Decreto-lei nº 759, de 12 de agosto de 1969. Autoriza o Poder Executivo Federal a constituir a empresa pública Caixa Econômica Federal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 26 ago. 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0759.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0759.htm)>. Acesso em 1 jul. 2018.
- BRASIL. Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969. Altera disposições do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 30 set. 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0900.htm#art5ii](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0900.htm#art5ii)>. Acesso em: 30 jun. 2018.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.353, de 28 de dezembro de 2010. Dispõe sobre a participação de empregados nos conselhos de administração das empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 29 dez. 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12353.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12353.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada. **Diário Oficial da União**, 12 jul. 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112441.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.490, de 16 de setembro de 2011. Altera as Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, e 9.847, de 26 de outubro de 1999, que dispõem sobre a política e a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis; o § 1º do art. 9º da Lei nº 8.723, de 28 de outubro de 1993, que dispõe sobre a redução de emissão de poluentes por veículos automotores; as Leis nºs 10.336, de 19 de dezembro de 2001, e 12.249, de 11 de junho de 2010; o Decreto-Lei nº 509, de 20 de março de 1969, que dispõe sobre a transformação do Departamento dos Correios e Telégrafos em empresa pública; a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios; revoga a Lei nº 7.029, de 13 de setembro de 1982; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 19 set. 2011. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12490.htm#art11](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12490.htm#art11)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **Diário Oficial da União**, 1º jul. 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. **Diário Oficial da União**, 17 dez. 1976, suplemento. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

CAMPINHO, Sérgio. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 15.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Administração indireta brasileira**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. **Estatuto Social**. Assembleia-Geral Extraordinária, 30 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.correios.com.br/sobre-os-correios/aceso-a-informacao/institucional/base-juridica/pdf/EstatutoSocialdosCorreios.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016 - lei das estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA (IBGC). **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 5.ed. São Paulo: IBGC, 2018. Disponível em:

<<http://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/21138/Publicacao-IBGCCodigo-CodigodasMelhoresPraticasdeGC-5aEdicao.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

NEGRÃO, Ricardo. **Teoria geral da empresa e direito societário**. 14.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Curso de Direito Comercial e de Empresa, v. 1).

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

STRAUSS, Thiago; LEITE, Marcelo. **Direito administrativo em mapas mentais**. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 15.

**Submetido em: 30 nov. 2018. Aceito em: 20 dez. 2018.**