



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

2017

NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC

Volume 37.2 — jul./dez. 2017

Editora Chefe

Denise Lucena Cavalcante

Editora Sub-chefe

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Editor Assistente

Álison José Maia Melo

Equipe editorial

Ana Paula Ferreira

Beatriz Nogueira

Breno Alfeu

Natália Batista

Conselho Editorial

Ana Maria D'Ávila Lopes

Antônio José Avelãs Nunes

Carmen Lopez-Rendo Rodriguez

Denise Lucena Cavalcante

Elizabeth Salmón

Eros Grau

Eric Canal-Forgues

Federico Di Bernardi

Fernando Araújo

Fernando Facury Scaff

Francisco Queiroz Cavalcanti

Frédérique Coulée

Giovanni Luchetti

Giovanni Moschetti

Hugo de Brito Machado

Jefrey Owens

João Luís Nogueira Matias

Jorge Miranda

José Luís Caballero

Juarez Freitas

Júlia Motte-Baumvol

Luís M. Alonso Gonzáles

Paulo Bonavides

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Willis Santiago Guerra Filho

Wolf Paul

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

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

ISSN — 1807-3840

1 — Direito-periódico.

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



SOBRE OS AUTORES

Alice Rocha

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

Antônio Carlos Efig

Mestre e Doutor pela PUCSP; professor titular da PUCPR (Curitiba, PR-Brasil) onde leciona na graduação, especializações, mestrado e doutorado; professor da Escola da Magistratura do Paraná; membro do Instituto dos Advogados do Paraná; Advogado militante em Curitiba.

Bruna Balbi Gonçalves

Advogada popular e Mestranda em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR.

Carlos César Sousa Cintra

Doutor e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará. Professor da Graduação e Pós-graduação da Unichristus. Professor Conferencista do IBET – Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Membro do ICET – Instituto Cearense de Estudos Tributários. Advogado.

Carlos Otávio Ferreira de Almeida

Professor Dr. Pesquisador – PUC Campinas. Pesquisador Visitante - Vienna University of Economics and Business(WU), Áustria. Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário-Universidade de São Paulo USP. Mestre em Direito Público - Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito Tributário - University of Florida (Levin), EUA. Coordenador do Grupo de Estudos Tributação e Desenvolvimento – GETRIDES.

Carolina Flores Gusmão

Mestranda e bolsista da CAPES no Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social (Mestrado) da Universidade Federal de Rio Grande (FaDir/FURG/RS). Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa e Extensão em Direitos Humanos (NUPEDH/FURG), atuante junto ao Projeto de Pesquisa “*Os Direitos Humanos e Fundamentais: fundamentação, garantias legais e eficácia*”.

Charlise Paula Colet Gimenez

Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professora do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado, e do Curso de Graduação em Direito, ambos da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus Santo Ângelo/RS. Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da URI, campus Santo Ângelo/RS. Advogada.

Elizabeth Accioly

Professora da Universidade Europeia de Lisboa. Professora visitante do Curso de Mestrado do Unicuritiba-Brasil. Advogada.

Eulália Emília Pinho Camurça

Doutoranda e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Jornalista formada pela Universidade Federal do Ceará. Professora do Centro Universitário Sete de Setembro (Uni7).

Florisbal de Souza Del'Olmo

Especialista em Direito e em Educação. Mestre (UFSC). Doutor em Direito (UFRGS), e Pós-Doutor em Direito (UFSC). Professor do Programa de Mestrado em Direito da URI, Santo Ângelo, RS. Líder do Grupo de Pesquisa registrado no CNPq Tutela dos Direitos e sua Efetividade. Coordenador do Projeto de Pesquisa Direito Internacional do Trabalho e o resgate da dignidade e da cidadania.

Francisco Gerson Marques de Lima

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Procurador do Trabalho.

Germana de Oliveira Moraes

Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Professora associada do Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC e do Curso Graduação em Direito da UFC. Juíza federal da Seção Judiciária do Ceará - TRF 5a Região. Ex-membro do Conselho Nacional de Justiça.

Gustavo Fernandes Meireles

Doctorant en Droit public à l'Université Paris-Saclay sous la direction de Mme la Professeure Frédérique Coulée, avec activités d'enseignement dans le domaine du Droit international public à l'Université d'Évry.

Haide Maria Hupffer

Doutora em Direito. Integrante do quadro permanente do Programa de Pós-Graduação em Qualidade Ambiental e do Curso de Direito. Líder do Projeto de Pesquisa Direito Ambiental e Desenvolvimento, da Universidade Feevale

Jaime Fernando Cárdenas García

Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, y por la Universidad Complutense de Madrid . Especialista en Derechos Humanos y Ciencias Políticas. Visiting Fellow en la Universidad de Yale y Visiting Researcher en la Universidad de Georgetown. Investigador del CONACYT, nivel II I e Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de tiempo completo.

Jeferson Jeldoci Pol

Mestrando em Qualidade Ambiental pela Universidade Feevale. Graduado em Direito pela Universidade Feevale. Foi bolsista em Desenvolvimento Tecnológico e Inovação - PIBITI - CNPq/Feevale até jul./2016.

João Pedro Ceren

Mestrando da Universidade de Marília, com área de concentração: Empreendimentos econômicos, desenvolvimento e mudança social. Bolsista PROSUP/CAPES.

José Rodrigo Rodriguez

Professor de Graduação e do PPG (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) e Pesquisador Permanente do CEBRAP ligado ao Núcleo Direito e Democracia.

Juliana Miranda Alfaia da Costa

Mestranda do Programa de Mestrado em Direito pela UNIMAR - Universidade de Marília - SP. Pós-graduada em Direito Tributário pela UNIDERP. Professora do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Três Lagoas-MS. Advogada.

Júlio Edstron Secundino Santos

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

Lara Dourado Mapurunga Pereira

Mestranda em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Discente-coordenadora do Grupo de Estudos em Direito Processual Civil da UFC. Advogada.

Livia Maria Rodrigues de Nazareth

Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília.

Marcelo Varela

Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UNICEUB. Doutor em Direito pela Universidade de Paris. Livre-Docente pela USP. Pesquisador nível 1 do CNPq.

Maria de Fatima Ribeiro

Doutora em Direito Tributário pela PUC-SP e Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília.

Maria Vital da Rocha

Pós-Doutoranda em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (clássica). Professora Adjunta de Direito Civil, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Professora Titular do curso de graduação em Direito da Faculdade 7 de Setembro. Procuradora Federal (Advocacia Geral da União).

Mario Di Stefano Filho

Pós-Graduando em Direito Tributário pela PUC-Campinas. Pós-Graduando em Direito Público pela Escola Superior de Direito/Proordem Campinas. Discente-pesquisador no Programa de Iniciação Científica da PUC-Campinas (2015). Advogado em Campinas.

Mateus Di Palma Back

Possui graduação em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (2013). Mestrado em Direito na linha Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização, no Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da Universidade do Vale do Rio Sinos (2016). Professor temporário de Direito Tributário na UNESC.

Maurício Pedroso Flores

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista CAPES/PROEX.

Max Falque

Délégué Général de l'ICREI - International Center for Research on Environmental Issues - www.icrei.org

Miriane de Matos Griep

Acadêmica do curso de Graduação em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC - CHAPECÓ).

Renata de Assis Calsing

Professora Titular do curso de Direito e do Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF. Doutora em Direito pela Universidade de Paris I, *Panthéon-Sorbonne*. Mestre e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília, UNICEUB. Professora Associada do PPGD do UniCEUB. Auditora Federal de Finanças e Controle do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União, atualmente lotada no Conselho da Justiça Federal como Coordenadora de Estudos e Pesquisas.

Rógis Juarez Bernardy

Doutor em Cadastro Técnico Multifinalitário e Gestão Territorial - Engenharia Civil (UFSC); Coordenador do Mestrado Profissional em Administração na Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC - CHAPECÓ) e professor do curso de Direito (UNOESC - CHAPECÓ).

Rosângela Angelin

Pós-Doutora pela Faculdades EST, São Leopoldo-RS (Brasil). Doutora em Direito pela Universidade de Osnabrueck (Alemanha). Docente do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* – Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade Regional integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo/RS e da Graduação de Direito dessa Instituição. Coordenadora do Projeto de Pesquisa *Direitos Humanos e Movimentos Sociais na Sociedade Multicultural* e do Projeto de Extensão *O lugar dos corpos das Mulheres na Sociedade: uma abordagem do corpo e da defesa pessoal*. Integrante do Núcleo de Pesquisa de Gênero da Faculdades EST. Integra a Marcha Mundial de Mulheres.

Sandra Regina Martini

Possui graduação em Ciências Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1983), mestrado em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1997), doutorado em *Evoluzione dei Sistemi Giuridici e Nuovi Diritti* pela Università Degli Studi di Lecce (2001), Pós-doutorado em Direito (Roma Tre, 2006) e Pós-doutorado em Políticas Públicas (Universidade de Salerno, 2010). Professora do Centro Universitário Ritter dos Reis (Uniritter). Professora-visitante no programa de pós-graduação em Direito da UFRGS (PPGD).

Sheila Stolz

Professora Adjunta da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social (Mestrado) da Universidade Federal de Rio Grande (FaDir/FURG/RS). Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS) e bolsista CAPES. Bolsista do Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior (PDSE-CAPES) realizado na Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid (UCM/España). Mestre em Direito pela Universitat Pompeu Fabra (UPF/

Barcelona/Espanha). Coordenadora Geral do Núcleo de Pesquisa e Extensão em Direitos Humanos (NUPEDH/FURG). Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Educação em Direitos Humanos (PGEDH/FURG-UAB-CAPES).

Tássia Aparecida Gervasoni

Doutora em Direito pela UNISINOS/Universidad de Sevilla. Mestre e Graduada em Direito pela UNISC. Coordenadora da Pós-Graduação em Direito *lato sensu* da IMED. Professora. Integrante do Grupo de Pesquisa Estado e Constituição, vinculado ao CNPq. Advogada.

Ulisses Levy Silvério dos Reis

Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB). Especialista em Direitos Humanos e Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Professor dos cursos de Graduação e Especialização em Direito da Universidade Potiguar (UnP).

Valter Moura do Carmo

Possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza; mestrado em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza com período sanduíche na Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC e doutorado em Direito pela UFSC, tendo realizado o doutorado sanduíche na Universidade de Zaragoza (Espanha) com bolsa do PDSE da CAPES e período de investigação na Universidade Federal da Paraíba - UFPB com bolsa do PROCAD da CAPES. Atualmente é professor permanente do PPGD da Universidade de Marília - UNIMAR e Diretor de relações institucionais do CONPEDI. Membro da Comissão de Estudo de Identificação e Descrição da ABNT. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Direito Internacional e Direitos Humanos. Editor-Adjunto da Revista Argumentum (Marília) e da Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos.



SUMÁRIO

DOCTRINA NACIONAL

CONSIDERAÇÕES SOBRE A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DA ECT EM SUAS DIVERSAS ATIVIDADES

Juliana Miranda Alfaia da Costa

Maria de Fatima Ribeiro 17

O DIREITO DE ESCOLHA DO CONSUMIDOR E A NECESSÁRIA INFORMAÇÃO SOBRE ALIMENTOS COM AGROTÓXICOS

Haide Maria Hupffer

Jeferson Jeldoci Pol 41

O DIREITO FUNDAMENTAL À INFORMAÇÃO NA SOCIEDADE DE CONSUMO E A ROTULAGEM DE TRANSGÊNICOS: UMA ANÁLISE DO PROJETO DE LEI N. 4.148/2008

Antônio Carlos Efig

Bruna Balbi Gonçalves 69

O *NOMOS* DE ROBERT COVER NA TRILHA DO DIREITO GLOBAL

Maurício Pedroso Flores

José Rodrigo Rodriguez 87

GLOBALIZAÇÃO E INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO A PARTIR DOS DIREITOS HUMANOS: IMPACTOS NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Tássia Aparecida Gervasoni 115

TROCA DE INFORMAÇÕES NO ÂMBITO DOS ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO: A TRANSPARÊNCIA FISCAL EM FACE DO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO

Carlos Otávio Ferreira de Almeida

Mario Di Stefano Filho 139

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS E DA URBANIZAÇÃO PARA A FORMULAÇÃO DO CONCEITO DE UM DIREITO À CIDADE

Miriane de Matos Griep

Rógis Juarez Bernardy 163

REFUGIADOS NO BRASIL: ESTAMOS PREPARADOS PARA A PROTEÇÃO HUMANITÁRIA DAQUELAS PESSOAS? <i>Júlio Edstron Secundino Santos</i> <i>Renata de Assis Calsing</i> <i>Viviane Luiza Silva</i>	187
O IMPOSTO SOBRE VALOR AGREGADO (IVA) COMO MECANISMO DE ALAVANCAGEM DA LIBERALIZAÇÃO COMERCIAL NO MERCOSUL <i>Alice Rocha</i> <i>Vítor Pereira Capeli</i>	215
A CONTRADIÇÃO FUNCIONAL DO PRINCÍPIO DE RELATIVISMO NA OBRA POLÍTICA E JURÍDICA DE HANS Kelsen <i>Mateus Di Palma Back</i> <i>Sandra Regina Martini</i>	233
DOS DIREITOS HUMANOS E DOS CONFLITOS NA SOCIEDADE LÍQUIDA PÓS-MODERNA <i>Charlise Paula Colet Gimenez</i> <i>Florisbal de Souza Del'Olmo</i> <i>Rosângela Angelin</i>	259
A PESQUISA JURÍDICA EM UM CONTEXTO PÓS-MODERNO: UMA ABORDAGEM SOCIOLÓGICA <i>Maria Vital da Rocha</i> <i>Lara Dourado Mapurunga Pereira</i>	281
A INFLUÊNCIA DA FRENTE PARLAMENTAR DA AGROPECUÁRIA (FPA) NA LEGISLAÇÃO E NA FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DIRECIONADAS ÀS PESSOAS QUE TRABALHAM NO MEIO RURAL <i>Sheila Stolz</i> <i>Carolina Flores Gusmão</i>	299
OS PROBLEMAS DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO: UM ESTUDO EMPÍRICO <i>Marcelo Varella</i> <i>Livia Maria Rodrigues de Nazareth</i>	331
A ISONOMIA ENTRE NACIONAIS E ESTRANGEIROS NO TOCANTE AO ASSISTENCIALISMO PÚBLICO SOB O OLHAR DO STF <i>João Pedro Ceren</i> <i>Valter Moura do Carmo</i>	347
INSTRUMENTOS COLETIVOS DE TRABALHO, NUM CONTEXTO DE REFORMA TRABALHISTA <i>Francisco Gerson Marques de Lima</i>	375
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) <i>Germana de Oliveira Moraes</i>	395

O USO DE NOVAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO NAS SALAS DE AULA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ: FERRAMENTAS AGREGADORAS OU DISRUPTIVAS DO PROCESSO DE ENSINO-APRENDIZAGEM?

Carlos César Sousa Cintra

Eulália Emília Pinho Camurça

Ulisses Levy Silvério dos Reis..... 405

DOCTRINA ESTRANGEIRA

DROIT HUMAIN A L'ASSAINISSEMENT : VERS L'EMANCIPATION D'UN DROIT AU NIVEAU INTERNATIONAL

Gustavo Fernandes Meireles..... 425

UE-MERCOSUL: O ESTADO DA ARTE

Elizabeth Accioly 449

LOS PROBLEMAS DE EXIGIBILIDAD Y JUSTICIABILIDAD DE LOS DESCA. EL CASO DE LA CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE MÉXICO

Jaime Fernando Cárdenas García..... 461

LES DROITS DE PROPRIÉTÉ AU CŒUR DE LA PROBLÉMATIQUE ENVIRONNEMENTALE

Max Falque..... 487

DOUTRINA NACIONAL



CONSIDERAÇÕES SOBRE A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DA ECT EM SUAS DIVERSAS ATIVIDADES

*Juliana Miranda Alfaia da Costa**

*Maria de Fatima Ribeiro***

Resumo

O presente artigo tem por finalidade a análise da aplicação da imunidade tributária recíproca para a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, em especial no que concerne as suas atividades essenciais e aquelas em atuação concorrente com a iniciativa privada. Primeiramente, são apresentadas considerações sobre as imunidades tributárias, apontando sua evolução histórica e suas espécies, previstas nas alíneas do inciso VI do artigo 150 da Constituição Federal. Posteriormente são analisados os aspectos gerais da ECT, a identificação e importância do serviço postal na Constituição Federal bem como suas atividades essenciais e comerciais. Por fim, discutiu-se quanto a extensão da imunidade tributária recíproca para a ECT, empresa pública, inclusive no tocante às suas atividades não típicas, a não ocorrência de afronta aos princípios constitucionais e a não configuração de concorrência desleal. O tema será analisado considerando recentes decisões do Supremo Tribunal Federal com abordagem da doutrina pertinente.

Palavras-chave

Imunidade Recíproca. Empresa Pública. Correios.

TAX IMMUNITY OF ECT IN THEIR VARIOUS ACTIVITIES

Abstract

The purpose of this article is to analyze the application of reciprocal tax immunity to the Brazilian Postal and Telegraph Company (ECT), in particular as regards its essential activities and those in competition with the private sector. Firstly, considerations on tax immunities are presented, pointing out their historical evolution and their species, provided for in subsections VI of article 150 of the Federal Constitution. Later, the general aspects of the ECT, the identification and importance of the postal service in the Federal Constitution as well as its essential and commercial activities are analyzed. Finally, we discussed the extent of reciprocal tax immunity for ECT, a public company, including its non-typical activities, the non-occurrence of violation of constitutional principles and the non-establishment of unfair competition. The theme will be analyzed considering recent decisions of the Federal Supreme Court with an approach to relevant doctrine.

* Mestranda do Programa de Mestrado em Direito pela UNIMAR - Universidade de Marília - SP. Pós-graduada em Direito Tributário pela UNIDERP. Professora do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Três Lagoas-MS. Advogada.

** Doutora em Direito Tributário pela PUC-SP e Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília.

Keywords

Immunity Reciprocal. Public Company. Post Offices.

1. INTRODUÇÃO

Os serviços oferecidos pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT são muito utilizados no país, apesar dos avanços tecnológicos. Suas atividades essencialmente postais ou atividades de cunho comercial são de suma relevância para as relações comerciais e sociais.

A ECT tem natureza jurídica de empresa pública de competência da União e desempenha serviço obrigatório garantido constitucionalmente.

Assim, dado seu caráter especial, tem-se estendido a aplicação da imunidade tributária do tipo recíproca para a ECT, ainda que esta imunidade não esteja prevista expressamente na Magna Carta de 1988, como será analisado.

Todavia, a questão principal gira em torno da aplicação da imunidade recíproca para serviços não típicos exercidos pela ECT, visto que atualmente, esta empresa atua no mercado, ofertando serviços concorrentemente com empresas em regime próprio de iniciativa privada.

O objetivo, portanto, é averiguar se nesses casos, a ECT poderia ter mantida a imunidade tributária concedida, ou se poderia incidir a tributação nos mesmos moldes comportados pelas empresas privadas. É o que se pretende demonstrar.

Para tanto serão analisadas significativas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal com abordagem crítica com base na doutrina sobre a temática.

2. IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS

2.1. Aspectos gerais da imunidade tributária no Brasil

Identificada no contexto das limitações constitucionais ao poder de tributar, a imunidade tributária goza de *status* semelhante aos dos princípios constitucionalmente protegidos, sendo considerada uma das mais relevantes hipóteses de vedação da aplicação tributária.

O legislador visou, com as imunidades, proteger determinadas pessoas, situações, e coisas que demandavam maior amparo Estatal. A técnica utilizada pelo legislador constituinte foi a de traçar, de maneira criteriosa, as áreas que

refutam a incidência de exações tributárias, levando-se em consideração no rígido sistema brasileiro de distribuição de competências impositivas.¹

Assim, a técnica traçada albergou um sistema rígido de distribuição de competências tributárias, conferindo às pessoas políticas a faculdade de instituir tributos, desde que compatíveis com a previsão constitucional.

E, com efeito, da mesma forma que previu a possibilidade de tributação, subdividindo o campo da competência tributária, também buscou promover a delimitação de tal competência, por verificar que existiam hipóteses que não poderiam ser alvo de tributação.

São várias formas de desoneração tributária, destacando-se a isenção, a alíquota zero, a não incidência, a remissão e a imunidade².

Aliás, há considerável diferenciação da exoneração constitucional frente a outras circunstâncias onde também se exclui a aplicação tributária. Logo, a imunidade tributária se diferencia da isenção tributária, certo que ambas por sua vez se distinguem do que se denomina não incidência de tributos.

Nesse sentido, Paulo de Barros Carvalho pondera que tais exonerações “são categorias distintas, que não se interpenetram, mantendo qualquer tipo de relacionamento no processo de derivação ou de fundamentação, a não ser em termos muito oblíquos e indiretos”.³

Daí ressaltar que o conceito de imunidade tributária, única e exclusivamente, “com o auxílio de elementos jurídicos substanciais à sua natureza, pelo que podemos exibi-la como a classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição Federal, e que estabelecem, de modo expresso, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas”⁴.

Enquanto a imunidade está calcada na Constituição Federal, as isenções são apontadas nas legislações infraconstitucionais, considerando-se situações onde se busca não tributar fatos, mesmo sendo legalmente prevista a aplicação dos tributos. Isto ocorre, pois a isenção apenas inibe o lançamento do tributo,

¹ SABBAG, Eduardo. Imunidade Tributária Recíproca e os Impostos Indiretos: uma interpretação conforme o Estado Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 21.

² A professora Betina Grupenmacher, com propriedade, escreveu em sua tese de pós-doutoramento sobre tais institutos. Confira: GRUPENMACHER, Betina Treiger. Das exonerações tributárias. Incentivos fiscais e benefícios. In Novos Horizontes da Tributação: Um diálogo Luso-Brasileiro, Coimbra: Almedina, 2012, p. 9 e segs. José Wilson Ferreira Sobrinho escreve com propriedade sobre o instituto da Imunidade em sua obra: Imunidade tributária. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

³ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 198.

⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 185.

muito embora já tenha ocorrido o fato gerador e já nascido a obrigação tributária.

Já no que se refere a não incidência tributária, não há sequer hipóteses em que existirá a tributação. Não se confundem com as imunidades, pois ao contrário dessas como o próprio nome informa, de modo algum poderá haver hipótese tributária.

E quanto às hipóteses de aplicação das imunidades, estas são apresentadas no artigo 150, inciso VI da Magna Carta de 1988.

Em breve análise, pode-se aparentar que a imunidade se restringe apenas aos impostos, tendo o constituinte retirado da esfera de proteção constitucional os demais tributos, como as taxas e as contribuições. Porém, já se tem considerado a ampliação da vedação tributária para os demais tributos.

Com efeito, é importante registrar os dizeres de Yoshiaki Ichihara:

Imunidades tributárias são normas da Constituição Federal, expressas e determinadas, que delimitam negativamente, descrevendo os contornos às normas atributivas e dentro do campo das competências tributárias, estabelecendo e criando uma área de incompetência, eficácia plena e aplicabilidade imediata, outorgando implicitamente direitos subjetivos aos destinatários beneficiados, não se confundindo com as normas fundamentais, vedações ou proibições expressas, como as limitações que decorrem dos princípios constitucionais, nem com a não-incidência.⁵

Verifica-se que apesar de a Constituição Federal ter reservado campo específico para abrigar as hipóteses de imunidade, fica claro que o seu próprio texto prevê a existência de nítidas imunidades, fora do âmbito do artigo 150, inciso VI. Tais situações são inseridas como isenções quando na verdade deveriam ter sido tratadas como imunes. É o caso por exemplo dos artigos 184, § 5º, 195, § 7º e ainda do artigo 149, § 2º, inciso I da CF, inserido pela Emenda Constitucional 33/2001. Vislumbra-se que houve equívoco de parte do legislador, pois deveriam ser alcançadas pelas regras da imunidade.

No campo de sua conceituação, Aliomar Baleeiro, um dos precursores do tema esclarece que:

A imunidade é regra constitucional expressa (ou implicitamente necessária), que estabelece a não competência das pessoas políticas da federação para tributar certos fatos e situações, de forma amplamente determinada, delimitando negativamente, por meio de redução parcial, a norma de atribuição de poder tributário.

⁵ ICHIHARA, Yoshiaki. Imunidades tributárias. São Paulo: Atlas. 2000, p. 183. Confirmam também o texto de Kiyoshi Harada: Imunidade Recíproca das Empresas Públicas e das Sociedades de Economia Mista, de – Revista de Direito Tributário n. 103/2012/63.

[...] é, portanto, regra de exceção e de delimitação de competência, que atua, não de forma sucessiva no tempo, mas concomitantemente. [...].⁶

Já Hugo de Brito Machado, a conceitua como:

[...] obstáculo decorrente de regra da Constituição à incidência de regra jurídica de tributação. O que é imune não pode ser tributado. A imunidade impede que a lei defina como hipótese de incidência tributária aquilo que é imune. É limitação da competência tributária.⁷

Leciona Ives Gandra da Silva Martins, que:

A imunidade é o mais relevante dos institutos desonerativos. Corresponde a vedação total ao poder de tributar. A imunidade cria área colocada, constitucionalmente, fora do alcance impositivo, por intenção do constituinte, área necessariamente de salvaguarda para os contribuintes nela hospedados. A relevância é de tal ordem que a jurisprudência tem entendido ser impossível a adoção de interpretação restritiva a seus comandos legais sendo, obrigatoriamente, a exegese de seus dispositivos ampla.⁸

A imunidade possui natureza dupla. De um lado destoa-se para a limitação constitucional ao poder de tributar, demarcando a competência tributária ao evidenciar situações não passíveis de tributação. De outro, mostra-se positivista, estabelecendo a incompetência das pessoas políticas para instituir regras tributárias sobre determinadas situações. Por isso é possível afirmar que a imunidade difere de todas as demais limitações por parte do legislador infraconstitucional, uma vez que este não recebeu competência para tanto.

Nessa trilha, Paulo de Barros acentua:

Recortamos o conceito de imunidade tributária, única e exclusivamente, com o auxílio de elementos jurídicos substanciais à sua natureza, pelo que podemos exibi-la como a classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição Federal, e que estabelecem, de modo expresso, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas.⁹

⁶ BALEEIRO, Aliomar. Limitações constitucionais ao poder de tributar. 8. ed. atualizada por Mísabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 374.

⁷ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 300.

⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direito Empresarial: pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 298/300. Adianta o autor que o Supremo tem, reiteradamente, insistido que a imunidade só se pode interpretar extensivamente.

⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 195.

Confirma, assim, o rol de situações em que o texto constitucional elenca as imunidades, limitando o poder de tributar da entidade competente.

2.2. Considerações sobre a evolução histórica das imunidades tributárias

A origem das imunidades tributárias no Brasil remonta desde a Constituição do Império, em 1824¹⁰, onde se iniciou uma pequena abordagem sobre o que seria capacidade contributiva e imunidade fiscal. O tema alcançou o campo constitucional com a primeira Constituição Republicana, datada de 1981¹¹. O primórdio das vedações tributárias tratou apenas das imunidades recíprocas entre os Estados, e no artigo 11, 1º e 2º, sobre os cultos religiosos.

O aperfeiçoamento das imunidades tributárias foi mais representativo na Constituição Federal de 1988. As imunidades estão previstas no âmbito das Limitações do Poder de Tributar, especificamente no artigo 150, inciso VI, do texto da Magna Carta.

Assim, o inciso VI veda a instituição de impostos em situações que são apresentadas atualmente em cinco alíneas: a alínea “a”, que trata do patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros, ou seja, da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios; a alínea “b” que trata dos templos de qualquer culto; a alínea “c”, que faz referência ao patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, entidades sindicais dos trabalhadores, instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, com a ressalva de que seja atendido os requisitos da lei; a alínea “d”, que vem tratar dos livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão, e por fim, a alínea “e” que trata dos fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras interpretadas por estes, além de os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, com restrição quanto a etapa de replicação industrial de mídias ópticas a *laser*.

Identificadas as alíneas da norma imunizante, faz-se necessário apreciá-las em suas peculiaridades.

Outras imunidades tributárias estão dispostas no texto constitucional, não são objetos análise no presente artigo.

2.3. Das imunidades tributárias constantes na Constituição Federal de 1988

A alínea “a”, constante no inciso VI, do artigo 150 da Magna Carta trata da imunidade recíproca, definição ofertada por decorrência da isonomia existente entre os entes constitucionais, que também pode ser denominada como

¹⁰ BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de Março de 1824.

¹¹ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891.

imunidade mútua ou das entidades políticas. É a mais antiga exoneração tributária que se justifica em razão do princípio federativo constante no artigo 60, § 4º, I e artigos 29 e 30 da Constituição Federal, dada a autonomia dos Municípios. Tal imunidade atinge, portanto, apenas os impostos, permanecendo a cobrança recíproca quanto aos demais tributos. Há ressalva apenas quanto aos empréstimos compulsórios, pois se forem instituídos na forma de impostos, serão protegidos pela vedação constitucional.

Ademais, a presente imunidade induz a um rol exoneratório, que em literal interpretação, alcançaria tão somente os impostos sobre patrimônio, bens e serviços destes entes políticos.

Diante da discussão gerada, o Supremo Tribunal Federal (STF)¹² tem interpretado de forma mais ampla quanto ao rol de impostos, afastando aqueles que possam onerar as finanças dos entes políticos protegidos pela imunidade.

Acresça-se também que a imunidade das entidades políticas deve ser estendida para as autarquias e fundações mantidas pelo Poder Público, conforme dispõe o artigo 150, § 2º da Constituição Federal.

Ademais, a imunidade recíproca deve estar vinculada às suas finalidades essenciais ou cumprir as finalidades que dela decorram¹³.

Por sua vez, o § 3º, do artigo 150, veda a exoneração tributária nas hipóteses de exploração de atividade econômica regida pelos empreendimentos privados, ou nos casos em que haja o pagamento de tarifas ou preços, ou ainda em casos de contraprestações.

Destarte, a alínea “b” vem tratar das imunidades dos templos de qualquer culto. Tal exoneração tributária vem reforçar o princípio da liberdade de crença religiosa, constante no artigo 5º, VI a VIII da Carta Magna. Insere-se que se protege a prática religiosa, estando fora do alcance imunitório as seitas com objetivos ilegais. O seu patrimônio abrange não só os bens imóveis como os bens móveis dos templos, desde que se destinem a finalidades essenciais, ou seja, a prática religiosa ou o próprio culto.

Regina Helena Costa descreve que:

[...] a exoneração constitucional sob exame afasta a exigência do Imposto Predial e Territorial Urbano relativo ao imóvel onde o culto se realiza; o Imposto sobre Serviços concernente ao serviço

¹² RE 225778 AgR, Relator: Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 16/09/2003; AI 389118 AgR, Relator: Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 24/09/2002; RE 203755 Relator: Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 17/09/1996.

¹³ CANTO, Gilberto de Ulhôa. Algumas Considerações sobre a Imunidade Tributária dos entes públicos. Revista de Direito Administrativo, n. 52, abr/jun, 1958, p. 34/41. O autor faz representativas considerações sobre a Imunidade recíproca, reportando às Constituições anteriores. Nessa mesma linha escreveu: MORIS, Gustavo Teixeira. Novas Reflexões sobre a Limitação à Imunidade Recíproca. RJLB, nº 6, Ano 1, 2015, p. 527-550.

religioso; o Imposto de Renda sobre as esmolas, doações e rendimentos decorrentes de aplicações financeiras; o Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis na aquisição desses bens; o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores referente aos veículos automotores usados na catequese ou nos serviços de culto; e o Imposto de Importação sobre bens destinados ao serviço religioso.¹⁴

Voltando-se para a alínea “c”, esta vem tratar das imunidades dos partidos políticos, suas fundações, as entidades sindicais dos trabalhadores, as instituições de educação e ainda as de assistência social.

Assim, basta que os partidos políticos respeitem o artigo 17 da Carta Magna, enquanto as entidades sindicais observem o artigo 8º, e as instituições de educação e assistência social atendam aos artigos 205 a 214, e ainda os artigos 203 e 204, todos da Constituição Federal.

Cumprе ressaltar que a imunidade contida na alínea “c” também se aplica ao patrimônio, à renda e aos serviços, em atendimento ao §4º, do artigo 150 da Lei Maior. E quanto a previsão de atender aos requisitos da lei, bem se percebe que a expressão não é autoaplicável, necessitando de acréscimo normativo.

O Código Tributário Nacional (CTN), em seu artigo 14 trata dos requisitos necessários para o cabimento da imunidade tributária.

Já quanto a alínea “d”, refere-se às imunidades sobre os livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão. Vê-se, em um primeiro momento, que o dispositivo constitucional buscou pautar-se apenas aos livros, jornais, periódicos, e ao papel que até então era o principal insumo utilizado para tornar público a manifestação das ideias e informações.

Porém, frente à evolução da sociedade, principalmente com a desenvolvimento da era digital, a vedação constitucional passou a ser tema de grande repercussão. Hugo de Brito Machado, inclusive fundamenta que:

[...] se em 1988 não se tinha motivos para acreditar na rápida substituição do livro convencional pelos instrumentos e meios magnéticos, hoje tal substituição mostra-se já evidente, embora o livro tradicional ainda não tenha perdido sua notável importância.¹⁵

¹⁴ COSTA, Regina Helena Costa. Imunidades tributárias. Teoria e Análise da Jurisprudência do STF. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 158. Ayres F. Barreto também discorre sobre o tema: Imunidades tributárias: limitações constitucionais ao poder de tributar. São Paulo: Dialética, 2001.

¹⁵ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 308.

E de fato, é a única imunidade classificada como objetiva, pois impede a cobrança de impostos tão somente dos bens, ou seja, são voltadas para os objetos livros, jornais, periódicos e o papel.

Por fim, a alínea “e” foi implantada pela Emenda Constitucional 75. Sua finalidade é desonerar os impostos sobre os fonogramas e videofonogramas musicais ou literomusicais produzidos no país, bem como aos seus suportes ou arquivos em que se encontrem. Objetiva-se não apenas reduzir a baixa de preços dos CDs e DVDs, como ainda desestimular a comercialização clandestina e estimular a cultura brasileira, por meio da obra intelectual do artista.

Assim, percebe-se que no rol apresentado pelo constituinte, buscou discriminar no campo tributário, situações ímpares com o simples enfoque de fazer prevalecer a harmonia e o desenvolvimento da sociedade.

Merece destaque na proposta deste estudo a análise da imunidade recíproca prevista no artigo 150, VI, “a”, da Constituição Federal e tem por direcionamento como vedação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cobrarem uns dos outros, impostos sobre o patrimônio, renda e serviços. Tal dispositivo constitucional teve como justificativa inicial a proteção do pacto federativo, “cuja manutenção pressupõe a existência de uma estrutura federal e autonomia dos entes que a compõem”.¹⁶ Deve ser considerada também a isonomia entre os entes da federação e ainda a ausência de capacidade contributiva.

Como exigência constitucional, são protegidos pela imunidade, as pessoas políticas que prestam serviço público ou realizam atividade pública. Assim, tributar tais atividades é impor um ônus tributário ao próprio Estado.

Sobre a interpretação da aplicabilidade da imunidade recíproca, pode ser entendida de forma mais abrangente possível, considerando a proteção e manutenção da forma de Estado Federal, por isto sendo considerada cláusula pétrea, nos termos do art. 60, §4º, IV, da Constituição Federal. Vem a lume a doutrina de Roque Antonio Carrazza:

Decorre do princípio federativo porque, se uma pessoa política pudesse exigir impostos de outra, fatalmente acabaria por interferir em sua autonomia. Sim, porque, cobrando-lhe impostos, poderia levá-la a situação de grande dificuldade econômica, a ponto de impedi-la de realizar seus objetivos institucionais. Ora, isto a Constituição absolutamente não tolera, tanto que inscreveu nas

¹⁶ ÁVILA, Humberto. Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 211. Sobre o tema também escreve Marco A. Greco: Imunidade tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). Imunidades tributárias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

cláusulas pétreas que não será sequer objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir “a forma federativa de Estado” (art. 60, §4º, I).¹⁷

Por outro lado, se tais entes federados exercerem atividades econômicas em sentido estrito por intermédio de suas instrumentalidades, ou seja, atuarem em regime de mercado, não há o que se falar em imunidade.¹⁸ Neste caso, tais entes deixam de exercer a função pública ingressando no mercado, atuando em regime de competição com outros agentes econômicos.

Pode-se afirmar, então, como regra derivada do texto constitucional, que as autarquias, fundações e empresas públicas prestadoras de serviços públicos são imunes. No entanto, se as mesmas instituições mencionadas atuarem em regime de mercado não podem ser alcançadas pela imunidade recíproca.

O Supremo Tribunal Federal vinha se posicionando no sentido de que as instituições que prestam serviços públicos são imunes e que fora desses casos a imunidade recíproca não seria aplicável.¹⁹

A partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 601.392/PR, o STF mudou o posicionamento, ao permitir a aplicação da imunidade na ECT que atua no mercado.

3. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS

Convém inicialmente apresentar o conceito de empresa pública, destacado por Celso Mello:

[...] são pessoas jurídicas dotadas de personalidade de Direito Privado, mas por serem instrumentos de ação estatal ficam adstritas à observância de regras especiais; são criadas por força de autorização legal; podem ser constituídas sob qualquer forma em direito admitida; o capital deve ser formado unicamente por re-

¹⁷ CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 689. Também escreve sobre o tema: QUEIROZ, Gustavo Huguenin. Imunidade Tributária Recíproca: Análise da possibilidade de extensão às pessoas jurídicas da Administração Indireta do Estado. Revista SJRJ. Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, ag. 2012, p. 41/51.

¹⁸ GRAU, Eros Roberto. A Ordem econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 139.

¹⁹ Pode ser observado que o STF no RE 74.032 negou a imunidade para a Caixa Econômica Federal em atividades alheias às suas finalidades essenciais e da Companhia das Docas do Estado de São Paulo, uma vez que a sua concessão desequilibraria a concorrência no mercado (RE 253.472).

curso de pessoas da Administração Pública direta ou de suas respectivas pessoas da Administração Pública indireta, devendo residir na esfera federal a predominância acionária.²⁰

Do mesmo modo Hely Lopes Meirelles²¹ apresenta as empresas públicas como:

[...] pessoas jurídicas de Direito Privado, instituídas pelo Poder Público mediante autorização de lei específica, com capital exclusivamente público, para a prestação de serviço público ou a realização de atividade econômica de relevante interesse coletivo, nos moldes da iniciativa particular, podendo revestir qualquer forma e organização empresarial.

Como pode ser observada a empresa pública se diferencia da sociedade de economia mista por ter capital exclusivamente público entre outras características que serão observadas a seguir.

3.1. Natureza jurídica da ECT

A Constituição Federal prevê que cabe à União manter o serviço postal e o correio aéreo nacional (art. 21, Inciso X). Logo, tendo em vista, ser referido serviço indispensável à população brasileira, a lei confere a uma empresa pública poder para execução de dados serviços públicos.

Assim, o Decreto-lei 509, de 20 de março de 1969 criou a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), com natureza jurídica de empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações. Nesse sentido, a ECT, em consequência, é entidade estatal delegada – por lei – para a realização de um serviço

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 173. Destaca Bandeira de Mello que em relação à existência de duas espécies de empresas públicas há dois tipos fundamentais de empresas públicas e sociedades de economia mista: exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviços públicos ou aquelas coordenadoras de obras públicas e demais atividades públicas. Seus regimes jurídicos não são, nem podem ser idênticos. No primeiro caso, é compreensível que o regime jurídico de tais pessoas seja o máximo possível daquele aplicável à generalidade das pessoas de Direito Privado. Seja pela natureza do objeto de sua ação, seja para prevenir que desfrutem de situação vantajosa em relação às empresas privadas, compreendendo-se que estejam, em suas atuações, submetidas a uma disciplina bastante avizinhada da que regula as entidades particulares de fins empresariais. Daí haver o Texto Constitucional estabelecido que em tais hipóteses sejam reguladas pelo regime próprio das empresas privadas (art. 173, § 1º, II). Advirta-se, apenas, que há um grande exagero nesta dicção da Lei Magna, pois ela mesma se encarrega de desmentir-se em inúmeros outros artigos, como além será demonstrado. No segundo caso, quando concebidas para prestar serviços públicos ou desenvolver quaisquer atividades de índole pública propriamente (como promover a realização de obras públicas), é natural que sofram o influxo mais acentuado de princípios e regra do Direito Público, ajustados, portanto, ao resguardo de interesses desta índole. (p.185-186)

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 355-356.

público (constitucionalmente assim definido) e não por autorização, concessão ou permissão.²²

Desse modo, uma vez que somente a União pode executar direta ou indiretamente o serviço postal, sua natureza pública resta caracterizada. Ou seja, apesar de se apresentar como empresa pública responsável pelo serviço público, mantida suas atividades públicas, o regime público se mantém.

Em verdade, Cleucio Santos Nunes esclarece que

[...] a Constituição Federal, diferentemente dos demais serviços públicos constantes do rol do artigo 21, não facultou à União a delegação dos serviços postais. A mensagem do texto constitucional é prescritiva: compete à União manter o serviço postal. Isso significa que a ECT não pode se eximir de prestar os serviços definidos na Lei 6.538/1978 quaisquer que sejam eles.²³

Em 2011, a ECT foi alterada pela Lei nº 12.490, a fortalecendo e modernizando os seus serviços, mas mantendo suas amplas finalidades e função pública.

Atualmente a empresa comporta diferentes atividades, inclusive diversas do serviço exclusivamente postal, caminhando juntamente com os avanços tecnológicos.

3.2. Serviço postal na Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988 instituiu como competência privativa da União, o serviço postal e o correio aéreo nacional (art. 21, inc. X).

Porém, desde a Constituição de 1891 já se concebia ao Estado a competência para manter o serviço postal de interesse nacional.

Conforme preleciona Mello “[...] há duas espécies de serviços que só podem ser prestados pelo próprio Estado, isto é, que não podem ser prestados por concessão, permissão ou autorização. São eles os de serviço postal e correio aéreo nacional, como resulta do art. 21, X”.²⁴

Assim, verifica-se que a lei afastou do particular a possibilidade de exercer o serviço postal por meio de permissão, concessão ou autorização. Da

²² MARTINS, Marcos Antonio Tavares. A Imunidade Tributária Conferida a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT e a Ordem Federativa. Disponível em: https://buscacep.com.br/sobre-correios/a-empresa/revista-de-estudo-de-direito-postal-da-ect/edicoes-anteriores/pdf/Marcos_Antonio.pdf. Acesso em 03 nov 2017.

²³ NUNES, Cleucio Santos. A imunidade tributária dos correios sobre serviços postais não exclusivos. Disponível em: <https://www.correios.com.br/sobre-correios/a-empresa/revista-de-estudo-de-direito-postal-da-ect/edicoes-anteriores/pdf/2cleucio2014.pdf>. Acesso em 03 nov 2017.

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 712.

mesma maneira, os entes federativos não têm legitimidade para dispor de referida matéria.

Portanto, o serviço postal deve ser prestado por meio de serviço público, de competência exclusiva da União para decidir como fazê-lo, desde que respeitado os seus próprios limites constitucionais.

3.3. Atividade essencial e atividade comercial

Insta consignar que os serviços prestados pelos correios se apresentam na forma postal, mas também podem ser exercidos em outras modalidades de atividades.

De fato, a Lei n. 6.538/78 em seu artigo 9º define os serviços postais que são explorados em caráter de monopólio pela União, sendo considerados serviços de cunho essencial, qual seja: no tocante a carta e cartão postal, o recebimento, transporte e entrega em território nacional e o seu envio ao exterior; no que toca a considerada correspondência agrupada, o recebimento, transporte e entrega em território nacional e para o exterior; e ainda a fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franquia postal.

Todavia, o próprio §2º do artigo 9º de referida legislação preleciona as hipóteses que não se enquadram em caráter de monopólio pela União. Assim, tais atividades podem ser exercidas pela ECT, mas de mesma maneira são permitidas à iniciativa privada.

É o caso das encomendas em geral, como livros, celulares, computadores, e ainda de impressos diversos, como exemplo, revistas, jornais, catálogos de mala direta, dentre outros, que possuem características nitidamente comerciais.

Verifica-se que se a ECT como empresa pública, deve se ater exclusivamente aos serviços públicos, considerados unicamente essenciais, em atendimento ao interesse social e em respeito ao próprio primado constitucional, a prestação de serviços de natureza em tese comercial estaria excluída das benesses imunizantes?

Visando resolver tal impasse, o STF tem se posicionado sobre o tema²⁵ quanto à prestação de serviços exclusivos da ECT, recepcionados pela Magna Carta de 1988 e pela Lei 6.538/78.

²⁵ RE 601392 RG, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 12/11/2009; ACO 1454 AgR, rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 18/12/2015; RE 627051, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 12/11/2014.

4. DA APLICABILIDADE DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA PARA A ECT EM SUAS DIVERSAS ATIVIDADES

4.1. Da extensão da imunidade tributária recíproca para a ECT

A imunidade tributária recíproca, a teor do que já se extraiu do artigo 150, inciso VI, alínea “a” da Constituição Federal é destinada as entidades políticas: União, Estados, Distrito Federal e aos Municípios no que toca a instituição de impostos sobre patrimônio, renda ou serviços uns dos outros.

Todavia, o §2º do referido artigo constitucional, também estende a imunidade recíproca às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, vinculadas às suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

Quanto às sociedades de economia mista, já previu o STF na Súmula 76, a impossibilidade de proteção pela imunidade fiscal por serem detentoras de personalidade jurídica de direito privado.²⁶

Assim, a imunidade tributária recíproca não alcança todos os entes que compõem a administração pública indireta.

Castro e Ribeiro apontam que

[...] as empresas públicas e as sociedades de economia mista não são protegidas pela imunidade. A doutrina entende que as que forem prestadoras de serviço público teriam direito à imunidade. Já as exploradoras de atividade econômica não. O STF já julgou nesse sentido. Como exemplo, temos os Correios, que é uma empresa pública prestadora de serviço público.²⁷

Por sua vez, o STF quanto ao tema tem entendido que determinadas empresas públicas quando delegadas de serviços públicos que se “mostram como *‘longa manus’* das pessoas políticas que, por meio de lei, as criam e lhes apontam os objetivos públicos a alcançar,”²⁸ poderão estar sujeitas à imunidade tributária.

²⁶ Súmula 76 STF: “As sociedades de economia mista não estão protegidas pela imunidade fiscal do art. 31, V, a, Constituição Federal”. Trata-se de artigo da Constituição de 1.946.

²⁷ CASTRO, Aldo Aranha. RIBEIRO, Maria de Fátima. Princípios constitucionais tributários, imunidades e Isenções e as limitações ao poder de tributar. In Direito tributário. Organização CONPEDI/UFF; coordenadores: Vladimir Oliveira da Silveira, Aires José Rover. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 377.

²⁸ CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 699. A esse respeito o Prof. Carrazza escreveu também: A Imunidade Tributária das Empresas Estatais de Serviços Públicos. São Paulo: Malheiros. 2004. Igualmente: ARAÚJO, André Fabiano Guimarães de. O STF e a Imunidade Tributária das Empresas Estatais: Uma Proposta de Sistematização. Revista de Direito PGE-GO, v.29, 2014.

O prof. Roque Carrazza²⁹ entende que a imunidade tributária recíproca é extensível a todos os impostos, e não somente àqueles descritos no art. 150, VI, a, da Constituição Federal. Argumenta que o Texto Constitucional, nesta passagem, utilizou-se de uma linguagem econômica, e não jurídica. Na economia, os impostos são estudados e divididos em: sobre o patrimônio, a renda e os serviços. Ivo César Barreto de Carvalho corrobora o entendimento do Professor Carrazza destacando que não é partidário da corrente hermenêutica da interpretação econômica do Direito Tributário. Por isso, Carvalho busca uma interpretação teleológica do dispositivo constitucional, entendendo que a norma imunizante em discussão refere-se a todos os impostos³⁰.

Nesse sentido, a Empresa de Correios e Telégrafos, por desempenhar atividades próprias da União, em regime de exclusividade, alcançou por meio do Recurso Especial 407.099/RS em 2004, a proteção constitucional que lhe garante a imunidade recíproca. Neste caso, separou-se o que seriam empresas prestadoras de serviços públicos das empresas públicas como instrumento de participação do Estado na economia. A ECT alegou ofensa ao art. 150, VI, a, da Constituição, considerando que este se aplicaria a ela a despeito do disposto pelo § 3º do mesmo artigo. Nas razões do recurso, sustentou a recorrente que o art. 173, § 2º, da CF aplica-se exclusivamente às empresas públicas que exploram atividade econômica em regime de concorrência com o setor privado, não incidindo essa regra nas hipóteses em que a empresa pública se destinar à prestação de serviço público reservado à União, como seria exatamente o caso da ECT. O recurso foi provido por unanimidade, na parte referente à aplicação da imunidade tributária recíproca.

Eis a ementa do Recurso Especial n. 407.099/RS:

RECONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA: C.F., art. 150, VI, a. EMPRESA PÚBLICA QUE EXERCE ATIVIDADE ECONÔMICA E EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO: DISTINÇÃO. I. - As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: C.F., art. 150, VI, a. II. - R.E. conhecido em parte e, nessa parte, provido.

²⁹ CARRAZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 691/2.

³⁰ CARVALHO, Ivo César Barreto de. Imunidade Tributária na Visão do STF. DPU Nº 33 – Maio-Jun/2010 – Doutrina, p.75-76. Nesse mesmo sentido sugerimos a leitura do artigo sobre A Imunidade Recíproca dos Correios e a necessidade de superação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In Revista Tributária e de Finanças Públicas – RTRIB, vol. 130, setembro-outubro, 2016.

E prossegue:

É preciso distinguir as empresas públicas que exploram atividade econômica, que se sujeitam ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias (C.F., art. 173, §1º), daquelas empresas públicas prestadoras de serviços públicos, cuja natureza é de autarquia, às quais não tem aplicação o disposto no §1º do art. 173 da Constituição, sujeitando-se tais empresas prestadoras de serviço público, inclusive, à responsabilidade objetiva (C.F., art. 37, §6º). [...] ³¹

E no final da Ementa vem destacado:

[...] fazendo-se a distinção entre empresa pública como instrumento da participação do Estado na economia e empresa pública prestadora de serviço público – não tenho dúvida em afirmar que a ECT está abrangida pela imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, a), ainda mais se considerarmos que presta ela serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, que é o serviço postal, CF, art. 21, X. [...] É que o §3º do art. 150 tem como destinatário entidade estatal que explore atividade econômica regida pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário. No caso, tem aplicação a hipótese inscrita no §2º do mesmo art. 150. ³²

Consta do voto que a questão fundamental é que a empresa pública é imune, por força do artigo 150, VI, a, da CF, independentemente da discussão acerca da recepção do Decreto-Lei nº 509 pela Constituição Federal de 1988. E atente-se que referido julgado serviu para a manutenção dessa orientação em várias outras oportunidades.³³

4.2. Alcance da imunidade recíproca para as atividades não típicas da ECT

Não obstante, a ECT desempenhar atividades essenciais exercidas com exclusividade, tem se tornado comum o desempenho também de serviços predominantemente de iniciativa privada, o que tem colocado em discussão a extensão da imunidade tributária para tais serviços não típicos³⁴.

³¹ Ementa do Recurso Especial n. 407.099/RS.

³² Ementa do Recurso Especial n. 407.099/RS.

³³ Podem ser citados: AgR no AI 690.242, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª T., j. em 17-03-2009; ACO 765, STF, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ ac. Min. Menezes Direito, Pleno, j. em 13-05-2009; ACO 789, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ ac. Min. Dias Toffoli, Pleno, j. em 1º-09-2010; e RE 601.392, rel. Min. Joaquim Barbosa, rel. p/ ac. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. em 28-02-2013.

³⁴ Nos escritos sobre A imunidade tributária das empresas estatais prestadoras de serviços públicos, Raquel Discacciati Bello, pondera que “ser empresa estatal não garante imunidade tributária. É necessário adicionar a esta característica o objeto realizado, ou seja, a prestação de serviços

De fato, no que concerne a incidência de ISS sobre serviços não postais, o pleno do STF, por meio de Repercussão Geral – RE 601.392/PR, de fevereiro de 2013, considerou imunes todas as atividades exercidas pela ECT. Deve ser considerada a questão da aplicação do princípio da livre concorrência e serviços públicos e privados.³⁵

A ECT pretendia a reforma do acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que negou a imunidade abrangente das atividades econômicas em sentido estrito e dos serviços públicos prestados pela ECT em Curitiba. O Município tributava os Correios com a exigência do ISS nos serviços elencados no item 95 da Lista anexa do Decreto-lei 56/1987. Esses serviços abrangem cobranças e recebimentos por conta de terceiros, inclusive direitos autorais, protestos de títulos, sustação de protestos, devolução de títulos pagos, manutenção de títulos vencidos, fornecimento de posição de cobrança ou recebimento e outros serviços correlatos da cobrança ou recebimento.

Para aquele Tribunal, a imunidade prevista no art. 150, VI, “a” da Constituição, restringia-se aos serviços postais previstos no art. 9º da Lei 6.538/78, considerados serviços públicos. A ECT argumentou que a decisão do TRF-4 contrariou o artigo 21, inciso X, da Constituição Federal, segundo o qual compete à União manter o serviço postal e o correio aéreo nacional. Sustentou ainda que o STF deveria reconhecer a imunidade de suas atividades, pois todos os seus rendimentos estão condicionados à prestação de serviço público.

Ao apreciar o Recurso Extraordinário RE 601.392/PR, o Supremo levantou a questão da continuidade do serviço público e a regra que torna obrigatória a manutenção dos serviços postais pela União³⁶. Imunizando todas as atividades da ECT, não haveria descontinuidade dos serviços públicos da empresa (serviços públicos e atividades econômicas). Para estender a imunidade, entendeu o STF “que imunizar a integralidade das atividades da ECT não ia de encontro aos mandamentos da livre concorrência e nem violaria o pacto federativo”.³⁷

O relator, Ministro Joaquim Barbosa apresentou os seguintes argumentos:

públicos. Da mesma forma, não é somente o fato de prestar serviços públicos que implica imunidade; os serviços são tributáveis, especialmente quando prestados por delegatárias do Poder Público. In Imunidade tributária das empresas prestadoras de serviços públicos”. In Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 33 n. 132 out./dez. 1996, p 182.

³⁵ Após reformulação do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, somaram-se seis votos favoráveis para reconhecer que a imunidade tributária recíproca, nos termos do artigo 150, VI, “a”, da Constituição Federal (que veda a cobrança de impostos sobre patrimônio, renda ou serviços entre os entes federados), alcança todas as atividades exercidas pelos Correios.

³⁶ Artigo 21, Inciso X da Constituição Federal.

³⁷ BINI, Pedro Guilherme Ferreira. O Princípio da Livre Concorrência na Construção de Normas de Imunidade Recíproca: um Estudo da Imunidade da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos in Revista de Direito Tributário Atual. Vol. 33, p. 267/291. São Paulo, 2015, p. 285.

[...] a ECT desempenha algumas atividades de intenso e primário interesse privado-particular, ou seja, não-público. Por exemplo, é notório que os Correios cedem sua estrutura e serviços para a “venda” de títulos de capitalização. As operações com tais títulos têm como objetivo o lucro das entidades públicas ou privadas que os disponibilizam, sem qualquer vinculação com a função institucional da ECT. Nesta perspectiva, a exoneração tributária teria como consequência a diminuição do preço a ser cobrado do interessado em distribuir os títulos, dado ser possível calcular a carga tributária e repassá-la àquele que terá o maior benefício com a exploração da atividade. (RE 601.392/PR)³⁸

E ainda:

Sabe-se também que as agências dos Correios são utilizadas para operações do chamado “Banco Postal”. Atualmente, uma grande instituição financeira privada é responsável pelo Banco Postal, e é lícito supor que uma parceria desta natureza não tenha motivação filantrópica. Não causa qualquer perplexidade a tributação de instituições financeiras quando estas atuarem com base em agências próprias. (RE 601.392/PR)

Conclui o Ministro em seu voto, que “dada a capacidade contributiva da atividade e a inexistência de risco de desequilíbrio entre empresa da União e outros entes federados, não há razão para aplicar a imunidade tributária ao produto obtido com este tipo de parceria”.³⁹

Já em 2014, no que se refere ao IPTU dos imóveis pertencentes aos correios, discutiu-se a incidência de referido tributo aos imóveis que não estavam afetos ao serviço público, “[...] para o STF, conforme entendimento exarado em julgado de 15 de outubro de 2014 (RE 773.992)”.

Assim, quanto aos seus imóveis, independe se possuem ou não destinação pública. Serão protegidos pela benesse imunizante.

No mais, no que corresponde ao IPVA, a decisão da Ação Cível Ordinária (ACO) n. 879 do pleno do STF, de novembro de 2014, declarou que os veículos automotores pertencentes a ECT, são imunes à incidência de IPVA.

³⁸ “Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Imunidade recíproca. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. 3. Distinção, para fins de tratamento normativo, entre empresas públicas prestadoras de serviço público e empresas públicas exploradoras de atividade. Precedentes. 4. Exercício simultâneo de atividades em regime de exclusividade e em concorrência com a iniciativa privada. Irrelevância. Existência de peculiaridades no serviço postal. Incidência da imunidade prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido.” RE. 601.292/PR.

³⁹ RE. 601.292/PR.

E quanto ao ICMS, o Pleno do STF, na Ação Cível Originária (ACO) 1.095, já entendeu que seria indevida a sua cobrança, no Estado de Goiás, quanto ao serviço de transporte de encomendas promovido pela ECT.

Registre-se que já em 2009, o Pleno do STF em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de n. 46, buscou explicitar a questão, e para tanto ponderou quanto às expressões: serviço postal, monopólio e privilégio:

EMENTA: [...] 1. O SERVIÇO POSTAL – conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado – não substancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público. 2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. MONOPÓLIO é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de PRIVILÉGIO. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. [...] ⁴⁰

É necessário distinguir os três tipos de serviços, destacando a exploração de atividade econômica em sentido estrito:

3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [art. 20, X]. 4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo DL n. 509, de 10 de março de 1969. 5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. [...] ⁴¹

E finaliza:

6. A ECT deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. [...] 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. [...]. (ADPF 46, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ ac. Min. Eros Grau, Pleno, j. em 05-08-2009)

Desse modo, percebe-se que o STF tem promovido decisões favoráveis no que se refere a imunidade tributária recíproca para a ECT, inclusive vem

⁴⁰ ADPF 46, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ ac. Min. Eros Grau, Pleno, j. em 05-08-2009.

⁴¹ ADPF 46, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ ac. Min. Eros Grau, Pleno, j. em 05-08-2009.

destacando a distinção de tratamento no que se refere as empresas públicas prestadoras de serviço público e as empresas públicas exploradoras de atividade econômica em monopólio.

A ECT não pode ser considerada empresa de iniciativa privada, ainda que desempenhe outras atividades não típicas. De fato, quando esta pratica atividade comercial não desvirtua as suas atividades essenciais que estão interligadas aos serviços prestados, ou seja, como exemplo o recebimento e entrega de correspondência por meio de encomenda e transporte. Sendo assim, deve estar sujeita à proteção constitucional da imunidade.

4.3. Do respeito aos princípios constitucionais e não configuração de concorrência desleal

Tendo em vista ser considerado serviço obrigatório previsto na Constituição Federal, não há se falar em ofensa aos princípios constitucionais a aplicabilidade da imunidade tributária recíproca para a ECT.

A princípio, sua expansão em atividades não típicas do serviço postal denotaria a conclusão, que nesse aspecto deveria receber o mesmo tratamento despendido para as empresas de iniciativa privada, restando sujeitas as obrigações trabalhistas e tributárias, conforme artigo 173, § 1º, inciso II da Magna Carta.

No entanto, há de se ponderar que a ECT por seu caráter obrigatório termina por atender diversas regiões do país, inclusive locais tão longínquos em que o único meio de prestação de serviços, sejam eles postais, de encomendas, bancário e pagamento de contas são realizados somente pelos correios.

Junte-se a isso, que a ECT promove legítima integração nacional, promovendo o atendimento de direitos básicos do cidadão brasileiro.

E quanto ao aspecto financeiro, esta quando atua em concorrência com empresas transportadoras, de atividade privada, não exsurge em concorrência desleal.

Por vezes, o serviço dos correios termina por ser até cobrado dos usuários, um valor menor do que o exercido pela empresa privada. Os correios pela função social a que se destina não pode, por livre vontade deixar de atender à população.

Não se vislumbra qualquer ofensa a livre iniciativa ou a livre concorrência, imperando por certo a segurança jurídica necessária para a sua atuação, sem qualquer desrespeito aos ditames constitucionais e fundamentais.

Em regra, a atuação do princípio da livre concorrência sobre a norma da imunidade é negativa, “pois ele costuma ser invocado para negar a uma enti-

dade o gozo da imunidade quando essa exerça atividades econômicas em sentido estrito”.⁴² A justificativa para isso reside no fato de que uma entidade imune, agindo no domínio econômico, “pode ser beneficiada por ganhos concorrenciais motivados tão somente na impossibilidade de lhe serem cobrados impostos”.⁴³

Há com isso, posições contrárias. O STF, ao decidir pela imunização da integralidade das atividades da ECT, afastou a regra da concorrência⁴⁴

5. CONCLUSÃO

A imunidade tributária recíproca veda a tributação entre os entes de direito público interno, nos termos do art. 150, VI, a, da Constituição Federal de 1988. Um dos fundamentos da imunidade recíproca encontra-se na preservação da forma de Estado federal. Sendo o federalismo, uma forma de Estado, esta não pode ser alterada (art. 60, § 4º, I CF).

São protegidas pela imunidade recíproca a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as autarquias e fundações instituídas e mantidas por aqueles entes políticos. Veda a Constituição, para tanto, a tributação dos impostos sobre patrimônio, renda e serviços.

Ao analisar o fundamento do posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 601.392/PR, em favor da extensão da imunidade recíproca à ECT, e, ao considerar os argumentos apresentados pela doutrina e em outras decisões judiciais pertinentes, é possível afirmar que a esta empresa pública que presta outros serviços públicos diversos do serviço postal, se aplica referida imunidade, independentemente de serem prestados ou não em regime de exclusividade.

Desse modo, fica evidente que a Empresa de Correios e Telégrafos- ECT, por seu caráter de empresa pública, ou seja, de entidade da administração indireta da União, que atua sob a forma de atividade econômica típica e por vezes não típica, deve ser aplicada à ela a imunidade tributária recíproca em suas diversas atividades.

⁴² BINI, Pedro Guilherme Ferreira. O Princípio da Livre Concorrência na Construção de Normas de Imunidade Recíproca: um Estudo da Imunidade da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos in Revista de Direito Tributário Atual. Vol. 33, p. 267/291. São Paulo, 2015, p. 281.

⁴³ *Ib. idem*, p. 281.

⁴⁴ BINI assevera que a decisão do STF no RE 601.392/PR prejudicou a livre concorrência, vez que afetou a liberdade de concorrer, a igualdade entre os agentes de mercado e resultou em uma indevida atuação do Estado na economia por meio de uma entidade imune, desequilibrando a concorrência. Confira: BINI, Pedro Guilherme Ferreira. O Princípio da Livre Concorrência na Construção de Normas de Imunidade Recíproca: um Estudo da Imunidade da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos in Revista de Direito Tributário Atual. Vol. 33, p. 267/291. São Paulo, 2015, p. 289.

Em análise às decisões do Supremo Tribunal Federal percebe-se que o seu Pleno tem produzido decisões favoráveis à imunidade recíproca para referida empresa, inclusive no que diz respeito a tributos como ISS, IPTU, IPVA e ICMS.

Sua atuação ainda que não típica, não enseja ofensa aos princípios constitucionalmente abrangidos, pois verifica-se uma ponderação e incindibilidade em sua função.

Ademais, nem mesmo se pode denotar concorrência desleal, vez que enquanto empresas sujeitas ao regime próprio de iniciativa privada podem ou não ter interesse na prestação dos serviços, a ECT (por ser serviço obrigatório, garantido pela Carta Magna) não pode se eximir de levar o necessário à população. Tal aplicação da imunidade recíproca, está condicionada à verificação de que as empresas públicas, protegidas da tributação, não se encontram em concorrência com as empresas privadas no mercado, sob pena de se incentivar a concorrência desleal, em confronto com as diretrizes estabelecidas pelo art. 170 da Constituição Federal.

Assim, apesar de não estar expressamente consagrada no rol das imunidades tributárias existentes na Constituição Federal, mister que a ECT em seu caráter especial de empresa pública, deve ser amparada pela imunidade recíproca em quaisquer de suas atividades, sejam elas típicas ou não típicas, conforme ficou demonstrado, devido às características dos serviços por ela prestados.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, André Fabiano Guimarães de. O STF e a Imunidade Tributária das Empresas Estatais: Uma Proposta de Sistematização. **Revista de Direito PGE-GO**, v.29, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BALEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARRETO, Aires F., e, BARRETO, Paulo Ayres. **Imunidades tributárias: limitações constitucionais ao poder de tributar**. São Paulo: Dialética, 2001.

BELLO, Rachel Discacciati. A imunidade tributária das empresas estatais prestadoras de serviços públicos In **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 33 n. 132 out./dez. 1996.

BINI, Pedro Guilherme Ferreira. O Princípio da Livre Concorrência na Construção de Normas de Imunidade Recíproca: um Estudo da Imunidade da

Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos in **Revista de Direito Tributário Atual**. Vol. 33, p. 267/291. São Paulo, 2015.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil**, de 25 de Março de 1824.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891.

CANTO, Gilberto de Ulhôa. Algumas Considerações sobre a Imunidade Tributária dos entes públicos. **Revista de Direito Administrativo**, n. 52, abr/jun, 1958, p. 34/41.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARRAZZA, Roque Antonio. **A Imunidade Tributária das Empresas Estatais de Serviços Públicos**. São Paulo: Malheiros. 2004.

CARVALHO, Ivo César Barreto de. Imunidade Tributária na Visão do STF. **DPU Nº 33 – Maio-Jun/2010 – Doutrina**, p. 68-86.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CASTRO, Aldo Aranha. RIBEIRO, Maria de Fátima. Princípios constitucionais tributários, imunidades e Isenções e as limitações ao poder de tributar. In **Direito tributário**. Organização CONPEDI/UFF; coordenadores: Vladmir Oliveira da Silveira, Aires José Rover. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 355/384.

COSTA, Regina Helena Costa. **Imunidades tributárias**. Teoria e Análise da Jurisprudência do STF. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. **Imunidade tributária**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRECO, Marco Aurélio. Imunidade tributária. in: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Das exonerações tributárias. Incentivos fiscais e benefícios. In **Novos Horizontes da Tributação: Um diálogo Luso-Brasileiro**, Coimbra: Almedina, 2012.

HARADA, Kiyoshi. Imunidade Recíproca das Empresas Públicas e das Sociedades de Economia Mista. **Revista de Direito Tributário** n. 103/2012.

ICHIHARA, Yoshiaki. **Imunidades tributárias**. São Paulo: Atlas. 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito Empresarial: pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MARTINS, Marcos Antonio Tavares. **A Imunidade Tributária Conferida a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT e a Ordem Federativa**. Disponível em: https://buscape.com.br/sobre-correios/a-empresa/revista-de-estudo-de-direito-postal-da-ect/edicoes-antiores/pdf/Marcos_Antonio.pdf. Acesso em 03 nov 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

MORIS, Gustavo Teixeira. Novas Reflexões Sobre a Limitação à Imunidade Recíproca. **RJLB**, nº 6, Ano 1, 2015, p. 527-550.

NUNES, Cleucio Santos. A imunidade tributária dos correios sobre serviços postais não exclusivos. **Revista de Estudo de Direito Postal da ECT**. Disponível em: www.correios.com.br/sobre-correios/a-empresa/revista-de-estudo-de-direito-postal-da-ect/edicoes-antiores/pdf/2cleucio2014.pdf. Acesso em 03 nov 2017.

QUEIROZ, Gustavo Huguenin. Imunidade Tributária Recíproca: Análise da possibilidade de extensão às pessoas jurídicas da Administração Indireta do Estado. **Revista SJRJ**. Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, ag. 2012, p. 41/51.

ROSENBLATT, Paulo; VALADARES, Victor David de Azevedo. A imunidade recíproca dos correios e a necessidade de superação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In **Revista Tributária e de Finanças Públicas - RTRIB**, Vol. 130, Setembro-Outubro 2016.

SABBAG, Eduardo. **Imunidade Tributária Recíproca e os Impostos Indiretos: uma interpretação conforme o Estado Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

* Submetido em: 24 out. 2016. Aceito em: 16 nov. 2017.



O DIREITO DE ESCOLHA DO CONSUMIDOR E A NECESSÁRIA INFORMAÇÃO SOBRE ALIMENTOS COM AGROTÓXICOS

*Haide Maria Hupffer**
*Jeferson Jeldoci Pol***

Resumo

O artigo examina a contribuição da chamada “revolução verde” para a utilização irresponsável de substâncias químicas e pesticidas na produção de alimentos e propõe o direito de escolha do consumidor amparado no direito/dever de informação sobre a presença de agrotóxicos nos alimentos para consumo. Assim, a questão norteadora da pesquisa está em responder se a legislação brasileira é suficiente para obrigar o fornecedor a indicar na embalagem dos alimentos se foram utilizados produtos agrotóxicos no processo e quais os riscos destes, para que o consumidor possa exercer seu direito de escolha por alimentos seguros e saudáveis. O método utilizado é o dedutivo, histórico e comparativo com apoio em pesquisa bibliográfica e documental. Para tanto, tomou-se como referência a legislação nacional e do Direito Comparado. Conclui-se que o direito de escolha do consumidor é violado no Brasil quando não há informações nas embalagens de alimentos que indiquem a presença ou não de agrotóxicos, as quantidades, os tipos inclusos e os potenciais riscos do consumo para sua saúde e meio ambiente. A informação precária, insuficiente e inacessível sobre os riscos dos agrotóxicos traz consequências graves para todo o sistema de saúde e previdenciário brasileiro. Para corrigir tal lacuna, indica-se a aprovação dos Projetos de Lei em tramitação no Brasil com alterações a partir da Convenção de Aarhus ainda não ratificada pelo Brasil.

Palavras-chave

Agrotóxicos. Revolução Verde. Direito à Informação. Defesa do Consumidor. Direito de Escolha.

* Doutora em Direito. Integrante do quadro permanente do Programa de Pós-Graduação em Qualidade Ambiental e do Curso de Direito. Líder do Projeto de Pesquisa Direito Ambiental e Desenvolvimento, da Universidade Feevale

** Mestrando em Qualidade Ambiental pela Universidade Feevale. Graduado em Direito pela Universidade Feevale. Foi bolsista em Desenvolvimento Tecnológico e Inovação - PIBÍTI - CNPq/Feevale até jul./2016.

THE CONSUMER RIGHT OF CHOICE AND NEEDFUL INFORMATION ABOUT FOODS WITH PESTICIDES

Abstract

This paper examines the contribution of the so-called “green revolution” to the irresponsible use of chemicals and pesticides in food production and proposes the consumer’s right of choice under the right/duty to provide information about the presence of pesticides in food. Thus, the research guiding question seeks to answer if the Brazilian Legislation is sufficient to oblige the supplier to indicate on the food packaging whether pesticides were used in the production process and what the risks are, so that the consumers can exercise their right of choice for safe and healthy food. The method used is the deductive, historical and comparative with support in bibliographical and documentary research. Therefore, it was taken the National Legislation and the Comparative Law as reference. It is concluded that the consumer’s right of choice is violated in Brazil when there is no information on the food packaging that indicates the presence or absence of pesticides, its quantities, the types that are included and the potential risks of consumption for their health and for the environment as well. Precarious, insufficient and inaccessible information about the pesticides’ risks have serious consequences for the entire Brazilian health and social security system. To correct this gap, it is indicated the approval of the pending Law Projects in Brazil with amendments from the Aarhus Convention that has not yet been ratified by Brazil.

Keywords

Pesticides. Green Revolution. Information Right. Consumer’s Defense. Right of Choice.

1. INTRODUÇÃO

Após a Segunda Guerra Mundial, a decisão de se utilizar os laboratórios de países desenvolvidos e em desenvolvimento para desenvolver um sistema selvagem de produção de pesticidas com a intenção de produzir alimentos para diminuir a fome, gerou a saúde humana danos e riscos ambientais irreversíveis, transtemporais, globais e invisíveis. Diversas doenças estão relacionadas diretamente ao uso de agrotóxicos, tanto para os produtores que os manipulam diretamente, quanto para os consumidores desinformados sobre os seus malefícios.

O Brasil ocupa o primeiro lugar no consumo mundial de agrotóxicos para uso na agricultura, mesmo não ocupando a mesma posição em relação à produção de grãos. Organizações como o Instituto Nacional do Câncer, Ministério da Saúde do Brasil, institutos de pesquisa em saúde, organizações governamentais e não governamentais de defesa do meio ambiente denunciaram que, no ano de 2015, o Brasil ultrapassou a marca de 1 milhão de toneladas de agrotóxicos, significando que cada cidadão brasileiro consome uma média mensal de 5,2 kg de veneno agrícola. O risco de consumir tanto pesticida representa uma complexidade potencializada por não se ter informações sobre os componentes envolvidos, interações com outros componentes, quantidades utilizadas e seus efeitos nos ecossistemas e na saúde humana.

O exercício do direito de escolha por alimentos seguros pressupõe um consumidor consciente, que só poderá ser alcançado se ele tiver acesso à informação sobre o produto que irá consumir, com indicação clara no rótulo do

alimento se ele foi produzido com uso de agrotóxicos, qual agrotóxico e quantidade utilizados, percentual de resíduo remanescente no alimento e potenciais riscos à saúde e ao meio ambiente. A partir de tal perspectiva, o problema que este trabalho pretende enfrentar é assim delineado: a legislação brasileira é suficiente para obrigar o fornecedor a indicar na embalagem do alimento o uso de agrotóxico e riscos para que o consumidor possa exercer seu direito de escolha por alimentos seguros e saudáveis?

A hipótese tem o seguinte lineamento: o Código de Defesa do Consumidor, embora seja relativamente moderno, mostra lacunas no que tange ao dever do fornecedor de informar ao consumidor sobre produtos alimentícios produzidos com agrotóxicos exigindo a indicação do tipo de pesticida utilizado no processo de produção, quantidade utilizada, percentual de resíduos no alimento disponibilizado para consumo e a quais riscos o consumidor está exposto ao consumir o alimento.

A hipótese está alicerçada no direito de o consumidor ter a informação correta sobre o que consome e, assim, poder exercer o seu direito de escolha, assunto que é debatido por diversos projetos de lei em tramitação no Brasil, os quais visam exatamente propiciar informação ao consumidor sobre os riscos do consumo de produtos que usam agrotóxicos perniciosos à sua saúde. Na legislação comparada, em especial na Comunidade Europeia, são encontrados exemplos de maior proteção ao direito de informação e ao direito de escolha do consumidor, baseados em conceitos de proteção à saúde humana e ao meio ambiente.

No que diz respeito ao método científico, são adotados o método dedutivo, histórico e comparativo. A análise segue um caminho dedutivo, partindo do resgate histórico para mostrar a influência da Revolução Verde, com seu pacote tecnológico que industrializou os sistemas de produção agrícola com a inserção massiva de agrotóxicos, fertilizantes, sementes, implementos e máquinas agrícolas. A partir daí, ela evoluiu para mostrar os riscos dos agrotóxicos ao ecossistema e à saúde humana, finalizando com um estudo comparativo de legislações nacionais e internacionais sobre o direito do consumidor à informação. Em relação aos procedimentos, a técnica empregada se amparou na pesquisa bibliográfica e na pesquisa documental.

Este artigo tem como objetivo realizar uma reflexão para mostrar a necessidade de avançar em termos de legislação para que o consumidor tenha seus direitos respeitados. Assim, buscar-se-á interpretar a legislação nacional sob o ponto de vista do consumidor, do meio ambiente e do uso de agrotóxicos. O que se pretende mostrar é que o direito à informação correta e verdadeira certamente será um divisor de águas para uma mudança nas práticas produtivas, levando-se a uma cultura de uma agricultura sustentável que beneficie as gerações presentes e futuras.

2. A “REVOLUÇÃO VERDE” E O AUMENTO MUNDIAL DA PRODUÇÃO DE ALIMENTOS COM AGROTÓXICOS

Na década de 1950 se iniciou uma grande discussão em torno da problemática ambiental, em especial, no que envolve a agricultura e a pecuária, em virtude da sua função estratégica na soberania alimentar e na segurança alimentar dos povos. Além das inovações para ampliar a produção de alimentos, o desenvolvimento da agroindústria está ancorado no excessivo uso de agrotóxicos, de antibióticos e de biotecnologia, o que, ao longo dos anos, vem trazendo consequências visíveis à saúde humana e ao meio ambiente (SÃO PAULO, 2010).

O processo de transformação das práticas agrícolas, segundo Pacifico (2009, p. 34-35), “foi instaurado principalmente após a Segunda Guerra Mundial com o crescimento da indústria química adaptada após o término da guerra à produção agrícola”. Muitas das estruturas de laboratórios que serviam fins militares ficaram ociosas, colaborando para a manipulação de substâncias químicas para combater insetos que ameaçavam a quebra da produção agrícola.

Ao abordar a questão, Jain (2010, p.10) explica que o período pós-Segunda Guerra Mundial foi profícuo para várias descobertas científicas que favoreceram o processo de industrialização do setor agrícola. Entre as inovações, o autor destaca “a teoria de Liebig, relativa à utilização de fertilizantes inorgânicos para reabastecer nutrientes removidos dos solos pela cultura de plantas; a Lei de Mendel que forneceu a base para o melhoramento científico das plantas”; a síntese do DDT realizada por Paul Muller, que contribuiu para a criação de vários pesticidas orgânicos para a proteção de culturas e para a produção em escala industrial de implementos e máquinas agrícolas modernas.

Antes de serem utilizados em larga escala na agricultura, os agroquímicos permitiram o controle de graves doenças que vitimaram milhões de pessoas em anos e décadas anteriores. Assim, via-se nos agroquímicos o potencial para controlar doenças e predadores de diversos sistemas de cultivo, bem como os ganhos econômicos com a redução da mão de obra na produção agropastoril e auxílio no combate à erosão dos solos.

Baseados nos bons resultados econômicos até os primeiros anos da década de 1960, havia grande liberalidade regulatória que permitiu o desenvolvimento de novos produtos com a total inexistência de controle da toxicidade dos produtos. Esse período também marca o início da produção de agrotóxicos organo-sintéticos em substituição aos produtos inorgânicos. Como resultado, houve um aumento significativo do consumo de herbicidas a base de princípios ativos organo-sintéticos, cuja matéria prima passou a ser protegida por patentes (VELASCO; CAPANEMA, 2006, p. 75-78).

No mesmo período, ao escrever “Primavera Silenciosa” em 1962, Carson (2010, p. 162-163) denunciou o uso abusivo de produtos químicos na agricultura e demonstrou preocupação sobre um risco que o próprio ser humano introduziu no mundo que, além dos efeitos imediatos no meio ambiente e na saúde humana, carregam consigo efeitos biológicos que se acumulam durante longos períodos de tempo. São fatos que refletem a teia da vida – ou da morte –, desencadeando um grande debate sobre os limites da tecnociência e sobre a responsabilidade dos cientistas.

Já no primeiro capítulo da sua obra, Carson sentencia que “o mais alarmante de todos os ataques do ser humano ao meio ambiente é a contaminação do ar, do solo, dos rios e dos mares com materiais perigosos e até mesmo letais”. Como um dos componentes do “pacote” tecnológico, o agrotóxico está relacionado ao crescimento da indústria química com “a produção de substâncias químicas artificiais ou sintéticas com propriedades inseticidas” que vai formando uma cadeia de envenenamento e morte. Ao desenvolverem agentes “para serem usados na guerra química, descobriu-se que algumas substâncias químicas criadas em laboratório eram letais aos insetos”.

Para Carson (2010, p. 34), não é por acaso que esta descoberta ocorreu, visto que “os insetos já vinham sendo amplamente usados para testar substâncias químicas como agentes letais para os seres humanos”. E não foram poucas as substâncias descobertas no início da década de 1940, em que “mais de duzentos produtos químicos básicos foram criados para serem usados na matança de insetos, ervas daninhas, roedores e outras pestes”, vendidos largamente com milhares de nomes e marcas diferentes.

A ampliação do uso de agrotóxicos se dá, principalmente, a partir da chamada Revolução Verde, que industrializou os sistemas de produção agrícola com o chamado pacote tecnológico, representado por “um conjunto de insumos exógenos, tais como sementes, fertilizantes, agrotóxicos, implementos agrícolas, etc., interligados por funções complementares” como bem Pacífico (2009, p. 35) pontua. A autora destaca o uso de agrotóxicos como uma tecnologia exógena, ou seja, um “conjunto de técnicas [...] trazido de fora da localidade ou da propriedade para interagir na dinâmica local com o objetivo de potencializar a produtividade”.

A expressão *Green Revolution* foi cunhada por Willian Gaud, da Agência Americana para o Desenvolvimento Internacional das Nações em março de 1968, e foi usada na Reunião da Sociedade para o Desenvolvimento Internacional em Washington, DC. Neste evento, Willian Gaud a utilizou para mostrar que os “rendimentos recordes de trigo no Paquistão, na Índia e na Turquia, e do arroz nas Filipinas” só se tornaram possíveis “com a adoção de uma nova tecnologia agrícola sob a forma de sementes de variedades de alto rendimento e grande doses de fertilizantes inorgânicos, asseguradas pela irrigação e pesticidas” (JAIN, 2010, p. 11). Já para Gonçalves (2002, p. 152), o

termo Revolução Verde surgiu “contra a Revolução Vermelha que, nos anos de 1950, teve enorme presença no imaginário”, transformando a questão social em uma questão técnica.

Com efeito, assim fica claro que a Revolução Verde foi a resposta tecnológica para a escassez de alimentos em todo o mundo, que se tornava ameaçadora no período pós-Segunda Guerra Mundial. Com a Revolução Verde, Mata (2013, p. 26-27) argumenta que as práticas agrícolas foram transformadas em muitas regiões dos trópicos e subtropicais, e, em especial, na Índia onde as principais culturas alimentares eram o arroz, o trigo e o milho.

Com esta revolução, também surgiu o sentimento de ambivalência característica das novas tecnologias, ou seja, se de um lado, na década de 1960, previa-se que o desenvolvimento e crescimento agrícola seriam capazes de evitar milhares de mortes pela escassez alimentar, por outro lado, também trazia graves consequências ecológicas indesejáveis que poluíam o solo, a água e os alimentos, consequências amplamente documentadas tanto pelas implicações socioeconômicas como pelas implicações na saúde humana e no meio ambiente (MATA, 2013, p. 26-27). É neste sentido o dizer de Mata:

O objetivo proclamado era acabar com a fome generalizada nos países em desenvolvimento, reduzir a desnutrição e sua dependência de ajuda alimentar. Por conseguinte, a revolução verde também entregou desastres ambientais para a região de acolhimento e desastres sócio-econômicos para os agricultores pobres (MATA, 2013, p. 26-7).

No Brasil não foi diferente. A partir do golpe militar de 1964, havia um pensamento econômico hegemônico calcado no pensamento funcionalista norte-americano que se desprendia do papel clássico da agricultura no desenvolvimento da economia dos países e que acabou produzindo desdobramentos profundos na organização da produção agropecuária brasileira (MOREIRA, 1999).

No período pós-64, o Brasil adotou dois discursos distintos sobre a distribuição e aproveitamento de terras: um discurso que pregava o aumento da produtividade agrícola com reforma agrária, calcado na agricultura familiar das pequenas propriedades; o outro era fundamentado na ideia de modernização baseada nas grandes propriedades agrícolas com a utilização do “pacote tecnológico”, ou seja, alta tecnologia agrícola aliado ao uso de altas quantidades de insumos. Em síntese, o paradigma da Revolução Verde “pregava o aumento da produtividade agropecuária pelo uso intensivo de defensivos, agrotóxicos e maquinaria” (JARDIM, 2011, p. 118).

Por outro lado, defensores da “Revolução Verde”, entre os quais Borlaug (1972, p.14), defendiam o modelo pela necessidade de produzir alimentos para aplacar a fome. Para Borlaug, a justiça social está intimamente ligada à

questão de uma alimentação adequada, visto que 50% da humanidade dormem com fome e, sem alimentação adequada, não há como se falar em paz e justiça social. Ainda segundo ele, “Si deseas la paz, cultiva la justicia, pero al mismo tiempo cultiva los campos para producir más pan; de otra manera no habrá paz”.

Estes velhos-novos problemas – a utilização massiva de agrotóxicos ancorada na pretensão de aplacar a fome com o aumento da oferta de alimentos sem que a ciência dedique espaço para pesquisar sobre os riscos à saúde e ao meio ambiente – exigem decisões com responsabilidade. Não se pode jogar para as futuras gerações um passivo ambiental sem antes ter exaurido outras metodologias menos perigosas para ampliar a produção de alimentos. A segurança alimentar e a sadia qualidade de vida são representativos de um direito humano fundamental. A utilização exacerbada de agrotóxicos provocou profundas transformações nos ecossistemas, colocando-os em risco.

Os riscos dos agrotóxicos são consequências do que Beck denomina como Sociedade de Risco, provocados pela “interdependência sistêmica dos altamente especializados atores da modernização na economia”. Ao trazer o tema dos agrotóxicos, Beck (2011, p. 38-39) faz um questionamento inquietante ao perguntar-se se “é o agricultor que contamina o solo ou os agricultores são apenas o elo mais fraco da corrente dos circuitos daninhos?” Outra questão: os agricultores são “apenas mercados dependentes e subalternos para as vendas da indústria química de rações e fertilizantes, sendo, neste caso, necessário empregar a enxada para uma prudente descontaminação dos solos?”

Para responder esta questão, Beck vai dizer que as autoridades já poderiam ter “proibido ou drasticamente limitado a venda do veneno”. Por que não o fazem? A resposta está novamente em Beck ao dizer que é graças ao apoio da ciência que constantemente concede “patentes para ‘inofensivas’ produções de veneno”. Com este dizer, retoma-se a questão inicial: são realmente os agricultores os culpados? Para Beck, os agricultores foram espremidos “pela pinça da Comunidade Europeia, tendo de promover uma superprodução com uso intensivo de fertilizantes para poderem, por sua vez, sobreviverem economicamente...”. Ou seja, há uma cumplicidade geral, uma irresponsabilidade organizada, e “todos são causa e efeito, e, portanto, uma não causa”. Pois “as causas esfacelam-se numa vicissitude generalizada de atores e condições, reações e contrarreações” (BECK, 2011, p. 38-39).

3. OS RISCOS DO AGROTÓXICO AO ECOSISTEMA E À SAÚDE HUMANA

Se, de um lado, os agrotóxicos têm contribuído para o aumento da produtividade agrícola, por outro lado, o lançamento imprudente de agrotóxicos causa danos alarmantes à saúde e ao meio ambiente com efeito em cadeia nos

ecossistemas. Edwards (1993, p. XIII) indica o que o público em geral já vem se perguntando, isto é, se os “benefícios de pesticidas, por exemplo, a “maçã vermelha perfeita”, valem os custos da poluição ambiental, doenças humanas, mortes de aves, e a destruição da biota natural”.

Como já referido, na década de 1960 do século XX, a humanidade começou a se dar conta de que os efeitos dos agroquímicos alavancavam problemas difíceis de serem controlados e que, se não fossem resolvidos a tempo, inviabilizariam as atividades, pois o excesso no uso provocou uma rápida evolução da resistência aos inseticidas, o que passava a exigir novos e mais potentes pesticidas. A persistência por longos períodos dos princípios ativos na natureza contamina a cadeia alimentar resultando no acúmulo de resíduos em plantas, animais, água, solo e tecidos humanos (VELASCO; CAPANEMA, 2006, p. 74-5). Essa combinação de riscos exige prudência e precaução, como Riechmann (2000, p. 75) alerta. Para o autor, a “bioesfera no debe transformarse en un laboratorio de alto riesgo”.

Em *Primavera Silenciosa*, Carson (2010) mostra que o ser humano serviu de cobaia. A autora utiliza de forma exaustiva, dados que associam diversos tipos de doenças cancerígenas com a exposição, a poluição e ao consumo de produtos com herbicidas. Carson (2010) também chama a atenção para o uso indiscriminado do DDT, um biocida que mata toda vida biológica e não apenas as pragas. Inicia-se, assim, um processo que discute a necessidade de controle, a regulação desses agroquímicos e o desenvolvimento de produtos com princípios ativos menos agressivos ao ser humano e ao meio ambiente.

Os pesticidas sintéticos foram distribuídos de maneira ampla em “todo o mundo animado e inanimado, os quais se encontram praticamente por todas as partes”, e que os mesmos podem ficar alojados por décadas. Ao se deslocarem de forma horizontal e vertical, os agrotóxicos acabam eliminando organismos úteis, animais e vegetais, causando a redução da biodiversidade e implicando em uma maior instabilidade dos ecossistemas. São uma enorme potência biológica com “poder não apenas de envenenar como de penetrar nos processos mais vitais do corpo e alterá-los de forma sinistra e muitas vezes mortal” (CARSON, 2010, p. 30).

A primeira forma de contaminação ocorre pela exposição ocupacional dos trabalhadores das empresas produtoras de agrotóxicos no manuseio do produto, a segunda forma se dá pelo manejo da aplicação com a exposição ambiental do operador e dos pulverizadores e, até mesmo, com a poeira levantada pelas máquinas agrícolas durante a operação, e a terceira forma ocorre através dos mananciais que recebem as águas das chuvas ou de irrigação, e, finalmente, pela ingestão de alimentos contaminados (BENJAMIN; SILVA; SÍCOLI, 2000, p. 540).

Há uma grande desinformação quanto aos riscos dos pesticidas, ao efeito em cadeia pelo uso de várias substâncias tóxicas simultâneas e às interações decorrentes. Ambrosini e Witt (2000, p. 6) denunciam que em regiões menos desenvolvidas, a relação entre trabalhadores agrícolas e transportadores ainda é mais cruel pelo fato de não receberem “advertências sobre os compostos que estão manipulando, nem treinamento para manipulação, preparação e aplicação”.

Outra realidade evidenciada pelas autoras é a desinformação entre os profissionais agropecuários e os de saúde, que também não recebem informações sobre os “efeitos dos agrotóxicos ao ambiente e à saúde humana”. Em grande parte, o problema está na pouca “expressão desta temática nos currículos e pesquisas destas áreas”. A partir desta constatação, Ambrosini e Witt (2000, p. 6) concluem que “nem os trabalhadores do campo, nem os profissionais têm encontrado subsídios para o trabalho que envolve o uso de agrotóxicos”.

Em 2008, o Brasil passou a ser o maior consumidor mundial de agrotóxicos, mantendo, desde então, esta triste posição de destaque no mercado mundial destes produtos. Ferreira e Viana Júnior (2016) apontam que em 2010 a “taxa de crescimento das vendas no país foi de 190%, enquanto que no resto do mundo foi de 93%”. Ao falar em valores, só em 2011, o mercado de agrotóxicos no Brasil “movimentou cerca de US\$ 8,5 bilhões de dólares”, pois os herbicidas assumem o primeiro lugar entre os princípios ativos mais utilizados no país. Outro fator impactante é o “aumento do consumo médio de ingredientes ativos em relação às áreas cultivadas”, que saltou de “7,56 t/ha, em 2005 para 18,36 t/ha em 2013” (FERREIRA; VIANA JÚNIOR, 2016).

Por outro lado, o uso contínuo, indiscriminado ou inadequado passou a ser considerado um relevante problema ambiental e de saúde pública. Os efeitos à saúde humana, decorrentes da exposição direta ou indireta aos defensivos, podem variar de acordo com o nível de toxicidade, tipo de princípio ativo, dosagem, tempo de exposição e via de exposição (BRASIL, 2016).

Ferreira e Viana Júnior (2016) indicam que somente em 2012, o Sistema de Informações de Agravos de Notificação (SINAN) recebeu mais de nove mil casos novos de intoxicações por agrotóxicos. Os autores alertam que, para cada caso confirmado, a Organização Mundial da Saúde (OMS) estima “a presença de outros cinquenta subnotificados, o que nos levaria a um quantitativo de, aproximadamente, quatrocentos e cinquenta mil casos” o que representa “um grave problema de saúde pública”.

Outra denúncia de Ferreira e Viana (2016) é em relação aos acidentes de trabalho que decorrem de intoxicações por agrotóxicos com o registro de 126,77% a mais em 2011, se comparado com o ano de 2007. A faixa etária das

intoxicações é outro tema que preocupa, pois atinge, “sobretudo, os indivíduos do sexo masculino de 20 a 34 anos”.

Devido à ampla gama de princípios ativos nos pesticidas, os efeitos tóxicos clínicos podem variar significativamente de indivíduo para indivíduo, bem como devem ser levados em conta os sintomas, devido a fatores ambientais. O contato com os agrotóxicos pode ocorrer através de ingestão, inalação, absorção cutânea ou contato ocular. Os sinais de envenenamento são ligados ao seu ingrediente ativo e inativo, solventes ou aditivos. Na Tabela 1 são identificados alguns dos sintomas baseados no grupo químico que cada agrotóxico pertence.

Tabela 1 – Classificação e efeitos e / ou sintomas agudos e crônicos dos agrotóxicos

Praga que controla	Grupo químico	Sintomas de intoxicação aguda	Sintomas de intoxicação crônica
Inseticidas	Organofosforados e Cabamatos	Fraqueza, cólicas abdominais, vômitos, espasmos musculares, convulsões.	Efeitos neurotóxicos retardados, alterações cromossômicas e dermatites de contato.
	Organoclorados	Náuseas, vômitos, contrações musculares involuntárias.	Lesões hepáticas, arritmias cardíacas, lesões renais e neuropatias periféricas.
	Piretróides Sintéticos	Irritações das conjuntivas, espirros, excitação, convulsões.	Alergias, asma brônquica, irritações nas mucosas, hipersensibilidade.
Fungicidas	Ditiocarbamatos	Tonteiras, vômitos, tremores musculares, dor de cabeça.	Alergias respiratórias, dermatites, doença de Parkinson, cânceres.
	Fentalamidas	-	Teratogêneses.
Herbicidas	Dinitroferóis e Pentaclorofenol	Dificuldade respiratória, hipertermia, convulsões.	Cânceres (PCP-formação de dioxinas), cloroacnes.
	Fenoxiacéticos	Perda de apetite, enjoo, vômitos, fasciculação muscular.	Indução da produção de enzimas hepáticas, cânceres, teratogêneses.
	Dipiridilos	Sangramento nasal, fraqueza, desmaios, conjuntivites.	Lesões hepáticas, dermatites de contato, fibrose pulmonar.

Fonte: Thundyilyl et al, 2008. (Traduziu-se)

Um terço dos alimentos consumidos rotineiramente no Brasil está contaminado por agrotóxicos. Segundo a análise de amostras coletadas em todos os 26 estados do Brasil, realizada pelo Programa de Análise de Resíduos de Agrotóxicos em Alimentos (PARA) da Anvisa, 64% das amostras analisadas apresentaram contaminação por agrotóxicos, sendo que 28% apresentaram IA's (Ingredientes Ativos) não autorizados (NA's) para aquele cultivo e/ou ultrapassaram os limites máximos de resíduos (LMR's) considerados aceitáveis. Outros 35% apresentaram contaminação por agrotóxicos, porém, dentro dos limites. As vendas neste segmento de agrotóxico aumentaram 288% entre 2000 e 2012, faturando, em 2014, o valor expressivo de US\$ 12 bilhões. Como resultado deste quadro de alto consumo, foi registrado 34.147 notificações de intoxicação por agrotóxico no período de 2007 a 2014 (BRASIL, 2015).

No relatório do Programa de Análise de Resíduos de Agrotóxicos em Alimentos (PARA) de 2012, salta aos olhos a distribuição dos resíduos de agrotóxicos encontrados nas 1.397 amostras de culturas coletadas e analisadas, em que se observa que 75% dos resultados das amostras monitoradas foram considerados satisfatórios quanto aos ingredientes ativos pesquisados, embora 42% apresentassem resíduos com concentrações iguais ou inferiores ao LMR (Limite Máximo de Resíduo), e apenas em 33% não foram detectadas substâncias residuais.

O mais grave é que entre as amostras monitoradas, 25% dos resultados foram considerados insatisfatórios por apresentarem resíduos de produtos não autorizados, ou autorizados, mas em concentrações acima do LMR (PARA, 2012). Além destes dados, é preciso ter presente que os herbicidas que ocupam 40% do mercado brasileiro não foram pesquisados (Glifosato), além de outros de importância para a saúde do consumidor (ABRASCO, 2015).

Mesmo sendo o maior consumidor mundial de agrotóxicos, o Brasil continua sem um sistema de informações que monitore o consumo de agrotóxicos no país e os seus impactos na saúde pública. Na prática, não se conhecem as prescrições através do Receituário Agrônômico (RA), nem a venda oficial no comércio agropecuário, nem mesmo as vendas informais de produtos não autorizados advindo de países vizinhos, vindos através dos crimes de descaminhos, colocando o país como uma espécie de refém dos interesses da indústria. Além do exposto, deve-se, ainda, levar em conta que não há um monitoramento eficaz do uso nem dos resíduos em alimentos (FARIA, 2012).

Depois de Carson, muitos cientistas divulgaram o lado pernicioso do uso de Agrotóxicos. Em 1992, a FAO (1992), com o objetivo de padronizar o uso de agrotóxicos no mundo globalizado, editou um Código Internacional de Conduta para orientar os países membros no uso, na manipulação, na aplicação e no controle destes materiais. No Código, a FAO indica que os países devem dar ênfase “à seleção, manipulação, aplicação e controle de pesticidas” para minimizar os riscos para a saúde humana. Para a FAO (1992, P. 23), a internalização do Código de Conduta “deve ajudar a controlar resíduos de pesticidas nos grãos, legumes e outros produtos alimentares e para reduzir a contaminação ambiental e outros potenciais efeitos adversos dos pesticidas”.

Apesar dos esforços da FAO, de organizações nacionais e internacionais de saúde e de cientistas, Alencar (2010) denuncia que “na agricultura moderna, os defensivos agrícolas têm sido utilizados de forma intensiva, visando equacionar os problemas apresentados”, mas, por outro lado, o autor acredita que há um esforço, principalmente nos países desenvolvidos e em desenvolvimento, em aplicar “as normas de uso e os cuidados” tanto para quem aplica os defensivos como em relação ao tipo de defensivo e às quantidades aplicadas, o que, para o autor, vem demonstrando ser um “importante aliado como método de controle”.

Passados 50 anos da publicação da obra de Raquel Carson, seus questionamentos ainda são extremamente relevantes, uma vez que o Brasil carrega o peso de ocupar o primeiro lugar no ranking de consumidor de agrotóxicos do planeta, mesmo não sendo o maior produtor de alimentos, tornando-se preocupante a relação entre uso e produção. Frente ao exposto, questiona-se: como fica o direito do consumidor frente à poluição tóxica maciça dos produtos que consome?

A Constituição Federal de 1988, no Inciso XXXIII do Artigo 5º, dispõe que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”. Os Artigos 4º e 9º da Lei nº 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) e o Artigo 2º da Lei nº 10.650/03 (acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do SISNAMA - Lei de Acesso à Informação Ambiental) deixam claro que todo cidadão tem direito à informação ambiental. É neste contexto que na sequência será examinado o direito do consumidor à informação sobre alimentos produzidos com agrotóxicos.

4. O DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO SOBRE PRODUTOS COM AGROTÓXICOS

O direito à informação suficiente, adequada e verdadeira é uma das pilstras do direito do consumidor. Observa-se que nas legislações de vários países, voltadas a regular as relações de consumeristas, sempre há referência, de forma quase homogênea, ao direito à informação, reforçando as características universais deste novo direito. Afinal, com a globalização, passam a existir dificuldades e problemas comuns enfrentados pelos consumidores, em qualquer país, merecendo soluções comuns e respeitando características locais (LÔBO, 2011).

Por tais razões, a Resolução nº 30/248 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de abril de 1985, determina no Art. 3.º, entre outras proteções, a necessidade de promover a proteção contra riscos para a saúde e segurança e o acesso dos consumidores à informação. O Inciso “c” do referido Artigo claramente dispõe que “(c) O acesso dos consumidores a informações adequadas que lhes permitam fazer escolhas informadas de acordo com os desejos e necessidades individuais” (UNITED NATIONS, 1995). E ainda, em 1985, as Nações Unidas, pela Resolução nº 39.248, de 10 de abril, acrescentaram mais quatro direitos para proteger os consumidores: o direito à satisfação das necessidades básicas, o direito à reparação, o direito à educação do consumidor, bem como o direito a um ambiente saudável (UNITED NATIONS, 1995).

Para Korthals (2015, p. 242), uma das formas de proteger o consumidor é pela disponibilização de informação e rotulagem adequada quando no momento da escolha de alimentos. O autor argumenta que o direito à informação deve estar ancorado em conceitos éticos que podem ser buscados na análise deontológica de Kant, ou mesmo na utilitarista de Mill. A postura ética deve estar ancorada no argumento de que os consumidores têm o direito de serem informados sobre os alimentos que irão consumir e o direito de tomarem sua própria decisão, baseados no direito de autonomia alimentar.

Desta forma, os consumidores exigem autonomia na escolha a partir de informações honestas e relevantes sobre composição e origem, entre outros itens importantes. Korthals (2015, p. 242) faz referência que, nos Estados Unidos, os produtores se colocam contra esta postura, ao contrário da União Europeia, que tem regras rígidas sobre o que colocar na rotulagem dos alimentos, propiciando aos consumidores a escolha da sua alimentação, conforme o estilo de vida a que se propõem a ter.

A Convenção da Comissão Econômica para a Europa das Nações Unidas (CEE/ONU), conhecida como “Convenção de Aarhus”, adotada em 25 de julho de 1998, durante a 4ª Conferência Ministerial “Ambiente para a Europa”, realizada na cidade de Aarhus (Dinamarca), estabeleceu as regras de base para a promoção do envolvimento dos cidadãos nas questões ambientais e da execução da legislação ambiental. A Convenção de Aarhus é baseada em três pilares inter-relacionados, chamados de Tripé de Aarhus (MAZZUOLI; AYALA, 2012), no qual está assentado o acesso à informação, a participação do público no processo de tomada de decisões em questões ambientais e o acesso à justiça em matéria de ambiente. Ela contém requisitos mínimos, o que significa que os Estados que a adotarem podem optar por uma proteção mais ampla em nível nacional.

A informação ambiental inclui todos os dados, investigação e métodos relevantes para estimar os efeitos do uso de agrotóxicos sobre os elementos do meio ambiente, incluindo as relativas a substâncias que afetam ou são suscetíveis a afetarem “o estado de elementos do ambiente, como o ar e a atmosfera, a água, o solo, terra, paisagem e dos espaços naturais, a diversidade biológica e seus componentes, [...] e a interação entre estes elementos” (MAZZUOLI; AYALA, 2012). Assim, embora a Convenção de Aarhus se refira apenas às informações retidas pelas autoridades públicas, pode-se entender o direito à informação de forma mais alargada, pois se trata de um direito para o público em geral, proporcionando um ponto de referência adequado para avaliar a informação fornecida ao consumidor sobre o uso de agrotóxicos (VRIES, 2014).

A Convenção de Aarhus coloca como ponto essencial a importância do cidadão bem informado ter mais condições de avaliar os riscos ambientais a que está exposto, através de diversos mecanismos e, de forma ampla e definida, incluindo o dever de informar sobre os elementos físicos do ambiente,

tais como água e diversidade biológica, bem como informações sobre atividades, medidas administrativas, acordos, políticas, legislação, planos e programas susceptíveis de afetar o ambiente (BOYLE, 2008).

Na mesma ótica, a legislação brasileira, pela Lei nº 10.650, de 16 de abril de 2003, traz em seu Art. 2º e seus Incisos, redação semelhante a do Art. 2º da Convenção de Aarhus, ou seja, a garantia do acesso público às informações ambientais que existem nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente.

Para Guimarães (2011), o tema da informação sempre foi estudado sob a ótica do direito de informar, pertinente a mídia, porém, contemporaneamente a questão, passou a ser enfocada por outro prisma como sendo um dever de informar ou um direito à informação, já agora ligada às relações consumeristas, envolvendo o comportamento do consumidor de acordo com a boa-fé na prestação destas, além do direito de escolha.

A Constituição Federal de 1988 fez previsão de que o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Portanto, observa-se que a CF de 1988 indica a necessidade da criação do Código de Defesa do Consumidor, que foi sancionado pela Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Assim, formalmente se reconhecia o consumidor como indivíduo vulnerável e com necessidade de organizar um sistema nacional, envolvendo todos os entes federativos, sejam federais, sejam estaduais, sejam municipais e sejam ainda associações civis para defesa e proteção do consumidor. O Código fundou direitos para proteger a vida, a saúde, a segurança, a dignidade e os interesses do consumidor, atribuindo responsabilidade ao fornecedor pelos produtos colocados no mercado, garantindo ao consumidor o direito à informação, à educação, entre outros assuntos de interesse e proteção (INMETRO, 2002).

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro nasceu sob grande influência do Projeto de *Code de la Consommation* (RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, 2016), mas também contou com importantes contribuições do processo de elaboração da *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (ESPAÑA, 2007), da Lei nº 29/81, de 22 de agosto de 1981 (revogada) de Portugal (PORTUGAL, 1996 e 2014), da *Lei Federal de Protección al Consumidor*, de 5 de fevereiro de 1976, do México, da *Loi sur la Protection du Consommateur* de Quebec, promulgada em 1979 (PELLEGRINI, 2011, p. 16).

O Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997 (BRASIL, 1997), cria o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, com o objetivo de “prestar aos consumidores orientação permanente sobre seus direitos e garantias e informar, conscientizar e motivar o consumidor, por intermédio dos diferentes meios de comunicação”, considerando diversas práticas infracionais, entre elas, o Inciso IX, “b” do Art. 12: “[...] IX - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto

ou serviço: b) que acarrete riscos à saúde ou à segurança dos consumidores e sem informações ostensivas e adequadas” (BRASIL, 1997).

A transparência, prevista no Art. 4.º, *caput*, do CDC, significa a adoção de mecanismos que indiquem, de maneira clara e acessível ao consumidor, os riscos e benefícios não só do produto ou serviço colocado no mercado de consumo como também de todos os aspectos contratuais, estabelecendo-se um equilíbrio entre fornecedor e consumidor quanto às informações indispensáveis para que seja entabulada a negociação de maneira materialmente igual.

Tratando de alimentos e do dever de reduzir riscos ao consumidor e possibilitar escolhas, a Comissão das Comunidades Europeias (2008), ao primar “por um nível elevado de protecção da saúde dos consumidores”, busca garantir o direito à informação ao “assegurar uma informação adequada dos consumidores no que respeita aos alimentos que consomem. Os consumidores podem ser influenciados nas suas escolhas por considerações de saúde, económicas, ambientais, sociais e éticas, entre outras”.

Olhando de forma mais ampla, o direito consumerista está atrelado à busca por melhor qualidade de vida e pela ampliação das condições para melhorá-la. Por óbvio, o homem sempre esteve em busca de tal situação, assumindo riscos que permeiam o consumerismo, características sociais e de sofisticação que afetam o seu entorno, sendo, portanto, compreensível que problemas como meio ambiente, saúde pública, educação, contaminação por agrotóxicos e outros sejam incorporados às discussões consumeristas, assim como segurança alimentar e o direito à informação ambiental.

Tem-se, também, que o crescimento exacerbado do consumo afeta a sociedade global como um todo, sendo de difícil avaliação quais procedimentos devem ser adotados para refrear o consumismo no tempo, pois os riscos podem ser duradouros e a intensidade de seus impactos no meio ambiente podem comprometer as gerações presentes e futuras. Por isso, defende-se que a informação, mesmo parcial, faz parte do cabedal de dados que permitirão ao consumidor decidir pela aquisição de produtos seguros (GIACOMINI FILHO, 1991, p. 93-105).

Desta forma, defende-se que a informação sobre produtos com agrotóxico é fator essencial para a escolha do consumidor. Um avanço considerável é o Projeto de Lei nº 44/2015, que estabelece a obrigatoriedade de indicação expressa sobre o uso de agrotóxicos nos produtos alimentares comercializados no Rio Grande do Sul (PRETTO, 2015). Porém, ele apenas é um Projeto de Lei, e o caminho ainda é árduo para a sua aprovação.

Nesta mesma linha, o Projeto de Lei nº 99, de 15 de maio de 2013, da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, arquivado em 23 de dezembro de 2014, já vinha discutindo o mesmo tema. Neste PL ficava estabelecida a

“obrigatoriedade de indicação expressa sobre o uso de agrotóxicos nos produtos alimentares comercializados no Rio Grande do Sul, em suas formas de apresentação natural, processada parcialmente ou industrializada” (FORMOLO, 2013). O Art. 1º, Parágrafo 3º, Inciso I e II prevê a inscrição sobre o uso de agrotóxico nos rótulos das embalagens, “para produtos processados parcialmente ou industrializados e nas caixas de acondicionamento ou exposição, para produtos comercializados na sua forma natural, no atacado ou a granel” com a definição de agrotóxico estabelecida no §1.º do Art. 1.º da Lei nº 7.747, de 22 de dezembro de 1982 (RIO GRANDE DO SUL, 1982).

Um consumidor bem informado estará apto a ocupar seu espaço na sociedade de consumo, uma vez que sua capacidade econômica, cultural e de informação fazem valer seu poder sobre os fornecedores. A ausência de informações relevantes fere o direito e autonomia de escolha, pois existem questões invisíveis que dificultam uma avaliação segura, como seria o caso de uma verdura possuir ou não agrotóxicos, ou mesmo se estes estão acima dos limites permitidos legalmente (PELLEGRINI, 2011, p. 291).

Esta proteção ao consumidor, quanto ao uso de agrotóxicos, aparece no Projeto de Lei nº 6.448, de 18 de novembro de 2009, de autoria de Sarney Filho, que objetiva alterar o Código de Defesa do Consumidor (CDC). Importante registrar que o Art. 8º do CDC já faz previsão, de forma genérica, ao indicar que os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não poderão causar riscos à saúde ou à segurança de quem os consome, obrigando os fornecedores a darem as informações necessárias, indispensáveis e apropriadas em relação ao produto colocado no mercado. No entanto, não consta na Lei uma especificidade maior sobre os alimentos, os produtos e os insumos utilizados para o seu cultivo.

Cabe lembrar que o consumidor tem o direito à informação e, no caso dos agrotóxicos utilizados para produção de alimentos, deveria ter a informação sobre todos os tipos de agrotóxicos utilizados, assim como também ter acesso à informação sobre as substâncias similares utilizados no sistema de produção, de armazenamento e de transporte dos alimentos colocados à venda. Portanto, de posse da informação, o consumidor teria, então, o direito de escolher, baseado em seus valores, os produtos que julga serem mais seguros para seu bem-estar e saúde (SARNEY FILHO, 2009). No Art. 11, Alínea “A”, o referido projeto prevê que:

Art. 11-A. Na comercialização de produtos alimentares destinados ao consumo humano ou animal, devem constar informações no rótulo sobre os agrotóxicos e afins utilizados na produção agropecuária dos ingredientes, bem como, na forma do regulamento, sobre os medicamentos empregados na produção animal.

Parágrafo. As informações previstas no caput devem constar no rótulo dos produtos alimentares embalados na ausência do consumidor e nos recipientes de alimentos vendidos a granel ou in natura diretamente ao consumidor, bem como nos respectivos documentos fiscais (SARNEY FILHO, 2009).

Para justificar a alteração proposta, o autor do Projeto de Lei nº 6.448/2009 faz referência a medida similar que está colocada na Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, que em seu Art. 40 delibera, de forma textual, que os alimentos e os ingredientes utilizados e/ou indicados para consumo humano ou animal “que contenham ou sejam produzidos a partir de Organismos Geneticamente Modificados ou derivados deverão conter informação nesse sentido em seus rótulos, conforme regulamento” (BRASIL, 2005). Este artigo trazido pelo autor é o mesmo que foi alterado pela Câmara dos Deputados em 2015, PL que aguarda análise do Senado.

Anexado ao Projeto de Lei de autoria de Sarney Filho está o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 1.297, de 28 de abril de 2015, de autoria de Vital Rego, que propõe a alteração do Art. 9º do Código de Defesa do Consumidor, de 1990, dando ênfase à informação sobre o uso ou não de agrotóxicos, ou seja, há previsão expressa de imprimir a frase de advertência: “Produzido com Agrotóxico”, ou, quando for produto orgânico, a indicação nas embalagens e rótulos da expressão: “Livre de Agrotóxico”. Outro ponto relevante é que a fonte a ser empregada para estas informações nos rótulos e embalagens deve ser “no mínimo 50% (cinquenta por cento) do tamanho da letra empregada no nome do produto” (VITAL REGO, 2015).

O Projeto de Lei nº 4.908, de 05 de abril de 2016, de autoria do Carlos Henrique Gaguim, baseado no Código de Defesa do Consumidor, o Art. 6º, Inciso III, indica de forma específica a necessidade do direito à “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, [...], bem como sobre os riscos que apresentem”. O autor do Projeto de Lei também indica alteração na redação da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, propondo, no Art. 2º, que o Art. 40 da Lei nº 11.105, de 2005, passasse a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos: “Art. 40.[...] § 1º O rótulo deverá conter imagem que mostre os possíveis riscos da ingestão de alimentos que contenham ou sejam produzidos a partir de OGM ou derivados;” (GAGUIM, 2016).

Procurando reduzir os riscos ao consumidor e aos agricultores, o Projeto de Lei do Senado, nº 679, de 10 de novembro 2011, é encaminhado à Câmara dos Deputados em 26 de maio de 2016, recebendo a denominação de Projeto de Lei nº 1.687, de 25 de maio de 2016. O Art. 12B e seus incisos propõe a criação da Política Nacional de Apoio aos Agrotóxicos e Afins de Baixa Periculosidade, objetivando a promoção do uso de agrotóxicos e assemelhados de baixa periculosidade para a obtenção de produtos agropecuários e florestais mais

saudáveis. O § 1º, Inciso I do Art. 12B, conceitua agrotóxicos e afins de baixa periculosidade como aqueles que apresentam “pouca ou nenhuma toxicidade ao ser humano e ao meio ambiente” (ESGARIO, 2011).

No que tange à saúde, observa-se no Projeto de Lei nº 762, de 17 de março de 2015, apresentado pelo Deputado Ronaldo Carletto, o estabelecimento da obrigatoriedade de constar nos rótulos dos produtos a presença de substâncias potencialmente cancerígenas para o consumo humano e animal. Na sua justificativa, Carletto (2015) destaca que a saúde é um direito público subjetivo indisponível, assegurado a todas as pessoas, também trazendo o direito à informação, previsto do CDC, indicando ainda que os novos estilos de vida trazem exposição a fatores de risco, “como o consumo de produtos industrializados, com excesso de conservantes e agrotóxicos, entre outras substâncias potencialmente cancerígenas”. O deputado relaciona os dados da OMS que, “em 2012, as neoplasias causaram a morte de aproximadamente 8,2 milhões de pessoas em âmbito global. No Brasil, neste mesmo ano, foram responsáveis por cerca de 98 mil óbitos entre homens e 86 mil entre mulheres” (CARLETTO, 2015).

Do exposto, pode-se dizer que, se aprovados, os vários Projetos de Lei em tramitação na Câmara de Deputados e no Senado Federal poderiam minimizar os riscos dos consumidores pela exigência de informações sobre o uso de agrotóxicos nos produtos colocados no mercado. Dos vários Projetos de Lei elencados no presente estudo, destaca-se o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 6.448, de 18 de novembro de 2009, juntamente com o Projeto de Lei nº 1.297, de 28 de abril de 2015, obrigando os fornecedores a informarem os agrotóxicos utilizados nos alimentos produzidos.

Com tal informação, o consumidor poderá usar o seu Direito de Escolha, pois a discussão destas questões acaba por se concentrar nas transformações institucionais de forma particular, no que tange ao deslocamento de uma sociedade manufatureira de bens materiais para um sistema que se baseia na informação como requisito central. Em Giddens (1990, p. 8), o ser humano é reflexivo, e esta postura de reflexividade aumentou depois que ele se deu conta de ter se afastado da tradição e da natureza e, por isso, tem que “tomar tantas decisões prospectivas. Nesse sentido, vivemos de modo muito mais reflexivo do que as gerações passadas. [...] A radicalização da modernidade significa ser obrigado a viver de modo mais reflexivo”. Ter informação é o primeiro passo para exercitar a reflexividade e tomar decisões.

Em outros países, o direito à disponibilização da informação para que o consumidor possa exercer o seu Direito de Escolha já pode ser visto sobre a proteção à saúde de animais que serão utilizados para servirem de alimento ao ser humano. Como exemplo, cita-se o caso da Austrália que, em sua lei de proteção ao consumidor (*Australian Consumer Law*), passou a exigir que os rótulos das embalagens de ovos devam conter a mensagem: “produzidos ao ar

livre”, exigindo para que este selo contenha um limite de 10.000 cabeças de galinhas por hectare, e os produtores devam divulgar de forma destacada este sistema de produção (AUSTRALIAN, 2016).

Na União Europeia também se encontra a mesma preocupação em relação aos criadores e aos seus produtos fornecidos para o consumidor através do Regulamento (CEE) nº 1274/91 da Comissão, de 15 de maio de 1991, que estabelece padrões entre os países membros, entre eles:

a) Os ovos contidos em pequenas embalagens que incluam a menção « Ovos de galinha criada ao ar livre » devem ser produzidos em empresas de aves domésticas nas quais:

- as galinhas tenham acesso diurno contínuo a movimentação ao ar livre,

- o terreno a que as galinhas tenham acesso seja fundamentalmente coberto de vegetação,

- a densidade populacional máxima não seja superior a 1 000 galinhas por hectare de terreno acessível às galinhas, ou a uma galinha por 10 m²[...] (UNIÃO EUROPEIA, 1991).

Esta legislação tem o poder de refletir para todos os países membros da Comunidade Europeia que também passam a legislar internamente sobre o dever de informar seus consumidores sobre o produto que consomem. Outro exemplo vem da França, que exige que seja registrado na etiquetagem de ovos, na casca dos mesmos, um código que designa o produtor e o modo de criação, se é “ao ar livre, em ninho ou gaiola”, permitindo, assim, ao consumidor o uso do Direito de Escolha (RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, 2014).

É neste contexto que o Manual de Exportação de Frutas brasileiro, editado pelo Ministério da Agricultura, recomenda aos produtores de frutas destinadas à exportação que o uso de agrotóxicos deve merecer especial atenção, pois os países importadores realizam constantes monitoramentos sobre a quantidade de resíduos existentes após a colheita, o que representaria um entrave nos negócios. No manual, consta ainda que os agrotóxicos não são os únicos recursos utilizados para o controle de pragas e doenças, existindo outras opções para produção (CARRARO; CUNHA, 1994). Situada a questão nestes termos, o que chama a atenção é o descaso pelo consumidor brasileiro, ou seja, o sistema econômico e o sistema político entram apenas para interferir na produção para viabilizar exportações.

Esta arquitetura pode ser justificada porque a Comunidade Europeia tem como norma o uso de um selo indicativo que o produto advém de cultivo biológico, livre de fertilizantes e agrotóxicos sintéticos, gerido pela Comissão Europeia e monitorado por identidades independentes, a fim de assegurar a perfeita informação ao consumidor. Além destes, existem outros recursos com o fim de informar com a utilização de tipos de selos, para que os consumidores

possam reconhecer facilmente os produtos biológicos, ajudando-os, assim, a garantirem que esses produtos continuem a cumprir normas rigorosas de produção (UNIÃO EUROPEIA, 2007). Existem ainda selos nacionais dos países membros que reforçam a importância da escolha do consumidor na proteção ao meio ambiente. Além do exposto, os produtos importados estão sujeitos aos mesmos requisitos.

Para facilitar a compreensão do consumidor, a obtenção dos selos está prevista no Regulamento (CE) n.º 509/2006 do Conselho, de 20 de março de 2006, que, em seu Art. 2º, dá as diretrizes sobre definições de Especificidade, Tradicional, Especialidade Tradicional Garantida e Agrupamento, que informam sobre padrões de qualidade e, neste caso, o uso de agrotóxico ou mesmo OGM's. Para os objetivos do presente estudo, é importante mostrar o entendimento da União Europeia sobre produto tradicional, sendo aquele “de uso comprovado no mercado comunitário por um período que mostre a transmissão entre gerações; este período deve corresponder à duração geralmente atribuída a uma geração humana, ou seja, pelo menos 25 anos”. Por sua vez, a “Especialidade Tradicional Garantida” é definida como “qualquer produto agrícola ou gênero alimentício tradicional que beneficia do reconhecimento da sua especificidade pela Comunidade, por intermédio do seu registo em conformidade com o presente regulamento” (UNIÃO EUROPEIA, 2006).

Do exposto, observa-se que na União Europeia o consumidor já tem legislação que o beneficia em relação ao seu direito de saber como o produto que vai consumir foi produzido e beneficiado. No Brasil, a esperança está na aprovação dos Projetos de Lei trabalhados neste artigo. Por fim, é importante referenciar que, quando se fala em exportação, o Brasil cumpre com as exigências dos países importadores, os quais determinam a necessidade de informações sobre os produtos que compram. Se, para exportar, é possível informar, está claro que o Brasil pode cumprir com o dever de informar ao consumidor nacional as condições em que foi produzido determinado alimento.

5. CONCLUSÃO

O Brasil é o maior consumidor mundial de agrotóxicos, mesmo não sendo o primeiro em produção. Há que se ter responsabilidade pela utilização de pesticidas em larga escala na produção de alimentos. Em uma indústria que fatura cerca de US\$ 15 bilhões anualmente com uma série de benefícios fiscais, inclusive com baixa de alíquota através de resoluções de órgão que regula a importação, sem discussão com a sociedade sobre a importância dessa renúncia fiscal, o mínimo a ser exigido é a obrigatoriedade de pesquisas sobre os efeitos dos agrotóxicos na saúde humana e no meio ambiente, bem como a indicação de quais compostos químicos foram utilizados na produção de cada alimento. Por outro lado, também se tem ciência de que grande parte da população, por questões sociais e econômicas, não terá assegurado o Direito de

Escolha, pelo fato de não ter condições para fazer esta escolha em razão dos valores dos produtos orgânicos. É um risco perverso para agricultores e para consumidores, a ser enfrentado e que está gerando mais um *apartheid* ambiental.

Vários estudos científicos já mostraram a letalidade do uso de agrotóxicos na saúde humana e para o meio ambiente. A contaminação é sistêmica e se dá em todo o sistema de produção, transporte e consumo de alimentos, refletindo no aumento de casos de doenças cancerígenas oriundas do manuseio e do consumo de alimentos contaminados por agrotóxicos permitidos e não permitidos em solo brasileiro. A própria ANVISA realiza anualmente pesquisas, que embora reveladoras, deixam falhas quanto ao método, o número de amostras e os princípios ativos pesquisados, sendo que o resultado pode ser muito mais preocupante em relação à presença de venenos que o consumidor ingere diariamente.

O estudo também mostra que, embora o Código de Defesa do Consumidor brasileiro seja relativamente moderno, oferece margem para interpretação no que tange a segurança e a informação ao consumidor. Para corrigir tal lacuna, uma saída pode ser a aprovação dos Projetos de Lei apresentados que já estão há mais de sete anos em tramitação, mostrando o quanto esta preocupação está presente nas casas legislativas brasileiras ou a quais serviços elas estão atendendo. A informação precária, insuficiente e inacessível sobre os riscos dos agrotóxicos traz consequências graves para todo o sistema de saúde e o sistema previdenciário brasileiro. Por isso, urge a aprovação de leis em que esteja claramente indicado o dever de informar o consumidor sobre quais agrotóxicos foram usados para a produção daquele alimento.

Na gestão dos riscos de alimentos produzidos com agrotóxicos, o direito comparado já se posiciona com diretivas e resoluções, entre as quais se destaca a União Europeia, que tratou do tema com mais rigor ao exigir “informação verdadeira”, criando, na sequência, muitas maneiras de informar o consumidor com a institucionalização de selos de qualidade que informam as consequências do seu ato de consumo, permitindo a qualquer cidadão, como indivíduo, participar da proteção do meio ambiente e, através da informação correta, exercer o seu Direito de Escolha.

O Brasil, pela Constituição de 1988, consolidou a vontade de ser um Estado Socioambiental de Direito. Portanto, mais do que o dever de informar, é obrigação de o Estado zelar pela saúde e pela salvaguarda do meio ambiente para as gerações presentes e futuras. O estudo demonstrou que o uso irresponsável dos agrotóxicos afeta profundamente a saúde humana em sua totalidade. O uso do agrotóxico provoca de forma direta doenças e distúrbios que levam a dor e sofrimento e, em muitos casos, a morte precoce. O agrotóxico também contamina o meio ambiente, base da vida no planeta. O poder do

consumidor está estabelecido na hora da aquisição. Se o seu Direito de Informação for respeitado, ele poderá exercer o seu Direito de Escolha e, assim, ajudar a construir um mundo melhor e mais saudável para todos.

REFERÊNCIAS

ABRASCO. **Dossiê ABRASCO** - um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos. São Paulo: Expressão Popular, 2015.

ALENCAR, José Adalberto de. Normas de uso de defensivos. **Embrapa - Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária**, Brasília, v. 1 , ago. 2010. Disponível em: <https://sistemasdeproducao.cnptia.embrapa.br/FontesHTML/Manga/CultivodaMangueira_2ed/defensivos.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

AMBROSINI, Melissa Bueno; WITT, Regina Rigatto Witt. As intoxicações por agrotóxicos no meio Rural e a atuação do enfermeiro. **R. Gaúcha Enferm.**, Porto Alegre, v.21, n.1, p.5-21, jan. 2000.

AUSTRALIAN GOVERNMENT. Office of Best Practice Regulation. Department of the Prime Minister and Cabinet. **Free Range egg Labelling**. Canberra, 2016. Disponível em: <<http://treasury.gov.au/ConsultationsandReviews/Consultations/2015/Free-range-egg-labelling>>. Acesso em: 29 set. 2016.

BENJAMIN. Antonio Herman de Vasconcelos; SILVA, José Afonso da; SÍCOLI, Meloni José Carlos. **Agricultura e Meio Ambiente**. Homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Instituto o Direito por um Planta Verde, 2000.

BOYLE, Alan. **Human Rights and the Environment: A Reassessment** , 2008. Disponível em: <<http://www.unep.org/environmentalgovernance/Portals/8/documents/Events/HumanRightsEnvironmentRev.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2016.

BORLAUG, Norman E. La revolución verde, paz e humanidade. **Serie reimpresos y traducciones CIMMYT**. México, n. 2, p. 14. Enero. jan. 1972. Disponível em: <<http://libcatalog.cimmyt.org/download/borlaug/92494.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2017.

BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 28 out. 2017;

_____, **Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm>. Acesso em: 28 out. 2017

_____, **Lei nº 10.650, de 16 de abril de 2003**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.650.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

_____, **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

_____, Câmara dos Deputados. **Requerimento de Audiência Pública nº de 2015**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=20CD932C4BFCC925332E5CD83A72CB38.proposicoesWeb2?codteor=1337356&filename=REQ+80/2015+CAPADR>. Acesso em: 27 out. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portal da Saúde. **Agrotóxicos**. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/svs/agrotoxicos>>. Acesso em: 28 out. 2017.

CARRARO, Fernando Antônio; CUNHA, Marcelo Mancuso da. Manual de exportação de frutas. **Programa de Apoio à Produção e Exportação de Frutas, Hortaliças, Flores e Plantas Ornamentais - FRUPEX**. Brasília, p. 95. 1994. Disponível em: <<http://orton.catie.ac.cr/repdoc/A8476p/A8476p.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2016.

CARLETO, Ronaldo. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 762 de 17 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1310053&filename=Tramitacao-PL+762/2015>. Acesso em: 28 out. 2017.

CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. São Paulo: Gaya, 2010.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Proposta de regulamento do parlamento europeu e do conselho relativo à informação sobre os géneros alimentícios prestada aos consumidores**. Bruxelas, 2008. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0040:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 05 set. 2016.

EDWARDS, Clive A. The Impact of Pesticides on the Environment. In: PIMENTEL, David; LEHMAN, Hugh (Coord.). **The Pesticide Question: Environment, Economics and Ethics**. New York: Chapman & Hall, 1993.

ESGARIO, Ana Rita. **Projeto de Lei do Senado nº 679, de 10 de novembro 2011**. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/103225>>. Acesso em: 28 out. 2017.

ESPAÑA, Ministério de la Presidência. **Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre de 2007**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555>>. Acesso em: 28 out. 2017.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. **Ley federal de proteccion al consumidor**. Disponível em: <http://www.profeco.gob.mx/juridico/pdf/l_lfpc_ultimo_CamDip.pdf>. Acesso em: 28 out. 2017.

FARIA, Neice Müller Xavier. Modelo de desenvolvimento, agrotóxicos e saúde: prioridades para uma agenda de pesquisa e ação. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**. v. 37, n. 125, Jan./Jun. 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0303-76572012000100005>>. Acesso em: 28 out. 2017.

FERREIRA, Marcelo José Monteiro; VIANA JÚNIOR, Mário Martins. A expansão do agronegócio no semiárido cearense e suas implicações para a saúde, o trabalho e o ambiente. **Interface**, Botucatu, v. 20, n.58, Jul./Set. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832016000300649&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em: 28 out.2017.

FOOD AN AGRICULTURE ORGANIZATION OF UNITED NATIONS. **Guidelines for the establishment, operation and management of cereal banks**. Rome: FAO, v. 87, 1992.

FORMOLO, Marisa. **Projeto de Lei da Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul nº 99 de 15 de maio de 2013**. Disponível em: <<http://proweb.procergs.com.br/Diario/DA20130522-01-100000/EX20130522-01-100000-PL-99-2013.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2017.

GAGUIM, Carlos Henrique. **Projeto de Lei 4.908 da Camara dos Deputados de 05 de abril de 2016**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1448266&filename=PL+4908/2016>. Acesso em: 28 out. 2017.

GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus propaganda**. São Paulo: Summus Editorial, 1991.

GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1990.

GONÇALVES, Carlos Walter P. Meio ambiente ciência e poder: diálogo de diferentes matrizes de racionalidade. In: SORRENTINO, Marcos (Coord.). **Ambientalismo e participação na contemporaneidade**. São Paulo: FAPESP, 2002.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. A informação ao consumidor e a responsabilidade civil solidária. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**, v. 3, p. 585-594, abr. 2011.

INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, QUALIDADE E TECNOLOGIA – INMETRO. **Direitos do consumidor e ética no consumo**. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/inovacao/publicacoes/cartilhas/ColEducativa/direitos_etica.pdf>. Acesso em: 28 out. 2017.

JAIN, Hari Krishan. **Green Revolution: History, Impact and Future**. Houston: Studium Press LLC, 2010.

JARDIM, Fernando Rogério. **Avental subalterno à Gravata: a mercadorização da ciência e a proletarização do Cientista nas Pesquisas em Nanotecnologias da Embrapa e da Unicamp**. São Paulo: Biblioteca24horas, 2011.

KORTHALS, Michel. Ethics of Food Production and Consumption. In: HERRING, Ronald J. (Org.). **The Oxford Handbook of Food, Politics, and Society**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

IÔBO, Paulo Luiz Netto. A Informação como Direito Fundamental do Consumidor. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**, v. 3, p. 595-614, abr. 2011.

MATA, Camille Tuason. **Marginalizing Access to the Sustainable Food System: An Examination of Oakland's Minority Districts**. Lanham: University Press of America, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; AYALA, Patryck de Araújo. Cooperação Internacional para a preservação do meio ambiente: O Direito Brasileiro e a Convenção de Aarhus. **Revista de Direito Ambiental**, v. 62, p. 223-262, abr./jun. 2011.

MOREIRA, Roberto José. **Agricultura Familiar: processos sociais e competitividade**. Rio de Janeiro: MAUAD, 1999.

PACÍFICO, Daniela A. História da modernização da Agricultura: um conto de muitas facetas. In: SOGLIO, Fábio Dal; KUBO, Rumi Regina (Org.). **Agricultura e Sustentabilidade**. Porto Alegre: UFRGS Editora, 2009.

PELLEGRINI, Grinover Ada et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. rev. atual. e refor. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PORTUGAL, Procuradoria GEral Distrital de Lisboa - Ministério Público. **Lei n.º 24/96, de 31 de Julho de 1996**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=726&tabela=leis&so_miolo=>. Acesso em: 28 out. 2017.

PORTUGAL, Procuradoria GEral Distrital de Lisboa - Ministério Público. **Lei n.º 47/2014, de 28 de Julho de 2014**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2196&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=>. Acesso em: 28 out. 2017.

PRETTO, Edegar. **Projeto de Lei da Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul nº 44 de 12 de fevereiro de 2015**. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legislativo/ExibeProposicao.aspx?SiglaTipo=PL&NroProposicao=44&AnoProposicao=2015&Origem=Dx>>. Acesso em: 28 out. 2017.

PROGRAMA de Análise de Programa de Análise de Alimentos (PARA) - Relatório complementar relativo a segunda Etapa das análises de amostras coletadas em 2012. **ANVISA**, Brasília, 2014. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/d67107004634368583a5bfec1b28f937/Relat%C3%B3rio+PARA+2012+2%C2%AA+Etapa+-+17_10_14-Final.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 28 out. 2017.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, Legifrance Le Service Public de la Diffusion du Droid. **Code de la Consommation**. Version en vigueur au 7 juin 2016. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565>>. Acesso em: 28 out. 2017.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Ministère de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique. **Étiquetage des oeufs**. Publicado em 17 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/Publications/Vie-pratique/Fiches-pratiques/Etiquetage-des-oeufs>>. Acesso em: 28 out. 2017.

RIECHMANN, JORGE. **Cultivos y alimentos transgênicos: una guía crítica**. Madrid: Catarata, 2000.

RIO GRANDE DO SUL. Assembléia Legislativa. **Lei nº 7.747, de 22 de dezembro de 1982**. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/07.747.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2017.

SARNEY FILHO, José. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 6.448 de 18 de novembro de 2009**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1274575&filename=PL+6448/2009>. Acesso em: 28 out. 2017.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. **Ato n. 34 de 10 de agosto de 2010**. Comissão Parlamentar de Inquérito da Segurança Alimentar. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/StaticFile/documentacao/cpi_seguranca_alimentar_relatorio_final.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

THUNDIYIL, Josef G et al. Acute pesticide poisoning: a proposed classification tool. **Bulletin of the World Health Organization**. Genebra, v. 83, n. 3, mar. 2008. Disponível em: <<http://www.who.int/bulletin/volumes/86/3/07-041814/en/>>. Acesso em: 28 out. 2017.

UNIÃO EUROPÉIA, Conselho da União Européia. **Regulamento (CEE) nº 1274/91 da Comissão, de 15 de maio de 1991**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31991R1274>>. Acesso em: 28 out. 2017.

_____, **Regulamento (CE) nº 509/2006 do Conselho de de 20 de Março de 2006**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:093:0001:0011:PT:PDF>>. Acesso em: 28 out. 2017.

_____, **Regulamento (CE) nº 834/2007 do Conselho**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:189:0001:0023:PT:PDF>>. Acesso em: 28 out. 2017.

UNITED NATIONS. General Assembly. **A/RES/39/248 et 16 April 1985** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/resolu%C3%A7%C3%A3o-da-organiza%C3%A7%C3%A3o-das-na%C3%A7%C3%B5es-unidas-onu-n%C2%BA-39248-de-16-de-abril-de-1985-em-ingl%C3%AAs>>. Acesso em: 28 out. 2017.

VELASCO, Luciano Otávio Marques de; CAPANEMA, Luciana Xavier de Lemos. O Setor de Agroquímicos. **BNDES Setorial**, Rio de Janeiro , p. 75-78, 2006. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/bnset/set2403.pdf>. Acesso em: 28 out. 2017.

VITAL DO RÊGO, Veneziano. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 1.297 de 28 de abril de 2015**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1325589&filename=PL+1297/2015>. Acesso em: 28 out. 2017.

VRIES, de Anne. **Confidentiality in EU Pesticide Risk Assessment: A Violation of the Aarhus Convention?** 2014, Tese. 66 f. (Master of Laws, Private Law Department), Tilburg University, Tilburg, 2014, Disponível em: <<http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=135392>>. Acesso em: 28 out. 2017.

*** Submetido em: 24 out. 2016. Aceito em: 31 out. 2017.**



O DIREITO FUNDAMENTAL À INFORMAÇÃO NA SOCIEDADE DE CONSUMO E A ROTULAGEM DE TRANSGÊNICOS: UMA ANÁLISE DO PROJETO DE LEI N. 4.148/2008

Antônio Carlos Efig
Bruna Balbi Gonçalves***

Resumo

O presente artigo versa sobre a essencialidade do direito fundamental à informação na sociedade de consumo. A informação adequada, clara e verdadeira pode figurar como um dos principais instrumentos de proteção do consumidor, frente à fluidez de informações controversas na sociedade contemporânea. O Projeto de Lei n. 4.148/2008, em tramitação no Senado Federal como PLC n. 34/2015, afronta esse direito, ao propor a alteração da rotulagem e identificação de alimentos transgênicos no Brasil. Somente munido com a informação plena o consumidor poderá exercer o consumo consciente: crítico, livre e sustentável. Para alcançar tal propósito, utilizar-se-á da metodologia bibliográfica, documental e legislativa.

Palavras-chave

Consumidor. Sociedade de consume. Direito à informação. Transgênicos.

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO INFORMATION IN THE SOCIETY OF CONSUMER AND GENETICALLY MODIFIED LABELING: AN ANALYSIS OF THE BILL N. 4.148/2008

Abstract

This article deals with the essentiality of the fundamental right to information in the consumer society. Adequate, clear and true information may appear as one of the main consumer protection instruments, against the flow of controversial information in contemporary society. The Bill no. 4.148 / 2008, pending in the Senate as PLC n. 34/2015, affront that right to propose to amend the labeling and identification of genetically modified foods in Brazil. Only provided with full information the consumer can exercise conscious consumption: critical, free and sustainable. To achieve this purpose, it will be used the bibliographical, documentary and legislative methodology.

* Mestre e Doutor pela PUCSP; professor titular da PUCPR (Curitiba, PR-Brasil) onde leciona na graduação, especializações, mestrado e doutorado; professor da Escola da Magistratura do Paraná; membro do Instituto dos Advogados do Paraná; Advogado militante em Curitiba. E-mail: ace@eradv.com.br.

** Advogada popular e Mestranda em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Endereço de e-mail: bruna.balbi@gmail.com.

Keywords

Consumer. Consumer society. Right to information .Transgenics.

1. INTRODUÇÃO

As pessoas precisam consumir. Sentem frio, fome, dor e fazem uso diurnamente de recursos que possam suprir suas necessidades ou amenizar seu sofrimento, proporcionar conforto, segurança e, em última instância, felicidade.

Quando essa lógica é invertida, não mais se consome para viver, mas se coloca o consumo como objetivo, como um fim em si mesmo. A sociedade de consumo é a sociedade voltada para o consumo, não mais para a satisfação das necessidades humanas, mas para a produção de novas “necessidades”, a criação de mercadorias. Conforme cita Bauman:

A ‘sociedade de consumidores’, em outras palavras, representa o tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumistas, e rejeita todas as opções culturais alternativas. Uma sociedade em que se adaptar aos preceitos da cultura de consumo e segui-los estritamente é, para todos os fins e propósitos práticos, a única escolha aprovada de maneira incondicional. Uma escolha viável e, portanto, plausível – e uma condição de filiação.¹

Sem a informação adequada, os consumidores são conduzidos ao consumismo e à cultura de massa. Os riscos e consequências dessa empreitada são potencializados quando se pensa em uma sociedade global, com um fluxo de informações sem fronteiras – as novas mercadorias que, perversamente, são lançadas na rede por aqueles que dominam as forças de produção e mantêm a alienação dos sujeitos na sociedade contemporânea. Por vezes, o excesso de informações desencontradas se torna informação nenhuma.

Nesse contexto, ao passo que o direito vem se inclinando recentemente à proteção do consumidor, à harmonização das relações de consumo, e ao incentivo de um consumo consciente, livre e sustentável, existem iniciativas no legislativo brasileiro que caminham na contramão, na marcha à ré.

O Projeto de Lei n. 4.148/2008 é um exemplo de afronta clara ao direito fundamental à informação do consumidor. Como se depreenderá da leitura do texto, o PL pretende não apenas que seja omitida a informação ao consumidor, no caso de produtos que possuam Organismos Geneticamente Modificados - OGMs, mas prevê a possibilidade de o consumidor ser ludibriado, com informações que o levem a acreditar que está consumindo um produto

¹ BAUMAN, Zygmunt, 1925 – Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias/ Zygmunt Bauman; tradução Carlos Alberto Medeiros. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p. 71.

não transgênico – quando, na realidade, a matéria prima utilizada para a sua fabricação era OGM.

Não se aprofundará no debate sobre a (in)segurança alimentar e os OGMs, embora existam inúmeras pesquisas neste sentido. O objetivo do presente artigo é demonstrar a inconstitucionalidade do projeto de lei, o porquê fere o princípio da informação, basilar na sociedade de consumo, prejudicando a proteção ao consumidor.

Desenvolver-se-á pesquisa bibliográfica sobre o tema, por meio de artigos científicos, livros, doutrina, normas constitucionais e infraconstitucionais, utilizando o método lógico-dedutivo de procedimento.

2. SOCIEDADE DE CONSUMO GLOBALIZADA

O consumo é inerente à vivência humana, já que, para sobreviver, é indispensável o consumo de recursos naturais frequentemente. No entanto, faz-se necessário diferenciar esse consumo existencial daquele presente nas sociedades capitalistas.

O capitalismo coloca o mercado no centro das relações de troca e modifica o modo de produção. Assim, não é mais a produção que serve à humanidade, mas sim a humanidade que serve à produção. A partir do século XX, passa-se a servir ao consumo.

Portanto, para compreender o modelo consumista da sociedade, é preciso analisar a história do capitalismo. Primeiramente, o modo capitalista de produção se organiza nas sociedades nacionais. Modifica as formas de vida e trabalho locais e institui a produção de mercadorias, de valores de troca. O capitalismo dissocia o trabalhador da propriedade dos meios de produção.

Após se organizar nas bases nacionais, passa a transbordar as fronteiras. E o faz por meio do comércio, da busca de matérias-primas, da expansão do mercado. Atravessam-se oceanos apenas para procurar outras fontes de lucros, instituindo colonialismos, imperialismos e sistemas econômicos centralizados em metrópoles dominantes.

Existe um primeiro momento de globalização a partir das grandes viagens de descobrimento e conquista, no século XV. Mas, interessa particularmente a segunda globalização, que tem início no fim do século XX, marcado pela fragmentação dos territórios. Declinam os Estados-nações e as metrópoles, ao passo que os processos de concentração do capital adquirem maior força, apropriando-se de cidades, nações, continentes, formas de trabalho e vida, modos de ser e pensar, produções culturais e formas de imaginar.

Para a maior parte da humanidade a globalização está se impondo como uma fábrica de perversidades. O desemprego se torna crônico, eleva-se a pobreza, surgem novas enfermidades, a mortalidade infantil permanece, a educação de qualidade é cada vez mais inacessível e o consumo vem figurando como fonte de felicidade².

A perversidade se manifesta quando se compreende o mundo tal como ele é. Para Santos³, o caráter perverso da globalização se manifesta em duas violências: a tirania do dinheiro, que se tornou o motor da vida cotidiana; e a tirania da informação, que está no modo como ela é distribuída desigualmente à humanidade.

É possível falar inclusive em uma sociedade da informação, caracterizada pela diluição de barreiras e excesso de informações, mas que não permite a seus membros assimilar essas informações e sequer possuir o discernimento necessário para escolher livremente na sociedade de consumo⁴.

Essas tiranias alicerçam um pensamento único e fundam um novo totalitarismo, cujas bases são competitividade e consumo. O consumo é, nos dias de hoje, para Milton Santos, o grande fundamentalismo⁵. Para Castells⁶, “o consumo é um lugar onde os conflitos entre classes, originados pela desigual participação na estrutura produtiva, ganham continuidade em relação à distribuição e a apropriação dos bens”. Assim, a perversidade colocada por Milton Santos se manifesta como sistema.

A sociedade de consumo globalizada gerada por esse sistema é uma máquina de produção de necessidades. A finalidade da produção já não é a satisfação das necessidades essenciais do ser humano. Ao contrário, criam-se necessidades para que sejam satisfeitas com a mercadoria. Segundo Marx⁷, este sistema das necessidades é uma forma de alienação capitalista, que tem como fim a valorização do capital.

Quanto menos se comer, beber, comprar livros, for ao teatro ou a bailes, ou ao botequim, e quanto menos se pensar, amar, doutrinar, cantar, pintar, esgrimir, etc., tanto mais se poderá economizar e maior se tornará o tesouro imune à ferrugem e às traças - o

² SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. São Paulo: Record, 2000.

³ Op. cit.

⁴ GIBRAN, Fernanda Mara. **Direito fundamental à informação adequada na sociedade de consumo como instrumento para o desenvolvimento socioambiental**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração: Direito Econômico e Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2012.

⁵ Disponível em: <<https://www.geledes.org.br/globalizacao-milton-santos-o-mundo-global-visto-lado-de-ca/>>. Acesso em 31.10.17.

⁶ CASTELLS, Manuel. **La cuestión urbana**. México: Sigla XXI, 1974.

⁷ MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos**. In: GIANNOTTI, Jose Arthur (Org.). 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

capital. Quanto menos se for, quanto menos se exprimir nossa vida, tanto mais se terá, tanto maior será nossa vida alienada e maior será a economia de nosso ser alienado⁸.

O sistema de necessidades e a sociedade de consumo têm nos levado diretamente a uma crise socioambiental. Os recursos naturais são finitos, e são necessários não apenas à manutenção do sistema capitalista, mas à continuidade da vida humana.

O modelo de desenvolvimento adotado, o sistema capitalista e a globalização motivam a circulação de mercadorias e o marketing agressivo para estimular o consumo, que, aliados ao crescimento demográfico, têm incentivado, sobremaneira, nas últimas décadas, a produção e a acumulação de resíduos sólidos urbanos sem qualquer preocupação com o meio ambiente. Trata-se de uma cadeia insustentável, na qual se busca cada vez mais produzir, vender, consumir e descartar. O homem vive na “chamada cultura do consumo”. As pessoas valem pelo que têm. O mercado define o que é bom, belo e necessário⁹.

Logo, é por isso que é necessário discutir e rever o modelo de desenvolvimento posto, e a possibilidade de um desenvolvimento diverso a partir de outra educação ambiental para o consumo.

Uma possibilidade de desenvolver essa educação é estimular a ideia do Consumo Consciente, que, por sua vez, não significa deixar de consumir, mas fazê-lo de maneira diferente e melhor, sem excessos, para que o bem-estar predomine. Consumo consciente significa ter a visão de que o ato de consumir está num contexto maior de produção, que traz tanto efeitos positivos quanto negativos, e não apenas a quem compra, mas também ao meio ambiente, à economia e à sociedade, ou seja, impactos mediatos¹⁰.

3. A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES NA SOCIEDADE DE CONSUMO

Essa outra educação ambiental passa pela necessidade de democratização das informações. O papel do direito estatal frente a essa mudança de paradigmas ainda está sendo delineado. Embora sua origem esteja embrenhada nos ideais individualistas do liberalismo, sendo calcado na propriedade privada e no contrato, ele vem se readequando para as novas demandas da sociedade de consumo.

⁸ Op. cit., p. cit.

⁹ FLORES, Guilherme Nazareno. Dicotomias entre o consumo e a governança socioambiental: a gestão de resíduos como paradigma de sustentabilidade. In: SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; SILVA, Rogerio da (orgs.). **Do consumo ao desenvolvimento sustentável**. Passo Fundo: UPF Editora, 2013

¹⁰ Disponível em: <<https://www.akatu.org.br/sobre-o-akatu/>>. Acesso em 06.11.2017.

É claro que o Estado moderno e seu direito foram criados para um determinado sistema econômico ou modo de produção, a liberdade, segurança e igualdade propugnadas pela Constituição francesa tinha paradigmas claros que garantiam, em última instância, os direitos individuais e, ainda mais precisamente, o direito individual de propriedade¹¹.

O direito é construído em decorrência de um processo histórico e dialético. Assim, a partir dos contornos e consequências da Revolução Industrial, as sociedades contemporâneas se transformam – e transformam também suas necessidades de regulações jurídicas. O direito do consumidor é o resultado “das dificuldades e riscos que as pessoas sofrem, ou podem sofrer, pelo simples fato de terem nascido em uma época em que tudo se transforma em mercadoria”¹².

A Constituição Brasileira de 1988 inscreve a proteção do consumidor no rol de garantias individuais dos cidadãos, em seu artigo 5º, XXXII. Além disso, a defesa do consumidor é um princípio da ordem econômica, figurando no artigo 170, inciso V. A Constituição de 1988 é editada a partir dos princípios de fraternidade e solidariedade, que regem os novos direitos que “transcendem os indivíduos”, direitos “transindividuais”¹³. Nessa seara, são criados não apenas os direitos do consumidor, mas também o direito ao desenvolvimento e ao meio ambiente sadio.

Os direitos transindividuais são aqueles que não pertencem ao indivíduo de forma isolada. Em sentido amplo, podem ser tidos como direitos coletivos, mas o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 81 os classifica em três tipos:

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

¹¹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Os direitos invisíveis**. In: OLIVEIRA, Francisco; PAOLI, Maria Célia. Os sentidos da democracia. São Paulo: Vozes, 1999.

¹² SODRÉ, Marcelo Gomes. **A construção do direito do consumidor**: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009, p.12.

¹³ OLIVEIRA, Marcelo Henrique Matos. **Considerações sobre os direitos transindividuais**. Revista do Curso de Direito da FSG, n. 10, ano 5, dez/2011.

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Assim, enquanto os direitos difusos consideram o fato ocorrido, ainda que os titulares sejam pessoas indeterminadas, os direitos coletivos têm como base uma classe de pessoas ligadas, seja entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica anterior, e os direitos individuais homogêneos somente necessitam de uma origem comum, podendo ser divididos e/ou seus titulares determinados quando da liquidação ou execução da sentença. Na verdade,

O que caracteriza os direitos transindividuais não é apenas o fato de serem compartilhados por vários titulares individuais reunidos pela mesma relação fática ou jurídica, mas também pela necessidade de substituir o acesso individual à justiça por um acesso coletivo, solucionando o conflito adequadamente e evitando insegurança jurídica¹⁴.

O grande marco dos direitos coletivos é a Constituição Federal de 1988. O Código de Defesa do Consumidor criado por expressa determinação no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acompanha as inovações constitucionais. Assim, o CDC, em seu artigo 2º, equipara a coletividade de pessoas a “consumidor”, ainda que estas pessoas sejam indetermináveis.

Na prática, isso pode significar a possibilidade de pleitear, em nome próprio, direito alheio – alheio porque pertencente à coletividade, e não a um único indivíduo. De acordo com Souza Filho, “não é necessário sequer ser fumante para ter direito a que os vendedores de cigarros estampem corretamente o seu produto. Nem o mais rigoroso inverno diminui o direito a precisa informação na venda de equipamentos de ar refrigerado”¹⁵. Isso, pois:

Estes novos direitos têm como principal característica o fato de sua titularidade não ser individualizada [...]. Esta característica os afasta do conceito de direito individual concebido em sua integridade na cultura contratualista ou constitucionalista do século XIX, porque é um direito sem sujeito! Ou dito de maneira que parece ainda mais confusa para o pensamento individualista, é um direito onde todos são sujeitos. Se todos são sujeitos do mesmo direito, todos têm dele disponibilidade, mas ao mesmo tempo ninguém pode dele dispor, contrariando-o, porque a disposição de um seria violar o direito de todos os outros¹⁶.

3.1. Informação: direito ou mercadoria?

Esses novos direitos demandam um sistema protetivo também inovador. O Código de Defesa do Consumidor instituiu, em seu artigo 4º, a Política

¹⁴ OLIVEIRA, Marcelo Henrique Matos. Op. cit.

¹⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Op. cit.

¹⁶ Ibidem.

Nacional das Relações de Consumo que, de acordo com Efig¹⁷, exterioriza os objetivos do CDC e institui diretrizes principiológicas com força normativa.

Dentre os princípios estabelecidos pela PNRC, o princípio da informação “pode ser considerado a mais importante baliza norteadora das regras inerentes à Política Nacional de Relações de Consumo”¹⁸.

Além disso, é direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso XIV, da Constituição, que garante ser “assegurado a todos o acesso à informação [...]”. No Código de Defesa do Consumidor, tem destaque no artigo 6º, inciso III, que institui como direito básico do consumidor “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

Nesse sentido, o fornecedor tem o dever de informar, assim como o consumidor tem o direito de ser informado. Bruno Miragem¹⁹ aponta que a desigualdade entre consumidores e fornecedores não é somente uma desigualdade econômica, mas também uma desigualdade informacional, que pede por equilíbrio. Sobre isso, Wajntraub²⁰ também comenta:

La información está en manos de los expertos, porque la buscaron para elaborar el producto o suministrar el servicio. Es sabido que las relaciones entre profesionales y consumidores entrañan un desequilibrio que suele generar inequidad y dado que no ES una situación que haya de resolverse por si sola, corresponde la intervención del Estado para que ello no suceda.

O Código Civil também traz intrinsecamente o direito à informação em seu princípio norteador: o da boa-fé objetiva, o qual já havia menção no Código Comercial de 1850, quando seu artigo 131 referenciava a boa-fé quando da interpretação das cláusulas do contrato²¹, as quais deveriam ser conforme a boa-fé. Tal princípio trata do agir com lealdade e cooperação, sem a prática de condutas que possam criar falsas expectativas e prejuízos na outra parte, o que acarretaria na má-fé objetiva²². Flávio Tartuce²³ leciona que:

¹⁷ EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo**: consumo e sustentabilidade. 3. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011.

¹⁸ EFING, Antônio Carlos. Op. Cit.

¹⁹ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**: fundamentos do direito do consumidor./Bruno Miragem; Prefácio: Claudia Lima Marques.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 122.

²⁰ Wajntraub Javier. **Protección Jurídica Del Consumidor**. Ed. Depalma 2.004, p. 47.

²¹ SCHIER, Flora Margarida Clock. **A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar**./Flora Margarida Clock Schier. Curitiba: Juruá, 2006, p. 34.

²² ASSIS NETO, Sebastião de Marcelo de Jesus, Maria Izabel de Melo. **Manual do Direito Civil**, 3ª edição, São Paulo, Juspoivim, 2014, p. 853.

²³ TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o Direito Civil**/ Flávio Tartuce. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 34.

Tornou-se comum afirmar que a boa-fé objetiva, conceituada como exigência de conduta leal dos participantes da relação jurídica, está relacionada com os deveres anexos ou laterais de conduta, que são ínsitos a qualquer negócio jurídico, não havendo sequer a necessidade de previsão no instrumento negocial. São considerados deveres anexos, entre outros: a) dever de cuidado em relação à outra parte negocial; b) dever de respeito; c) **dever de informar a outra parte sobre o conteúdo do negócio**; d) dever de agir conforme a confiança depositada; e) dever de lealdade e probidade; f) dever de colaboração ou cooperação, que passa a estar expresso no âmbito do processo, pela cooperação processual prevista no art. 6º do Novo CPC; g) **dever de agir com honestidade**; h) dever de agir conforme a razoabilidade, a **equidade** e boa razão. (grifo nosso)

É possível afirmar, portanto, que a violação ao direito à informação é uma espécie de má-fé objetiva, posto que agride frontalmente o princípio da boa-fé objetiva e seus deveres anexos, como bem expôs o autor.

Mais grave ainda é a falta de informação devido à vulnerabilidade dos consumidores, posto que suas escolhas já nascem reduzidas: só podem optar por aquilo que existe e foi oferecido no mercado, e tal oferta, por sua vez, é uma decisão unilateral do fornecedor que visa primordialmente seus interesses empresariais, os de obtenção de lucro²⁴.

Mas, se por um lado a informação adequada é um direito fundamental previsto e tutelado de diversas formas no ordenamento brasileiro, a realidade na sociedade de consumo, de fluxos quase que instantâneos de informações, é mais perversa. Se a informação adequada liberta, a multiplicidade de informações, a informação falsa e a ausência de informação alienam os consumidores.

O paradoxo que envolve a informação (na sociedade da informação) é decorrência de seu poder de alienar e transformar o cidadão em mercadoria, ao mesmo tempo em que é a única ferramenta capaz de tirá-lo desta situação insustentável²⁵.

Essa utilização incoerente da informação, que aliena o cidadão, é o que produz a “Terceira Cultura” delineada por Morin²⁶: a cultura de massa que, se antes surgia da imprensa, do cinema, do rádio, da televisão, na sociedade de informação vem “dos computadores, dos sistemas de comunicação e da interação humana”²⁷.

²⁴ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor: com exercícios**/ Rizzatto Nunes. – 4. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130.

²⁵ GIBRAN, Fernanda Mara. Op. cit. p. 56

²⁶ MORIN, Edgar. **Cultura de massas no século XX: o espírito do tempo**. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense-Universitária, 1987. v. I.

²⁷ GIBRAN, Fernanda Mara. Op. cit.

Na sociedade, a informação é mercadoria. E é através dela – seja no excesso de informações, na ausência ou manipulação destas – que o capitalismo “desvia as massas de seus verdadeiros problemas”²⁸, tal qual na cultura de massa. Morin²⁹ afirma ainda que a alienação da humanidade não se restringe mais ao trabalho: já atinge os lazeres e o consumo. Portanto, trazendo essa noção para a sociedade de informação, em que a mesma é bem de consumo, evidencia-se o “monopólio das forças de produção e alienação dos sujeitos na sociedade contemporânea”³⁰.

4. O PROJETO DE LEI N. 4.148/2008 COMO AMEAÇA AO DIREITO À INFORMAÇÃO ADEQUADA

Para equilibrar as relações de consumo em sociedades de informação, o direito vem inclinando-se, como foi demonstrado, à proteção do consumidor, à harmonização das relações de consumo e ao incentivo de um consumo consciente, livre e sustentável. Mas, ao mesmo tempo, existem iniciativas no legislativo brasileiro que caminham na contramão, engatadas na marcha à ré.

O Projeto de Lei inicialmente proposto na Câmara sob o número 4.148/2008, que agora tramita no Senado como Projeto de Lei da Câmara – PLC nº. 34/2015, pretende alterar a Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/2005), que regulamenta a fiscalização de atividades que envolvem Organismos Geneticamente Modificados – OGMs, revogando, ainda que tacitamente, o Decreto n. 4.680/2003 e a Portaria do Ministério da Justiça n. 2.658/2003.

O Decreto n. 4.680/2003 regulamenta o direito à informação quanto aos alimentos destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de OGMs. Enquanto isso, a Portaria do Ministério da Justiça n. 2.658/2003 define o símbolo do transgênico, que deve constar nas embalagens de produtos transgênicos ou em derivados destes.

Na prática, o PL n. 4.148/2008 inibe a rotulagem e identificação de alimentos transgênicos no Brasil. Em Nota Técnico-Jurídica³¹ sobre o projeto de lei, elaborada em parceria pelo Instituto Socioambiental (ISA), Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), Organização Terra de Direitos e Movimento dos Pequenos Agricultores (MPA), evidencia-se, objetivamente, as alterações previstas pelo PLC:

²⁸ MORIN, Edgar. Op. cit. p. 17.

²⁹ Ibidem.

³⁰ GIBRAN, Fernanda Mara. Op. cit. p. 56.

³¹ **Nota Técnico-Jurídica sobre o Projeto de Lei nº. 4.148/2008 (PLC nº. 34/2015): rotulagem de transgênicos.** Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor; Instituto Socioambiental; Movimento dos Pequenos Agricultores; Organização Terra de Direitos. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/parecer.pdf>>. Acesso em: 29 jul 2016.

Rotular como transgênicos apenas os alimentos cuja presença de OGM for comprovadamente detectada através de “análise específica”;

Facultar a rotulagem “livre de transgênicos” aos alimentos para os quais a referida “análise específica” tenha resultado negativo sobre a presença de OGMs; e

Retirar o símbolo “T”, atualmente utilizado para a identificação de alimentos transgênicos, substituindo-o pelas expressões “(nome do produto) transgênico” ou “contém (nome do ingrediente) transgênico”.

Como demonstrado, o direito à informação é assegurado não apenas no Código de Defesa do Consumidor, como também na Constituição Federal, que além de elegê-lo como direito fundamental, pertencente a toda a coletividade, assegura a promoção da defesa do consumidor pelo Estado.

Nicole L’Hereux³², esclarece que “na sociedade de consumo, o rótulo, fixado sobre um produto ou embalagem, constitui um meio ideal de comunicação entre fabricante, distribuidor ou vendedor e o consumidor”, sendo assim, o rótulo também é merecedor da tutela do Código de Defesa do Consumidor no que tange às informações nele propagadas.

É possível fazer analogia aos transgênicos quando Bessa³³ menciona que:

É enganoso sugerir, mediante forma especial (design), que o recipiente contém mais produto do que realmente tem. Do mesmo modo, há enganosidade na rotulagem que **induz o consumidor a crer que se trata de produto natural, quando, na verdade, é artificial.** (grifo nosso)

No caso em questão, a enganosidade existiria no fato do fornecedor ocultar a informação da presença de transgênico no produto comprado pelo consumidor.

Importante ressaltar que o direito fundamental do consumidor à informação não depende da possibilidade de o produto causar riscos à saúde. É um direito inerente à coletividade de consumidores e um dever do fornecedor. Não caberia discutir, portanto, em face da tramitação do projeto de lei, se os OGMs apresentam risco ou não ao consumidor e ao meio ambiente. O projeto é inconstitucional na sua origem.

³² L’HEREUX, Nicole. **Droit de la consommation**. Québec: Éditions Yvon Blais, 2000, p. 157.

³³ BENJAMIN, Antônio Herman V. **Manual de direito do consumidor**/ Antônio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 277.

Além disso, Cláudia Lima Marques³⁴ explicita que:

Há dever de informar do fornecedor que usa (no produto ou na ração) organismos geneticamente modificados não só por ser direito humano do consumidor (art. 5.º, XXXII) a informação, daí a necessidade de defesa de sua dignidade e saúde, mas também porque é direito econômico dos consumidores, como sujeitos ativos do mercado (art. 170, caput e inciso V, da CF/88), a liberdade de escolha (art. 6.º, II do CDC) entre produtos com ingredientes da natureza e com ingredientes que tiveram seus gens modificados por intervenção humana artificial, em uma combinação que não ocorreria normalmente na natureza (OGM).

No entanto, sabe-se que existem estudos científicos recentes indicando o aumento de doenças em animais utilizados em experiências laboratoriais destinadas a avaliar os riscos no consumo de alimentos com componentes transgênicos. Há evidências de relação entre seu consumo e “lesões hepáticas, surgimento de tumores, danos aos rins e fígado e disfunções no sistema imunológico, entre outros”³⁵.

Além disso, pesquisas realizadas pela Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO³⁶ indicam que o cultivo de OGMs implica o aumento da utilização de agrotóxicos. Sobre estes últimos, já há certezas científicas quanto à produção de danos à saúde do consumidor e ao meio ambiente.

Pesticides act selectively against certain organisms without adversely affecting others. Absolute selectivity, however, is difficult to achieve and most pesticides are a toxic risk also to humans. Pesticides are the most important method in self-poisoning in the developing world. Three million cases of pesticide poisoning, nearly 220,000 fatal, occur world-wide every year.³⁷

O direito à informação se torna ainda mais essencial quando se está diante de um produto que pode oferecer riscos à saúde do consumidor. De acordo o artigo 9º do Código de Defesa do Consumidor:

³⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais/ Cláudia Lima Marques. – 5. ed. rev. ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 776.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ FERREIRA CARNEIRO, Fernando; RIGOTTO, Raquel Maria; GIRALDO DA SILVA AUGUSTO, Lia; FRIEDRICH, Karen; CAMPOS BÚRIGO, André. **Dossiê ABRASCO**: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde. Rio de Janeiro/São Paulo: Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio/Expressão Popular, 2015. Disponível em: <http://www.abrasco.org.br/dossieagrototoxicos/wpcontent/uploads/2013/10/DossieA-brasco_2015_web.pdf>. Acesso em: 29.07.2016.

³⁷ BOLOGNESI, Cláudia. **Genotoxicity of pesticides: a review of human biomonitoring studies**. Mutation Research, Amsterdam, v. 543, no. 3, p. 252, 2003.

O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

A violação do disposto no referido artigo corresponde o crime previsto no artigo 66 do CDC.

Atualmente, o sistema de identificação e rotulagem de transgênicos, definidos nos instrumentos legais já mencionados, prevê a identificação com base na matéria-prima utilizada na composição do produto final. Ou seja, se qualquer composto do produto for um organismo geneticamente modificado, aquele será identificado como transgênico, com o símbolo “T” na embalagem.

A proposta do PL de “análise específica” é a identificação da transgenia no produto final, mediante análise laboratorial. Ocorre que os produtos que utilizam OGMs, em geral, são extremamente processados. Em função desse processo industrial de fabricação, se torna difícil – e quase impossível – a detecção do DNA da matéria-prima transgênica.

Para o consumidor, interessa saber se a matéria-prima utilizada no produto a ser consumido possui origem transgênica ou não, especialmente porque não há evidências científicas sobre a segurança no seu consumo. Com a aprovação do PL n. 4.148/2008, não apenas se estaria deixando de rotular alimentos que possam conter OGMs, mas, ainda, há a possibilidade de rotulá-los como “livre de transgênicos”.

Assim, o projeto de lei não apenas viola o direito do consumidor à informação, mas legaliza a ausência de boa-fé, transparência e confiança, permite a exposição do consumidor a riscos não informados e sobre os quais sequer há constatações científicas e, ainda, conforme concluiu o Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - CONSEA³⁸, chega a penalizar os agricultores e empresas alimentícias que optam por produzir alimentos isentos de ingredientes transgênicos, estes mesmos que deveriam ser incentivados se considerarmos um modelo de consumo consciente.

Não é qualquer informação que interessa ao consumidor. O dever do fornecedor é de disponibilizar ao consumidor a informação adequada, clara e verdadeira. Portanto, não basta a rotulagem prevista no projeto de lei, que retira o símbolo “T”, atualmente utilizado para a identificação de alimentos transgênicos, substituindo-o pelas expressões “(nome do produto) transgênico” ou “contém (nome do ingrediente) transgênico”.

³⁸ Recomendação n. 009/2015 do Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - CONSEA.

O símbolo “T” foi adotado desde 2013 e, portanto, já está incutido no dia-a-dia dos consumidores. A mudança na forma de expor as informações ocasionaria confusão, ou mesmo ausência do alcance da informação aos consumidores que, em geral, não possuem o hábito de verificar as informações descritas em letras pequenas nos versos dos produtos. Nesta senda, Efing³⁹ afirma que:

[...] sendo direito do consumidor e dever do fornecedor a informação (adequada, clara, verdadeira), ela se traduz em *transparência* na medida em que de forma qualificada atinge com eficácia o consumidor, ou seja, é necessário que a informação não represente mera formalidade legal, mas que efetivamente esclareça as dúvidas dos consumidores evitando-se assim de forma preventiva a frustração contratual do consumidor, atendendo-se às suas legítimas expectativas. (grifos no original)

Assim, o direito fundamental à informação do consumidor vai além da rotulagem: é necessário que se rotule adequadamente os produtos derivados de OGMs, mas, também, faz-se imprescindível que o consumidor tenha acesso às informações sobre os possíveis riscos no consumo desses produtos. O dever de informar do fornecedor deve ser interpretado de forma abrangente, visando primordialmente à proteção do consumidor. O direito à plena informação é reconhecido inclusive jurisprudencialmente:

Há que se ter presente que, dentro da questão da rotulagem de alimentos, prevalece o princípio da **plena informação ao consumidor**, previsto no já transcrito art. 6º do Código de Defesa do Consumidor. O artigo 9º daquela lei, por sua vez, elenca os direitos básicos do consumidor à informação clara e adequada sobre o produto e sobre os riscos que apresenta. (grifos nossos)⁴⁰

“DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE ROTULAGEM DE ALIMENTOS QUE CONTENHAM PRODUTOS GENETICAMENTE MODIFICADOS EM QUALQUER PERCENTUAL. DECRETO Nº 3.871/2001. DECRETO Nº 4680/2003. DIREITO À INFORMAÇÃO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 5, XIV. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (LEI Nº 8.078/90). CPC, ART. 462.1. Ação civil pública ajuizada com o objetivo de que ré - União - se abstenha “de autorizar ou permitir a comercialização de qualquer alimento, embalado ou in natura, que contenha OGMs, sem a expressa referência deste dado em sua rotulagem, independentemente do percentual e de qualquer outra condicionante, devendo-se assegurar

³⁹ EFING, Antônio Carlos. Op cit. p. 113.

⁴⁰ Tribunal Regional Federal da 1.ª Região. 5.ª Turma. Reexame Necessário em Apelação n.º 2001.34.00.022280-6/DF. Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. DJ. 13.08.2012.

que todo e qualquer produto geneticamente modificado ou contendo ingrediente geneticamente modificado seja devidamente informado". 2. Não há perda do objeto da demanda ante a revogação do Decreto nº 3.871/01 pelo Decreto nº 4.680/03, que reduziu o percentual de 4% para 1% de OGM's, para tornar exigível a rotulagem. Ocorrência de fato modificativo e não extintivo do direito, a ser levado em consideração pelo juízo, por ocasião do julgamento, a teor do art. 462 do CPC. 3. "[...] 5. **O direito à informação**, abrigado expressamente pelo art. 5º, XIV, da Constituição Federal, **é uma das formas de expressão concreta do princípio da transparência, sendo também corolário do princípio da boa-fé objetiva e do princípio da confiança**, todos abraçados pelo CDC. 6. **No âmbito da proteção à vida e saúde do consumidor, o direito à informação é manifestação autônoma da obrigação de segurança**. 7. **Entre os direitos básicos do consumidor, previstos no CDC, inclui-se exatamente a "informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem"** (art. 6º, III)...". (STJ, REsp 586316/ MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/04/2007, DJe 19/03/2009). 4. Correta a sentença recorrida, ao dispor que, **"o consumidor, na qualidade de destinatário do processo produtivo, que hoje lança no mercado todo tipo de produto e serviço, tem na 'transparência' e 'devida informação', erigidas em princípios norteadores do CDC, seu escudo de proteção, de absoluta necessidade na hora de exercer o direito de opção."** 5. Apelações da União e da Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação - ABIA e remessa oficial improvidas. (grifos nossos)⁴¹

Somente munido com a informação plena o consumidor poderá exercer o consumo consciente: crítico, livre e sustentável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito do consumidor é construído, em um momento histórico localizado, como resposta à sociedade de consumo. São direitos passíveis de serem exercidos coletivamente, com base em princípios de solidariedade. Baseiam-se principalmente na vulnerabilidade do consumidor e no direito à informação adequada, clara e verdadeira, que possa muni-lo de proteção frente aos riscos da sociedade contemporânea, regida por um sistema de produção de necessidades alienador, onde a informação é também mercadoria.

Na contramão desse processo, o Projeto de Lei n. 4.148/2008 fere o direito fundamental à informação do consumidor, legaliza a ausência de boa-fé,

⁴¹ Tribunal Regional Federal da 1.ª Região. 5.ª Turma. Apelação Cível n.º 22280/DF – CNJ nº 2001.34.00.022280-6. Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes. D.J. 24.08.2012.

transparência e confiança, permite a exposição do consumidor a riscos não informados e sobre os quais sequer há constatações científicas e penaliza os agricultores e empresas alimentícias que optam por produzir alimentos isentos de ingredientes transgênicos.

Na sociedade de consumo, o direito à informação é basilar ao consumidor, que terá nele o alicerce para o consumo crítico, livre e sustentável. A informação se torna um elemento na capacitação dos consumidores para o exercício da cidadania e do consumo consciente.

Por isso, além da manutenção da rotulagem adequada nas embalagens de transgênicos, é importante que o consumidor tenha acesso às informações quanto aos possíveis riscos no consumo desses produtos. Caso sejam os únicos disponíveis no mercado ou possuam um valor economicamente mais acessível, os transgênicos podem tornar-se uma *cultura de massa*, sem a necessária reflexão crítica por parte do consumidor.

Ao Estado, cabe promover a proteção do consumidor. É importante, portanto, que a população tenha acesso a conhecimentos sobre os diversos modelos de agricultura existentes, que podem oferecer maior segurança alimentar e sustentabilidade socioambiental, para essa e para as futuras gerações. Outros modelos são possíveis quando se tem outra educação ambiental para o consumo. Mas, a educação ambiental só acontece com a informação adequada.

REFERÊNCIAS

ASSIS NETO, Sebastião de Marcelo de Jesus, Maria Izabel de Melo. **Manual do Direito Civil**, 3ª edição, São Paulo, JusPovivm, 2014, p. 853.

BAUMAN, Zygmunt, 1925 – **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**/ Zygmunt Bauman; tradução Carlos Alberto Medeiros. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p. 71.

BENJAMIN, Antônio Herman V. **Manual de direito do consumidor**/ Antônio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 277.

BOLOGNESI, Claudia. **Genotoxicity of pesticides: a review of human biomonitoring studies**. Mutation Research, Amsterdam, v. 543, no. 3, p. 252, 2003.

CASTELLS, Manuel. **La cuestión urbana**. México: Sigla XXI, 1974.

Disponível em: <<https://www.geledes.org.br/globalizacao-milton-santos-o-mundo-global-visto-lado-de-ca/>>. Acesso em 31.10.17.

Disponível em: <<https://www.akatu.org.br/sobre-o-akatu/>>. Acesso em 06.11.2017.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo: consumo e sustentabilidade**. 3. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011.

FLORES, Guilherme Nazareno. Dicotomias entre o consumo e a governança socioambiental: a gestão de resíduos como paradigma de sustentabilidade. In: SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; SILVA, Rogerio da (orgs.). **Do consumo ao desenvolvimento sustentável**. Passo Fundo: UPF Editora, 2013.

GIBRAN, Fernanda Mara. **Direito fundamental à informação adequada na sociedade de consumo como instrumento para o desenvolvimento socioambiental**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração: Direito Econômico e Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2012.

L'HEREUX, Nicole. **Droit de la consommation**. Québec: Éditions Yvon Blais, 2000, p. 157.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais/ Claudia Lima Marques**. – 5. ed. rev. ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 776.

MARX, Karl. **Manuscrtos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos**. In: GIANNOTTI, Jose Arthur (Org.). 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor./Bruno Miragem; Prefácio: Claudia Lima Marques**.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 122.

MORIN, Edgar. **Cultura de massas no século XX: o espírito do tempo**. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense-Universitária, 1987. v. I.

Nota Técnico-Jurídica sobre o Projeto de Lei nº. 4.148/2008 (PLC nº. 34/2015): rotulagem de transgênicos. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor; Instituto Socioambiental; Movimento dos Pequenos Agricultores; Organização Terra de Direitos. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/parecer.pdf>>. Acesso em: 29 jul 2016.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor: com exercícios/ Rizzatto Nunes**. – 4. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130.

OLIVEIRA, Marcelo Henrique Matos. **Considerações sobre os direitos transindividuais**. Revista do Curso de Direito da FSG, n. 10, ano 5, dez/2011

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização:** do pensamento único à consciência universal. São Paulo: Record, 2000.

SCHIER, Flora Margarida Clock. **A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar.**/Flora Margarida Clock Schier. Curitiba: Juruá, 2006, p. 34.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **A construção do direito do consumidor:** um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009.

TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o Direito Civil/** Flávio Tartuce. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

WAJNTRAUB, Javier. **Protección Jurídica Del Consumidor.** Ed. Depalma 2004.

*** Submetido em: 31 out. 2016. Aceito em: 10 jan. 2018.**



O *NOMOS* DE ROBERT COVER NA TRILHA DO DIREITO GLOBAL

Maurício Pedrosa Flores*

José Rodrigo Rodriguez**

Resumo

O presente artigo revisita o pensamento do jurista norte-americano Robert Cover para refletir sobre o cenário jurídico global a partir das categorias criadas pelo autor. Primeiro, descreve as características gerais dos regimes jurídicos transnacionais emergentes da globalização, tomando como ilustração o caso da “comunidade” criada pela plataforma de hospedagem Airbnb. Em seguida, estabelece uma aproximação com o pensamento de Cover por meio de conceitos centrais de sua obra, como *nomos* e *jurisgenesis*, revisando trabalhos de autores que utilizaram seus *insights* para compreender as dinâmicas do direito global. Na última parte, apresenta aquela que parece ser a contribuição mais original de Cover para o presente debate: a indissociabilidade entre interpretação legal e violência, aspecto menos abordado por seus comentadores que estudam as interações entre os regimes jurídicos transnacionais. O trabalho propõe que a consideração da violência com base nos escritos de Cover suscita questões normativas que as abordagens predominantemente descritivas do campo do direito global procuram evitar.

Palavras-chave

Direito global. *Nomos*. *Jurisgenesis*. Violência.

Abstract

This article aims to revisit the thought of North American jurist Robert Cover in order to think about the global legal scenario through his own framework. First, it describes general features of emerging transnational legal orders at the core of globalization taking Airbnb “community” case as illustration. Then, seek an approach with Cover's thinking by means of some his central concepts, like *nomos* and *jurisgenesis*. Also reviews works from authors who have used his insights to understand global law dynamics. At last, it shows Cover's probably most original contribution to the present debate: the inseparability between legal interpretation and violence, an aspect that his commentators tend to diminish regarding transnational legal orders interactions. So, this paper proposes a view on violence based on Cover's work which evokes some normative questions more descriptive approaches seek to avoid.

* Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista CAPES/PROEX.

** Professor de Graduação e do PPG (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) e Pesquisador Permanente do CEBRAP ligado ao Núcleo Direito e Democracia.

Keywords

Global law. *Nomos*. *Jurisgenesis*. Violence.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo revisita o pensamento do jurista norte-americano Robert Cover para refletir sobre o cenário jurídico global a partir das categorias criadas pelo autor. De pronto, considera como direito global o conjunto de regimes jurídicos transnacionais, privados ou não, criados pelos mais diferentes atores, como empresas multinacionais, ONGs internacionais e instituições transnacionais, com intuito de estabelecer regras em áreas como comércio, ciência, ciberespaço, saúde e competições esportivas. Trata-se de um rol imenso de organizações e entidades, que vai desde a Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO) até a Federação Internacional de Futebol Associado (FIFA), passando pela Organização Mundial do Comércio (WTO) e a Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números (ICANN) – apenas para mencionar alguns exemplos notórios.

As interações entre os regimes normativos criados por esses atores, bem como sua sobreposição às normas de direito estatal ou internacional, têm sido objeto de grandes debates no meio acadêmico. Como ferramenta indispensável de muitas das práticas globalizantes, o direito não escapa a reconsiderações sobre o seu modo de funcionamento, incorporando novos comportamentos e tendências com os quais suas reflexões teóricas tem de lidar. Ao difundir e intensificar processos sociais em escala global, o direito emergente da globalização provoca acentuadas mudanças nos parâmetros de avaliação sociológica, especialmente quando entram em jogo análises sobre o papel do Estado moderno diante da constelação de atores que formam o novo cenário jurídico globalizado.

O contexto de surgimento e as características mais marcantes desses novos regimes jurídicos são o objeto da primeira parte deste artigo. O caso específico da “comunidade” criada pela plataforma Airbnb serve como ilustração em um primeiro momento, para que, em seguida, se possa compreender como as dinâmicas globalizantes vão se estabelecendo em larga escala. As reflexões de Gunther Teubner funcionam como marco teórico não apenas nessa primeira parte, mas ao longo de todo o artigo.

No segundo capítulo, estabelece-se uma aproximação com a obra de Cover, especialmente a partir de sua ideia de *nomos*. Colocando-se suas análises em diálogo com as dinâmicas do direito global, ambas passam a ser ressignificadas. Por meio do conceito de *jurisgenesis*, os traços fundamentais do espaço jurídico transnacional são considerados sob uma nova ótica. Nesse sentido, se-

rão utilizados os trabalhos de dois autores – Paul Schiff Berman e Jeffrey Dunoff – que fazem das reflexões de Cover um ponto de partida para suas sínteses do cenário jurídico transnacional, embora com enfoques distintos.

As reflexões de Berman e Dunoff são importantes, uma vez que Cover não teve tempo de refletir sobre a globalização, objeto de um boom de bibliografia partir da década de 90, no contexto da queda do muro de Berlim e da aceleração das trocas comerciais internacionais. Da abordagem de Dunoff, aliás, deriva o enfoque desse artigo: priorizar o tratamento das interações entre regimes que ocorrem fora do âmbito dos tribunais internacionais, interações essas que o autor considera como mais importantes e de maior número, a despeito de serem as menos estudadas pelos teóricos do direito.

Por fim, a última parte introduz um aspecto bastante original do pensamento de Cover para se pensar as problemáticas advindas do direito global: a relação entre interpretação legal e violência. Trata-se de um aspecto de sua obra menos abordado por seus comentadores que teorizam sobre o direito global. Por esta razão, este texto apresenta uma nova perspectiva sobre o controle social das ordens jurídicas transnacionais com base nas reflexões do autor a respeito dos modos como a produção, a aplicação e a execução do direito inserem-se em estruturas capazes de recorrer a ações violentas.

2. GLOBALIZAÇÃO E OS REGIMES JURÍDICOS TRANSNACIONAIS

Em outubro de 2016, usuários do Airbnb¹ - plataforma online de reserva de acomodações no mundo inteiro - foram informados de que a companhia passaria a adotar uma política de não-discriminação em suas atividades, batizada de “Compromisso da Comunidade do Airbnb”. Em caso de recusa dos termos presentes no compromisso, os usuários estariam automaticamente impossibilitados de fazer reservas ou hospedar pessoas através da plataforma. A justificativa apresentada pela empresa foi a defesa de uma cultura de tolerância e respeito às diferentes culturas, nacionalidades, estilos de vida ou orientações sexuais presentes na “comunidade” transnacional formada pelos seus usuários.

Embora à primeira vista se pareça com um simples protocolo de adesão, a iniciativa do Airbnb sugere algo mais do que isso. Como a própria plataforma afirma, a intenção é promover uma cultura de hospitalidade e integração “que

¹ A ideia básica do Airbnb é aprimorar o *couch-surfing*, prática comum em vários países que consiste na oferta de acomodações temporárias a viajantes nas próprias residências dos anfitriões, o que normalmente era feito sem custos. Além de tornar essa prática lucrativa e mais confiável, a plataforma tem desenvolvido diversos atrativos, como as chamadas “experiências” - ofertas de cursos, eventos ou passeios turísticos diferenciados aos usuários que pretendem viajar para determinados lugares.

vá muito além da conformidade”². A “comunidade” Airbnb não repousa sobre uma declaração formal de intenções com respeito à não-discriminação de hóspedes com base em etnia, sexo, estado civil ou religião, mas sobre a ameaça de suspensão efetiva de anfitriões que desrespeitarem seus termos.³ Em suma, o Airbnb estabelece um ordenamento próprio, de caráter impositivo a todos os membros provenientes das mais diferentes nacionalidades que fazem parte de sua autoproclamada “comunidade”.

Mas com que autoridade o Airbnb pode estabelecer regras a serem obedecidas nos lares de milhares de pessoas ao redor do mundo, sendo que a plataforma não é proprietária de sequer um dos quartos que disponibiliza em seu site? Qual a natureza jurídica do compromisso da “comunidade” Airbnb, que parece desconhecer fronteiras e territórios nacionais? Indo mais além, qual será a instância decisória apta a dirimir eventuais conflitos entre o Airbnb e hóspedes que sentirem indevidamente afetados pelas normas da plataforma?

Antes de procurar respostas a essas e outras perguntas, cumpre dizer que a “comunidade” Airbnb não é um caso isolado. Longe disso, representa uma tendência nos modos de interação no espaço transnacional de uma economia globalizada. O Uber, serviço de transporte urbano presente em centenas de cidades ao redor do mundo sem possuir sequer um carro, e o Facebook, maior mídia mundial que não produz qualquer conteúdo, são bons exemplos de plataformas semelhantes ao Airbnb e que estão presentes em nosso cotidiano. Esses exemplos, contudo, parecem se tratar apenas dos mais visíveis para os cidadãos e cidadãs comuns. O espaço transnacional é muito mais diversificado, com uma gama quase infinita de possibilidades de interações que vem sendo desenvolvidas há pelo menos três décadas – dos primórdios da moderna *lex mercatoria* às atuais discussões sobre o ciberespaço, passando por regulamentos sobre pesquisas científicas ou entidades esportivas.

Graças à intensificação de uma série de processos de encurtamento de distâncias e de difusão de informações - comumente agrupados sob o termo globalização⁴ - foi possível que regimes jurídicos de natureza privada se espa-

² AIRBNB. **Política de Não Discriminação do Airbnb**: Nosso compromisso com a inclusão e o respeito. 2016. Disponível em: <<https://www.airbnb.com.br/help/article/1405/airbnb-s-nondiscrimination-policy--our-commitment-to-inclusion-and-respect>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

³ Consta na declaração da plataforma, por exemplo: “Se o anfitrião indevidamente recusar hóspedes sob a base de classes protegidas ou usar discursos que demonstrem que suas ações foram motivadas por fatores proibidos por essa política, o Airbnb tomará as medidas cabíveis para reforçar essa política, incluindo a suspensão do anfitrião da plataforma.” Ibid.

⁴ Para os fins desse trabalho, entende-se por globalização a seguinte descrição genérica feita por Gunther Teubner: “globalização é um processo policêntrico onde, simultaneamente, diferentes áreas da vida rompem seus limites regionais e cada uma delas constitui setores autônomos globais para si próprias.” TEUBNER, Gunther. *Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centred Constitutional Theory*. In: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (eds.). **Transnational Governance and Constitutionalism**. Oxford: Hart Publishing,

lhassem ao redor do globo, o que provocou alterações nos padrões de constituição do direito, tradicionalmente ligados à figura dos juízes e legisladores estatais. A consequência mais evidente desse processo foi certamente o declínio da capacidade dos Estados controlarem a produção e a aplicação do direito, especialmente no domínio econômico. Os inéditos tipos de interação jurídica insurgentes se tornaram cada vez mais especializados e complexos, não raro enxergando a gramática estatal como desnecessária ou indesejável.

Nem direito produzido por órgãos legislativos ou tribunais estatais, nem regramento oriundo de tratados ou organizações interestatais: os novos ordenamentos jurídicos que regulam diferentes esferas sociais pairam acima da autoridade política e territorial dos Estados. Isso significa contornar possíveis obstáculos burocráticos característicos do judiciário da maioria dos países, mas também implica em todo um conjunto de normas e procedimentos que passa ao largo da vigilância de instituições criadas para defender os interesses dos cidadãos e cidadãs, cujas vidas podem ser impactadas pelas decisões tomadas nas altas cúpulas corporativas.

Focar-se nos contextos jurídicos nacionais torna-se algo problemático quando se tem em vista, por exemplo, a força que uma *soft law* como a *lex mercatoria* traz consigo em termos de vinculação de atores e resolução de disputas no cenário de trocas comerciais globalizadas. O mesmo parece servir para quem busca compreender os contornos da “comunidade” Airbnb, que não existe apenas no plano imaginário de seus fundadores, mas constitui um instrumento apto para fazer valer as regras da plataforma nos mais diferentes territórios – ou, mais especificamente, no próprio lar de seus usuários.

Ao procurar descrever os padrões de funcionamento do direito global, Gunther Teubner sugeriu que os novos ordenamentos jurídicos transnacionais são processos que organizam a si próprios, contratos que se autovalidam sem necessariamente estarem vinculados ao direito estatal. No âmbito transnacional, o único código necessário é o binário (direito/não direito) que “distingue o direito *global* de processos econômicos e outros processos sociais”, associado a uma vigência global que “delimita o direito *global* de fenômenos jurídicos nacionais e internacionais.”⁵ Através de um *closed circuit arbitration*⁶, é

2004. p. 13. Todas as traduções do inglês são livres. Citações mais longas e diretas no corpo do texto são acompanhadas do original em nota de rodapé.

⁵ TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a emergência de um pluralismo jurídico internacional. **Impulso**: Revista de Ciências Sociais e Humanas, Piracicaba, Unicamp, v. 14, n. 33, p. 9-32, 2003. p. 18.

⁶ “Trata-se de um contrato auto-regulador que transcende a simples relação de intercâmbio econômico, na medida em que cria um ordenamento jurídico privado autônomo com pretensão de validade universal. Ao lado de regras substantivas, tais contratos contêm também prescrições que remetem a solução de conflitos a uma corte arbitral, simultaneamente idêntica ao grêmio que originariamente criou o contrato modelo. Nisso consiste o *closed circuit*.” *Ibid.*, p. 22.

possível dissolver os paradoxos contidos na ideia da autovalidação dos contratos e tornar viável uma forma de estabelecer vínculos entre as partes.

Trata-se aqui de direito criado e impulsionado pela prática de atores globais, que respeitam as regras que criam mesmo sem a ameaça de sanções amparadas nas antigas formas da coerção estatal. De imediato, percebe-se que somente uma teoria pluralista da produção de normas pode dar conta desse processo de forma conceitual. Ciente desse fato, Teubner irá, em um primeiro momento, recuperar a ideia do “direito vivo” de Eugen Ehrlich como inspiração para suas reflexões teóricas, na tentativa de compreender as dinâmicas do novo direito global.

Ao afirmar que “não é a política, mas a própria sociedade civil que cria para si mesma o seu *direito vivo* – a uma distância relativa, e mesmo em oposição à política”⁷, Ehrlich teria concebido um prognóstico que, de acordo com Teubner, viria a se mostrar correto em relação ao ordenamento jurídico mundial em vias de formação. Ainda que a natureza dos vínculos desse direito não seja exatamente a mesma comparado ao que Ehrlich tinha em mente quando desenvolveu sua concepção⁸, a imagem de um direito construído às margens da política revelou-se bastante verdadeira.⁹

Posteriormente, Teubner passou a adotar uma abordagem sociológica do direito global mais refinada, a partir da problemática de um constitucionalismo sem estado¹⁰ – apontando para as tendências de constitucionalização dos

⁷ *Ibid.*, p. 10.

⁸ “Ehrlich, naturalmente, transfigura e idealiza aqui o papel criador de direito dos costumes, usos e práticas em sociedades rurais. No entanto, nos processos de globalização do presente, o seu *direito vivo* adquire um outro significado, bastante dramático. Baseia-se em processos sociais técnicos e frios, não em vínculos que recendem à familiaridade comunitária.” TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a emergência de um pluralismo jurídico internacional. *Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas*, Piracicaba, Unicamp, v. 14, n. 33, p. 9-32, 2003. p. 14.

⁹ “O que podemos observar hoje em dia, em matéria de globalização, não é a sociedade mundial paulatinamente configurada pela política internacional, mas um processo extremamente contraditório, integralmente fragmentado de globalização, impulsionado pelos sistemas parciais individuais da sociedade em velocidades distintas. Em tais processos, a política não apenas perdeu o seu papel de liderança, mas regrediu nitidamente em comparação com outras áreas parciais da sociedade.” *Ibid.*, p. 12.

¹⁰ Inspirado pela teoria do *societal constitutionalism* elaborada pelo sociólogo norte-americano David Sculli, Teubner consegue não apenas dissociar Estado e direito (coisa que a tradição ligada ao pluralismo jurídico já havia feito), mas pensar a emergência de constituições civis fora de seu *habitat* natural, o Estado moderno. Isso significa a quebra de um tabu no âmbito da teoria constitucional, mas uma quebra necessária segundo Teubner: “essa fórmula [o constitucionalismo sem Estado] definitivamente não é uma demanda normativa abstrata por futuros remotos e incertos, mas a asserção de uma tendência real que atualmente pode ser observada em escala mundial.” TEUBNER, *op.cit.*, 2004, p. 5. A alternativa do constitucionalismo dissociado do Estado seria mais realista, segundo Teubner, do que a ideia de uma constituição global através de um Estado mundial. Um constitucionalismo sem Estado também não é algo totalmente estranho a Cover, que afirma ao final de seu ensaio “Nomos e Narrativa”: “do mesmo modo que o constitucionalismo pode legitimar o Estado, também pode legitimar, a partir de uma estrutura

regimes jurídicos transnacionais. Nesse cenário, a questão normativa não versa mais sobre como constitucionalizar esferas sociais globais até então supostamente livres de qualquer regulação constitucional, mas sim sobre como estabelecer o papel da política em face de “sub-constituições” transnacionais.¹¹

Contestando a noção de que o constitucionalismo foi enfraquecido por conta da transferência de responsabilidades outrora assumidas pelo Estado para o âmbito de atores transnacionais privados, Teubner afirma que as novas dinâmicas implicaram, na verdade, na transformação de um sistema constitucional transnacional já existente – e não na criação de novas constituições onde não haveria qualquer traço delas. Uma vez que é difícil reconhecer um sujeito equivalente, a nível transnacional, ao que o Estado representa para as constituições nacionais, essa nova realidade constitucional existente, baseada em fragmentos, tende a permanecer oculta aos olhos de muitas pessoas.¹²

Essa fragmentação poderia sugerir a necessidade da adoção de um cosmopolitismo de feições unitárias, com base no direito internacional. Teubner, porém, descarta alternativas desse tipo: em vez de entender a fragmentação como uma possível deficiência a ser eliminada, prefere abandonar os projetos de uma constituição global unitária e concentrar sua atenção na forma como os diferentes fragmentos entram em conflito entre si. No lugar de um direito unitário, sugere a existência, a nível global, de um “conflito constitucional de leis”.¹³ A tese de que há uma multiplicidade de constituições civis criadas por subsistemas autônomos da sociedade mundial¹⁴ leva a reconsiderar o binômio regulação/autonomia no âmbito dos regimes jurídicos transnacionais. Adotando uma perspectiva sistêmica sobre o papel histórico das constituições¹⁵, Teubner escapa da noção de constitucionalização como mera imposição de restrições ao poder, seja ele político (em sua versão estatal) ou econômico (como no caso dos grandes corporações transnacionais).

distinta, comunidades e movimentos.” COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**, Paper 2705, 1983. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705>. Acesso em: 5 dez. 2016. p. 68.

¹¹ TEUBNER, Gunther. **Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization**. Oxford University Press, 2012. p. 7.

¹² *Ibid.*, p. 8.

¹³ TEUBNER, Gunther. **Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization**. Oxford University Press, 2012. p. 13.

¹⁴ TEUBNER, Gunther. Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centred Constitutional Theory. In: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (eds.). **Transnational Governance and Constitutionalism**. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 5.

¹⁵ “De um ponto de vista sistêmico, o papel histórico da constituição não é - especialmente quando se trata de direitos fundamentais - exaurido na normatização da organização do Estado ou dos direitos individuais, mas consiste principalmente na garantia da multiplicidade da diferenciação social contra tendências sufocantes.” *Ibid.*, p. 9.

Há um princípio generativo do direito imbricado nessa concepção, que aponta para uma regulação normativa de práticas sociais em um nível transnacional sem que seja necessário recorrer à gramática da legalidade estatal. Isso significa que dinâmicas próprias dão origem a padrões distintos de regulação em cada subsistema – seja no mercado global, na internet ou em organizações internacionais privadas nos campos da ciência, esporte ou educação.

Em linhas gerais, a abordagem predominantemente descritiva de Teubner parece dar conta do contexto onde a ideia de uma “comunidade” Airbnb se torna plausível. Mas as questões anteriormente suscitadas – sobre o tipo de autoridade presente, a natureza jurídica do compromisso e a existência ou não de instâncias decisórias – em certa medida permanecem. Torna-se então necessário compreender com que tipo de direito estamos lidando nesses casos e, antes disso, que tipo de metodologia utilizar para compreendê-lo: mesmo que a crescente bibliografia sobre regimes transnacionais não demonstre qualquer relutância em reconhecer os novos ordenamentos como fontes de direito, aparecem notáveis divergências quanto à melhor abordagem a ser empregada.

No mínimo, é possível afirmar que as tradicionais concepções de direito assentadas na produção doutrinária especializada ou na formação de quadros burocráticos para o Estado não podem dar conta da complexidade e do dinamismo do direito que emerge da globalização.¹⁶ O mesmo vale para toda e qualquer visão que seja incapaz de dissociar o direito da figura do Estado. O discurso da globalização é marcado por tendências anti-formais do direito, e parece pouco provável que esse cenário venha a ser revertido por uma ação política conjunta dos Estados no plano internacional.¹⁷ Trata-se de um cenário “pós-formalista” que exige novas formas de pensar o direito capazes de contemplar em suas estruturas os problemas advindos das dinâmicas autônomas do direito global. Consequentemente, visões não *estatistas*¹⁸ do direito ganham força.

As diferentes concepções de pluralismo jurídico – termo consolidado em diversas áreas do conhecimento, mas cujos desenvolvimentos teóricos são bastante problemáticos (para não dizer precários)¹⁹ – emergem nesse contexto

¹⁶ DEZALAY, Ives; TRUBEK, David M. A Reestruturação Global e o Direito. In: FARIA, José Eduardo. **Direito e Globalização Econômica**. São Paulo: Malheiros, 1996.

¹⁷ Sobre as possibilidades que o direito internacional ainda pode ter de controlar os efeitos radicais da globalização, ver HABERMAS, Jürgen. A constitucionalização do direito internacional ainda tem uma chance? In: _____. **O ocidente dividido**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006. cap. 4, p. 115-204.

¹⁸ Utiliza-se esse conceito como uma tradução do termo de língua inglesa *state-centred*, cujo significado é ligeiramente distinto da expressão “estatal”. A expressão utilizada busca transmitir a ênfase dada ao fundamento teórico da visão, de certa forma antagônico à forma estatal, e não apenas como algo que se localiza fora dos domínios estatais.

¹⁹ A esse respeito, ver TAMANAHA, Brian. Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global, **Sydney Law Review**, v. 30, n. 2, p. 375-411, 2008.

como formas privilegiadas de se observar o fenômeno jurídico, ainda que sejam anteriores ao aparecimento dos regimes jurídicos transnacionais.²⁰ Foge ao escopo deste artigo dar conta dos extensos debates conceituais a respeito do que se pode ou não considerar como pluralismo jurídico nas mais diversas situações. E isso talvez não seja nem mesmo necessário, tendo em vista os fenômenos que nos interessam: importa constatar a presença de regimes jurídicos transnacionais justapostos ao direito estatal e/ou oriundo de tratados internacionais entre países, isto é, a existência de situações onde agentes tenham de lidar, concomitantemente, com mais de um tipo de direito em suas práticas.

Cumpre notar que, embora os regimes próprios de cada sistema tenham atingindo considerável grau de autonomia, o direito estatal não foi completamente retirado de cena. O caso do Airbnb é bastante ilustrativo nesse ponto: a plataforma reconhece expressamente que “algumas jurisdições permitem, ou exigem, distinções entre os indivíduos com base em fatores, tais como nacionalidade, sexo, estado civil ou orientação sexual”²¹, de modo a não exigir que os anfitriões, ao respeitarem as regras da “comunidade”, violem a legislação local e estejam sujeitos a processos legais. Apesar de não reconhecer fronteiras no que tange à constituição de seus membros, a “comunidade” Airbnb evita afrontar o poder que os Estados detêm para impor legislações próprias em seus territórios, reconhecendo sua soberania.²²

Essas considerações preliminares sobre os novos ordenamentos jurídicos transnacionais, ilustrados pela “comunidade” Airbnb, servem para nos situar diante do objetivo principal deste artigo: reconsiderar a obra do jurista norte-americano Robert Cover para compreender as dinâmicas do direito global. A primeira justificativa para retomar seu pensamento reside no reconhecimento de que atores e comunidades possam contar com suas próprias criações jurídicas paralelamente à existência de normas estatais. O autor, aliás,

²⁰ Conforme mostra Brian Tamanaha, o pluralismo jurídico era uma situação comum na Idade Média e no tempo da colonização das potências europeias nas Américas e no Oriente. *Ibid.*

²¹ AIRBNB. **Política de Não Discriminação do Airbnb**: Nosso compromisso com a inclusão e o respeito. 2016. Disponível em: <<https://www.airbnb.com.br/help/article/1405/airbnb-s-nondiscrimination-policy--our-commitment-to-inclusion-and-respect>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

²² Esse respeito, evidentemente, se deve ao fato de que o Airbnb não pretende se responsabilizar por possíveis sanções legais a seus usuários, e não porque concorde com as legislações de determinados Estados. A plataforma afirma que irá se “familiarizar com todas as leis federais, estaduais e locais aplicáveis que se referem a alojamentos e locais públicos de acomodação”. No caso dos Estados Unidos e União Europeia, porém, estabelece diretrizes precisas a serem seguidas, deixando implícito que as legislações dos países envolvidos são plenamente adequadas aos termos do compromisso da “comunidade”. AIRBNB. **Política de Não Discriminação do Airbnb**: Nosso compromisso com a inclusão e o respeito. 2016. Disponível em: <<https://www.airbnb.com.br/help/article/1405/airbnb-s-nondiscrimination-policy--our-commitment-to-inclusion-and-respect>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

chega a ir mais longe: ao afirmar que o Estado não possui privilégio na elaboração do direito, Cover sugere que a criação de significado jurídico é uma atividade essencialmente cultural inteiramente aberta a grupos menores.

O direito global, evidentemente, vai além disso: há dinâmicas próprias que foram sendo estabelecidas à medida de seu avanço e que Cover, por mais que tivesse se concentrado no estudo do tema, não poderia prever.²³ Isso não significa, porém, que sua obra esteja fatalmente desatualizada para lidar com esse tipo de questão. Em sua maior parte, seus *insights* continuam válidos não porque tenham abrangido todo um cenário de desenvolvimentos possíveis, mas porque demonstram uma compreensão do fenômeno jurídico que não se limita facilmente a circunstâncias temporais. Seguindo a linha de autores como Paul Schiff Berman e Jeffrey Dunoff – cujos trabalhos são discutidos na próxima seção – esse artigo procura mostrar não apenas que é possível adaptar os conceitos centrais de Cover conforme as novas tendências jurídicas, mas que seu pensamento também pode ajudar a compreendê-las de uma forma inovadora.

3. A JURISGENESIS DE UM NOMOS GLOBAL

Em 1983, antes da eclosão do debate sobre um possível direito global, Cover publicava um ensaio intitulado “Nomos e Narrativa”, cujo tom de desafio às concepções jurídicas tradicionais se percebe desde as primeiras linhas:

Nós habitamos um *nomos* - um universo normativo. Nós constantemente criamos e mantemos um mundo de certo e errado, lícito e ilícito, válido e inválido. O estudante de direito até pode chegar a identificar o mundo normativo com a parafernália profissional do controle social. As regras e princípios de justiça, as instituições formais do direito e as convenções de uma ordem social são, de fato, importantes para esse mundo; contudo, elas são apenas uma pequena parte do universo normativo que deveria chamar nossa atenção. Nenhum conjunto de instituições ou preceitos legais existe separado das narrativas que o situam e lhe dão sentido.²⁴

²³ Robert Cover veio a falecer em julho de 1986, vítima de um ataque cardíaco, com apenas 42 anos de idade. O desenvolvimento do direito global de que estamos tratando é, fundamentalmente, posterior a esta data.

²⁴ No original: “We inhabit a *nomos* – a normative universe. We constantly create and maintain a world of right and wrong, of lawful and unlawful, of valid and void. The student of law may come to identify the normative world with the professional paraphernalia of social control. The rules and principles of justice, the formal institutions of the law, and the conventions of a social order are, indeed, important to that world; they are, however, but a small part of the normative universe that ought to claim our attention. No set of legal institutions or prescriptions exists apart from the narratives that locate it and give it meaning.” COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. *Yale Law School Faculty Scholarship*

Em outras palavras, Cover entende o direito não como um sistema de regras a serem observadas, mas um verdadeiro mundo no qual vivemos.²⁵ O direito dá vazão a um *nomos*, um universo normativo que é “tão ‘nosso mundo’ quanto o universo físico de massa, energia e movimento”²⁶. E esse universo é mantido pela força de compromissos interpretativos que determinam o que o direito significa e o que ele deverá se tornar.²⁷ Por meio de narrativas que lhe dão forma, o direito funciona assim como um “sistema de tensão ou uma ponte ligando um conceito da realidade a uma alternativa imaginada”²⁸.

Na visão de Cover, a criação de significado jurídico (*jurisgenesis*) é um processo coletivo ou social essencialmente enraizado em um meio cultural²⁹ – por meio da *jurisgenesis*, grupos ou comunidades não apenas criam regras, mas instituem novos mundos. E a centralidade comumente atribuída ao Estado nesse processo não decorre, segundo Cover, de uma capacidade superior para a criação do direito, mas unicamente porque o Estado é capaz de garantir, através da violência, o comprometimento³⁰ necessário para a afirmação do significado jurídico. Ao negar que o direito estatal seja *qualitativamente* melhor do que as normas criadas por grupos e comunidades com base em preceitos religiosos ou em identidades sociais, Cover já parece afinado com as tendências do direito global que viriam a se afirmar posteriormente.

Enquanto Teubner afirma, por exemplo, que somente depois de um longo debate – sobre a consideração ou não de eventos discursivos como elementos dos ordenamentos jurídicos – “verificou-se que não faz sentido buscar um critério para a distinção entre normas sociais e normas jurídicas”³¹, Cover demonstra já haver constatado esse fato ao conceber a ideia do *nomos*, cuja

Series, Paper 2705, 1983. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705>. Acesso em: 5 dez. 2016. p. 4.

²⁵ Ibid., p. 5.

²⁶ No original: “This *nomos* is as much ‘our world’ as is the physical universe of mass, energy, and momentum.” Loc. cit.

²⁷ Ibid., p. 7.

²⁸ No original: “Law may be viewed as a system of tension or a bridge linking a concept of a reality to an imagined .alternative”. p. 9.

²⁹ Ibid., p. 11.

³⁰ Esses compromissos passam muitas vezes despercebidos no âmbito do direito estatal, que pode contar com o recurso da coerção legal para impor suas decisões políticas e jurídicas. Porém, ao atentar para a existência de uma estrutura de cooperação que funciona como vínculo entre a palavra do juiz e a situação fática por ela pretendida, Cover revela uma conexão imprescindível entre a interpretação legal e a violência, de modo que uma não possa ser compreendida separada da outra. A questão da violência no pensamento de Cover será observada mais detalhadamente na última seção desse artigo. COVER, Robert. Violence and the Word. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**, Paper 2708, 1986. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2708>. Acesso em: 5 dez. 2016. p. 1601.

³¹ TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a emergência de um pluralismo jurídico internacional. **Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas**, Piracicaba, Unicamp, v. 14, n. 33, p. 9-32, 2003. p. 19.

ênfase recai em boa medida sobre a natureza comunicacional do direito.³² Os modelos de normas sociais/jurídicas que o autor tinha em mente, é claro, eram distintos das práticas autoregulatórias dos regimes transnacionais.

Inicialmente, o que chama a atenção de Cover é a forma com que comunidades religiosas como os *amish* e os menonitas, por exemplo, tendem a constituir seus próprios *nomoi* baseados em textos fundamentais e escrituras sagradas. Da pretensão de constituir universos normativos à margem do direito estatal, Cover identifica uma forma de *jurisgenesis* batizada por ele de *autonomia insular*.³³ Quando não há pretensão de constituir um *nomos* sectário, mas de transformar o significado constitucional dentro do próprio âmbito estatal, a *jurisgenesis* assume outra forma, batizada por Cover de *constitucionalismo redentor*. Esse registro compreende grupos e instituições que procuram modificar o direito a partir de diferentes narrativas sobre a realidade, com objetivos integrativos, e não sectários.³⁴

Mas ainda que as comunidades religiosas tenham funcionado como sua principal fonte de inspiração para descrever os processos de *jurisgenesis*, Cover de forma alguma excluiu outras possibilidades. Menciona expressamente, inclusive, que os direitos corporativo e de propriedade também funcionam como bases para criação de reservas insulares nômicas. Ainda que os exemplos trazidos a respeito sejam de natureza ligeiramente distinta aos do direito global³⁵,

³² “Os preceitos e princípios legais não são apenas exigências feitas sobre nós pela sociedade, o povo, o soberano, ou Deus. São também signos através dos quais nos comunicamos com os outros.” COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**, Paper 2705, 1983. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705>. Acesso em: 5 dez. 2016. p. 8.

³³ Trata-se de casos em que comunidades social e/ou territorialmente coesas, com pretensões de soberania na aplicação de seus próprios preceitos, estabelecem significados próprios para interpretar os princípios constitucionais dos Estados onde se localizam. As comunidades descritas pelo autor respeitam as normas do Estado (no caso, a Constituição Americana), mas negam terminantemente o monopólio estatal da interpretação sobre o direito. Nasce daí uma luta constante para definir e manter a independência de seus *nomoi* em relação ao Estado, uma vez que este detém a violência necessária para destruí-los. As narrativas *amish* e menonita são, não por acaso, marcadas pela resistência e, sobretudo, pela adaptação a mudanças, dada a dificuldade da tarefa de procurar um lugar seguro para poder viver conforme seus preceitos. Do ponto de vista da legalidade estatal, é plenamente justificável que os Estados não estejam facilmente inclinados a aceitar a afirmação de um *nomos* autônomo dentro de seus domínios. Como afirma Cover, “cada grupo deve acomodar dentro de seu próprio mundo normativo a realidade objetiva do outro”, o que costuma resultar em conflitos interpretativos ou mesmo sangrentos. *Ibid.*, p. 28-9.

³⁴ COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**, Paper 2705, 1983. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705>. Acesso em: 5 dez. 2016. p. 34.

³⁵ Nesse ponto, Cover tinha em mente os exemplos de empresas que criavam e aplicavam normas próprias em povoados e vilarejos que se formavam junto aos locais onde seus empreendimentos eram realizados, como fábricas e minas.

o autor observa que “o direito corporativo moderno segue carregando o caráter formal de uma concessão para estabelecer uma autoridade criadora de normas”³⁶.

Ainda mais notável, porém, é uma consideração que vêm logo a seguir: a questão relevante não é, segundo Cover, que a criação de normas seja conduzida por uma autoridade religiosa ou pelo direito de propriedade (ou por regimes privados transnacionais, poderíamos acrescentar), mas que, de tempos em tempos, distintos grupos utilizam tais instrumentos “para criar um *nomos* completo – um mundo integrado de obrigação e realidade a partir do qual se percebe o resto do mundo.”³⁷ Essa observação facilita que se identifique, no caso dos ordenamentos transnacionais, o estabelecimento de um – ou de múltiplos – *nomos* sem incorrer em uma atualização imprópria de seu pensamento. É bem possível imaginar, por exemplo, que a “comunidade” Airbnb, ao impor regras de conduta aos seus usuários, tenha estabelecido ou esteja caminhando para o estabelecimento de um *nomos*.

Toda vez que um determinado ator global (ou um subsistema, à maneira dos fragmentos constitucionais de Teubner) constitui um *nomos* próprio, estamos em face do que Cover chama de *mitose normativa*.³⁸ No caso do direito global, porém, essa mitose normativa parece contar com narrativas fundantes um tanto distintas daquelas que Cover concebera inicialmente.³⁹ Se Teubner estiver correto ao tratar da formação de constituições civis para cada subsistema, então a base dos ordenamentos jurídicos transnacionais não pode ser identificada apenas com o direito corporativo ou de propriedade, tampouco com a liberdade de associação⁴⁰ normalmente estabelecida pelas constituições

³⁶ No original: “modern corporation law continues to bear the formal character of a grant of norm-generating authority.” *Ibid.*, p. 31.

³⁷ No original: “to create an entire *nomos* – na integrated world of obligation and reality from which the rest of the world is perceived.” *Loc. cit.*

³⁸ “Nesse ponto de transformação radical de perspectiva, o marco legal - não importa se for um contrato, o livre exercício de religião, a propriedade ou o direito corporativo - se torna mais do que uma regra: torna-se constitutivo de um mundo. Nós testemunhamos uma mitose normativa. Um mundo é virado do avesso; um muro começa a se formar, e seu formato difere dependendo de qual lado do muro nossas narrativas nos posicionam.” *Loc. cit.*

³⁹ Segundo Cover, “é típico que as comunidades que contam com uma visão total sobre a vida, com um *nomos* inteiramente próprio, encontrem seus próprios textos fundantes para os aspectos gerados de normas de suas vidas coletivas.” COVER, Robert. *The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. Yale Law School Faculty Scholarship Series*, Paper 2705, 1983. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705>. Acesso em: 5 dez. 2016. p. 32. Os exemplos mais recorrentes são textos religiosos, como o Novo Testamento e a Torá, e as diferentes interpretações que os grupos e comunidades procuram seguir. É de se perguntar se tais narrativas totalizantes desaparecem com a fragmentação provocada pela globalização ou se outras grandes narrativas - como a ideia de livre mercado e o discurso técnico do progresso, por exemplo - passam a ocupar o lugar deixado por aquelas narrativas preocupadas na formação de um *ethos* comunitário.

⁴⁰ “A liberdade de associação é a mais geral das categorias doutrinárias da Constituição que tratam da criação e manutenção de uma vida comum, precondição social para a existência de um *nomos*.” *Ibid.*, p. 32.

estatais, hipóteses de narrativas mencionadas por Cover. A capacidade *juris-genética* dessas ordens certamente extrapola qualquer delimitação encontrada nos textos estatais, encontrando sua fonte no desenvolvimento autônomo de subáreas da vida social.

Isso significa não ser preciso resistir às tentativas de invasão de seu próprio *nomos* por parte do Estado, como acontece com as comunidades religiosas identificadas por Cover. Ao contrário, parece que o próprio Estado é quem encontra dificuldades em lidar com a multiplicidade de *nomoi* globais que vão se constituindo à sua revelia, desafiando sua autoridade. Dentro dos modelos de autonomia insular e constitucionalismo redentor, o novo direito global pode ser classificado sob a rubrica do primeiro, mas trata-se de uma insularidade que, ao contrário, das comunidades analisadas por Cover, não pede licença ao Estado para constituir seu próprio direito, muito menos para existir.

Isso significa esquivar-se de uma parte do processo de criação de significado jurídico que Cover considera fundamental em sua análise: o âmbito dos tribunais estatais, definidos por ele como *jurispáticos*⁴¹ – responsáveis por solucionar os inevitáveis impasses surgidos da produção incontrolável de significados jurídicos. Para Cover, o problema que se apresenta comumente aos tribunais não é a existência de um direito incerto como afirmam alguns teóricos, mas a existência de direito em demasia, consequência da capacidade inesgotável da *jurisgenesis*.

Mas direito em demasia pode não ser necessariamente um problema em todos os casos. Tratando especificamente do direito global, Paul Schiff Berman encontrou no terreno fértil da *jurisgenesis* de Cover uma inspiração para sua proposta de pluralismo jurídico.⁴² Berman sugere que, diante da realidade “híbrida”⁴³ do direito em questão, posições universalistas ou de afirmação da soberania estatal tendem a se mostrar insustentáveis na prática.⁴⁴ Em linhas gerais, sua posição é a de que nenhuma resposta unitária dada de antemão pode ser minimamente satisfatória no âmbito do pluralismo legal global. Esse diagnóstico impele o autor a adotar uma abordagem que valorize o potencial dos

⁴¹ Ao tratar dos tribunais, Cover recoloca uma vez mais a questão da violência dentro da *jurisgenesis*: “o princípio jurisgenético através do qual o significado jurídico prolifera em todas as comunidades nunca existe apartado da violência. A interpretação sempre se dá à sombra da coerção. E a partir desse fato podemos reconhecer um papel especial para os tribunais. Os tribunais, ao menos os estatais, são caracteristicamente *jurispáticos*.” *Ibid.*, p. 40.

⁴² Na linha de Brian Tamanha, Berman toma uma posição não essencialista sobre o direito: considera direito aquilo que as pessoas e os atores institucionais consideram como tal dentro do contexto de suas práticas cotidianas. BERMAN, Paul Schiff. *Global Legal Pluralism*. **Southern California Law Review**, v. 80, p. 1155-1237, 2007. p. 1179.

⁴³ O termo utilizado por Berman é *hybridity*, que poderia ser traduzido por algo como “hibridismo”. Para não incorrer em neologismos desnecessários, procuramos evitar seu uso, substituindo-o por expressões que comportem palavras existentes em nosso vocabulário.

⁴⁴ BERMAN, Paul Schiff. *Global Legal Pluralism*. **Southern California Law Review**, v. 80, p. 1155-1237, 2007. p. 1165.

atores globais criarem suas próprias normas e procedimentos, intercambiáveis quando são estabelecidas interações com outros atores – sejam eles órgãos internacionais, corporações ou Estados nacionais.

Sem propor soluções que visem erradicar os conflitos normativos que emergem no âmbito transnacional, Berman opta por uma abordagem predominante descritiva⁴⁵, capaz de reconhecer e incentivar mecanismos procedimentais e instituições mais aptos a colocar os participantes do direito global em um “espaço social comum”⁴⁶. Apoiando-se também em um trabalho menos conhecido de Cover⁴⁷, Berman conclui que, dentro do contexto de interações transnacionais – assim Cover identificar em relação ao federalismo norte-americano⁴⁸ – o princípio anárquico da *jurisgenesis* deve ser mais estimulado do que controlado se quisermos desenvolver melhores alternativas para lidar com o direito emergente. Para ilustrar seu argumento, o autor menciona uma série de procedimentos e mecanismos institucionais utilizados por diversos atores na tentativa de resolução de seus conflitos⁴⁹, apontando para o potencial de diálogo e de cooperação contido em cada uma dessas práticas.

Outro autor que recupera o trabalho de Robert Cover para entender as dinâmicas da globalização jurídica é Jeffrey Dunoff – com um propósito, entretanto, um pouco distinto. Se Berman quer fazer da *jurisgenesis* um princípio norteador para o direito global “híbrido”, Dunoff procura mostrar, ao retomar Cover, que a metodologia utilizada pela maioria dos estudiosos do assunto encontra-se parcialmente desfocada. Utilizando-se dos *insights* presentes em “Nomos e Narrativa”, Dunoff mostra que a prática dos tribunais internacionais – que costuma ser o foco das pesquisas acadêmicas em matéria de direito global

⁴⁵ “Consequentemente, ao invés de se apegar à esperança vã de que afirmações unitárias de um direito autoritário possam ser definitivas, o pluralismo reconhece a inevitabilidade - se é que nem sempre desejável - do hibridismo. O pluralismo é, portanto, principalmente uma ferramenta descritiva, e não normativa. Ele observa que vários atores seguem normas e estuda as interações decorrentes, mas sem propor uma hierarquia de normas substantivas ou valores.” *Ibid.*, p. 1166.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 1193.

⁴⁷ Ver COVER, Robert. The Uses of Jurisdictional Redundancy: Interest, Ideology, and Innovation. *William & Mary Law Review*, v. 22, n. 4, 1981. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2313&context=wmlr>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

⁴⁸ Berman compara a sobreposição entre tribunais estaduais e federais nos Estados Unidos - questão já tratada por Cover - com aquela que ocorre entre tribunais nacionais e internacionais, chegando à conclusão de que, nos dois casos, a mera afirmação da soberania de determinado ente sobre outro pouco contribui para captar a realidade jurídica na era da globalização. Ver BERMAN, Paul Schiff. Federalism and International Law Through the Lens of Legal Pluralism. *Missouri Law Review*, v. 73, n. 4, p. 1149-1184, 2008.

⁴⁹ Os exemplos de Berman são variados: interações dialéticas legais (entre tribunais e autoridades reguladoras nacionais e internacionais), margens de apreciação (cláusulas mais flexíveis para a adoção de normas comunitárias dentro de cada país), regimes com autonomia limitada, esquemas de subsidiariedade de regras, redundâncias jurisdicionais, arranjos de participação híbrida, regimes de reconhecimento mútuo e os acordos “safe harbor” (quando empresas com atividades no exterior se submetem voluntariamente a diretrizes estrangeiras, como as emanadas pela União Europeia).

– só pode desempenhar um papel muito limitado no entendimento dos complexos desafios provocados pelo fenômeno da interação entre regimes (*regime interaction*).⁵⁰

Seu ponto de partida é o de que podemos compreender os atores envolvidos em regimes legais internacionais como participantes de comunidades normativas que produzem direito (*law-making normative communities*) no mesmo sentido entrevisto por Cover em relação às comunidades e grupos presentes nos Estados Unidos.⁵¹ Como exemplo, Dunoff aponta para o regime dos direitos humanos e a “comunidade” internacional formada em torno dele. Ao servir como orientação para as ações de ONGs, advogados e militantes, a narrativa dos direitos humanos introduz uma série de princípios normativos e de ferramentas conceituais, além de um vocabulário especializado que vai sendo desenvolvido pelos participantes que aderem ao “movimento”. Não é difícil perceber, por exemplo, que a “comunidade” Airbnb faz do discurso dos direitos humanos sua narrativa fundante, baseada no respeito pela diversidade e na proibição da discriminação.⁵²

Dunoff reconhece que a sua analogia, apesar de produtiva, está longe de ser perfeita – ser membro de comunidades religiosas mutuamente excluídas em razão da divergência de seus princípios é algo muito distinto de ser um ator no plano internacional tendo que lidar com uma multiplicidade de regimes concorrentes.⁵³ Mas o autor aponta uma modificação ainda mais importante em relação ao *nomos* tal como Cover o concebera: o simples fato de que não há, no contexto transnacional, tribunais *jurispáticos* capazes de invocarem narrativas redentoras (*redemptive narratives*) diante de conflitos entre normas estatais e não-estatais. Mais que isso, a própria ideia de uma narrativa redentora capaz de ordenar o direito global parece difícil de ser concebida, se não for o caso de se revelar indesejável.⁵⁴

Dada a ausência de narrativas redentoras, os tribunais internacionais não dispõem da autoridade ou das ferramentas necessárias para impor seus

⁵⁰ DUNOFF, Jeffrey. A New Approach to Regime Interaction. In: YOUNG, Margaret (ed.). **Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation**. Cambridge: University Press, 2012. p. 144.

⁵¹ *Ibid.*, p. 150.

⁵² Nesse ponto, caberia perguntar até que ponto não prejudica a adoção de um discurso dos direitos humanos o fato do Airbnb fazer ressalvas a países cujas leis violam os princípios da “comunidade”, de modo a poder manter suas atividades normalmente nesses lugares. Aqui o interesse econômico - não seria ele a grande narrativa fundante da globalização? - parece prevalecer sobre o compromisso de estabelecer uma cultura global de respeito à diversidade.

⁵³ *Ibid.*, p. 154.

⁵⁴ Dunoff não nega que haja candidatas ao papel de narrativa superior que dê sentido aos diferentes *nomoi* globais: o discurso dos direitos humanos e os esboços de um constitucionalismo internacional são exemplos. Mas nenhum deles parece ter atingido uma posição de predominância como narrativa amplamente aceita pelos atores internacionais. DUNOFF, Jeffrey. A New Approach to Regime Interaction. In: YOUNG, Margaret (ed.). **Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation**. Cambridge: University Press, 2012. p. 154-155.

comandos. Ao contrário do que ocorre no interior dos Estados, as “cortes internacionais habitam um *nomos* sem narrativa”⁵⁵ – não no sentido de que não haja nenhuma narrativa (ao contrário, elas nunca foram tão diversas e numerosas), mas de que não há *uma* narrativa sobre a qual apoiar uma jurisdição. E essa constatação leva Dunoff a erigir seu argumento principal: se quisermos observar como a interação em regimes se dá na prática, é insuficiente observar o papel que os tribunais internacionais desempenham – é principalmente para fora do âmbito deles que devemos dirigir nossa atenção.⁵⁶

A despeito das diferenças de foco, as duas análises – tanto a de Berman como a de Dunoff – se apoiam fortemente na recuperação do conceito de *jurisgenesis*. De fato, a intuição de Cover de que grupos e comunidades são capazes de criar significado jurídico da mesma forma que os Estados ao promulgarem suas legislações revelou-se bastante profícua para descrever os novos regimes jurídicos globais. Mas além do fato de não estar circunscrita ao Estado, há outros aspectos sob os quais a *jurisgenesis* de Cover merece destaque. É preciso que dizer que, segundo o autor, a criação de significado jurídico requer, além da interpretação, um ato de *compromisso*, seguido de sua *objetivação*.⁵⁷

Cover entende por compromisso o ato de aceitar as exigências que a defesa de uma determinada interpretação legal implica na prática, ou seja, as consequências fáticas da transformação pretendida na realidade do *nomos*.⁵⁸ A assunção de tais compromissos no âmbito transnacional é bastante problemática, porque raramente envolve a consideração da totalidade dos efeitos das ações pretendidas. A visão ou “alternativa imaginada” criada a partir de um conceito de realidade é, no caso do direito global, invariavelmente fragmentada, como atestam Teubner, Berman ou Dunoff.

No âmbito estatal, a tarefa de elaborar esse cenário cumpre normalmente aos tribunais, que decidem se determinado significado jurídico deve ser integrado ao universo normativo ou, quando for o caso, rechaçado. Mas daí não se conclui que, do ponto de vista de Cover, a existência de tribunais com competência para lidar com ordenamentos transnacionais resolveria o problema. Para além das dificuldades expostas por Dunoff, é possível dizer que uma solução desse tipo somente reproduziria o problema fundamental que o

⁵⁵ Ibid., p. 156.

⁵⁶ Dunoff desloca-se assim seu enfoque de um modelo *transaccional* - baseado em casos específicos, com espaço e temporalidade definidos, e que ocupa a maior parte da atenção dos acadêmicos - para um modelo *relacional* - que enxerga atores e instituições como agentes propositivos, com interesses e capacidades independentes, interagindo de forma dinâmica fora do âmbito jurisdicional. Ibid., p. 156-157.

⁵⁷ COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: *Nomos and Narrative*. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**, Paper 2705, 1983. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705>. Acesso em: 5 dez. 2016. p. 45.

⁵⁸ “Dado que o *nomos* não é mais do que um processo de ação humana tensionado entre a visão e a realidade, uma interpretação legal não pode ser válida se não se está preparado para viver de acordo com ela.” Ibid., p. 44.

autor identifica nas visões estatistas da jurisdição: elas nos fazem crer que os tribunais possuem uma posição hermenêutica privilegiada, isto é, confundem o status da interpretação com o status da dominação política.⁵⁹

Mas e quando há interpretação, mas não há dominação política? É nesse ponto que o direito global parece escancarar diante dos juízes algumas perguntas ameaçadoras que, segundo Cover, eles tendem a evitar no exercício de sua autoridade jurisdicional. Os juízes raramente consideram o fundamento da violência a ser empregada para que suas decisões se tornem eficazes. Esse fundamento, tido como pressuposto, tem a ver com o regime de obediência confiado à ideologia do contrato social. Seria perturbador, do ponto de vista da prática cotidiana judiciária, que os juízes fossem cobrados a reconhecer, em cada decisão, que sua jurisdição está fundada no privilégio institucional da força e que essencialmente por esse motivo ela deve ser respeitada. Mas é exatamente isso que Cover sugere que os juízes deveriam fazer. Somente dessa forma eles poderiam separar o exercício da violência de sua própria pessoa, baseando-se no reconhecimento de que não possuem abordagens interpretativas superiores ou um direito necessariamente melhor para buscar suas narrativas redentoras.⁶⁰ Por melhor que venha a ser, sua interpretação da lei poderá se revelar instrumento de destruição de outras legalidades possíveis, as quais, a princípio, não podem ser caracterizadas como piores do que a legalidade estatal.

De certa forma é possível afirmar que o direito global força esse reconhecimento. Não pela percepção por parte dos juízes de que a *jurisgenesis* não é privilégio do Estado e que portanto a violência deve ser graduada de acordo com seus próprios compromissos⁶¹, conforme Cover pretendia; a existência de ordenamentos jurídicos transnacionais não contesta a autoridade estatal por meio de interpretações jurídicas que atentem para o caráter fatalmente sociológico do ato de criar direito. Em vez disso, é seu próprio funcionamento autônomo que, como ato de compromisso, demonstra constantemente que a autoridade estatal não detém o monopólio do direito – não porque realize concessões interpretativas, mas simplesmente por ser incapaz de controlar a produção do direito a nível transnacional.

Esse é o ponto em que o *nomos* global que estamos descrevendo difere substancialmente daqueles descritos anteriormente por Cover. E um dos prováveis fatores que explicam essa diferença parece estar na ausência, como aponta Dunoff, de uma grande narrativa fundante no direito global insur-

⁵⁹ COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**, Paper 2705, 1983. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705>. Acesso em: 5 dez. 2016. p. 42-43.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 54.

⁶¹ *Ibid.*, p. 58.

gente. Suas múltiplas narrativas se baseiam, como o constitucionalismo transnacional de Teubner sugere, em uma dupla fragmentação da sociedade mundial: por um lado, provém de setores globais autônomos que competem com as constituições dos Estados; por outro, se estabelecem em ambientes culturais amplamente diversificados.⁶²

Nessa verdadeira desordem de regimes legais, fica difícil identificar fontes de autoridade - ou, quando é possível defini-las, sob que fundamentos elas se estruturam. Se algum usuário do Airbnb se sentir injustamente prejudicado pela plataforma, a quem ele irá recorrer? Ao aceitar os termos da “comunidade”, não teria ele renunciado a qualquer possibilidade de discordância? O Airbnb não teria enfim direito, ao tornar públicas suas próprias regras, de suspender usuários quando entender necessário? Quando esse tipo de questão entra em jogo, um outro aspecto fundamental do pensamento de Cover – em boa parte ignorado por Berman e Dunoff - entra em cena: a indissociabilidade entre interpretação legal e violência.

4. DIREITO E VIOLÊNCIA NO CENÁRIO GLOBAL

A discussão produzida até aqui procurou mostrar que o pensamento de Cover continua adequado para se pensar questões suscitadas pela globalização jurídica, como atestam os trabalhos de Berman e Dunoff. Pode ter ficado a impressão, no entanto, de que recuperar seu pensamento significa apenas reintroduzir uma antiga terminologia – *nomos* e *jurisgenesis* – para nomear os processos que Teubner é capaz de descrever, muito em função de uma evidente vantagem histórica, com maior riqueza de detalhes. Com efeito, o objetivo dessa última parte é mostrar em que medida as reflexões de Cover podem ser originais para compreender as dinâmicas de interação dos regimes jurídicos transnacionais.

Vimos anteriormente que o direito global consegue escapar do controle exercido pelos tribunais estatais *jurispáticos* de uma forma que os grupos e comunidades que reivindicam autonomia no interior dos Estados ou interpretações constitucionais redentoras não podem pretender. Sugerimos também que, diferentemente dos *nomoi* encontrados no âmbito estatal, os regimes jurídicos transnacionais não possuem equivalentes às grandes narrativas fornecidas pelas constituições ou textos sagrados aos quais possam se reportar. Como então – e com base em quê – o *nomos* global resolve seus conflitos jurídicos?

Uma vez mais, Teubner parece em melhores condições de discriminar as formas pelas quais o direito global, a partir das constituições civis formadas

⁶² TEUBNER, Gunther. **Constitutional Fragments**: Societal Constitutionalism and Globalization. Oxford:University Press, 2012. p. 14.

a partir de cada subsistema, encontra meios de controlar interpretações jurídicas em conflito. Contudo, quando se trata de compreender o que está envolvido nessas disputas, por mais distintos que sejam os instrumentos empregados em cada setor, não há como escapar da questão da violência. E a forma particular pela qual Cover mostrou sua centralidade⁶³ dentro do direito nos impele a trazê-lo de volta ao debate. Desse modo, a hipótese aqui proposta é a seguinte: em termos de violência, o que vale para os tribunais *jurispáticos* de Cover também vale, em maior ou menor medida, para as instâncias decisórias do direito global.

Em primeiro lugar, tomemos a afirmação de Cover de que os preceitos que denominamos como “direito” são marcados “pelo controle social sobre sua origem, seu modo de articulação e seus efeitos”⁶⁴. Já as narrativas que dão sustentação a esses preceitos, por outro lado, carecem de qualquer tipo de controle, não estando sujeitas a nenhuma ordem hierárquica. Em suma, as narrativas são anárquicas, o direito não. Dependendo do que entendêssemos por “controle social”, portanto, seríamos obrigados a classificar o direito global como um princípio anárquico, uma sucessão de narrativas sem um ponto central.⁶⁵

Nos primeiros tempos talvez tenha sido assim, mas os exemplos trazidos por Teubner mostram que essa época, se existiu, já não existe mais. Pouco a pouco, cada subsistema foi tratando de estabelecer autoridades decisórias, de modo que a imagem de narrativas que circulam livremente pelo espaço jurídico transnacional sem qualquer tipo de controle não passa de uma ilusão, muito embora a questão sobre quais instituições possuem capacidade decisória e que tipo de ferramentas elas devem utilizar frequentemente permaneça em

⁶³ Cover concorda que, em um sentido amplo, a forma dominante do pensamento jurídico deveria ser interpretativa, ou seja, acredita que o direito pode, de fato, ser visto como a construção de uma realidade interpessoal através da linguagem. Mas o lugar central normalmente concedido à interpretação não reflete, segundo ele, o modo pelo qual os atos interpretativos são pronunciados em uma estrutura institucional preparada para a violência. COVER, Robert. *Violence and the Word*. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**, Paper 2708, 1986. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2708>. Acesso em: 5 dez. 2016. p. 1611.

⁶⁴ No original: “The precepts we call law are marked off by social control over their provenance, their mode of articulation, and their effects.” COVER, Robert. *The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative*. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**, Paper 2705, 1983. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705>. Acesso em: 5 dez. 2016. p. 17.

⁶⁵ Por mais ampla que seja a definição para “controle social”, quando formas institucionais de ação estejam imbricadas haverá direito. A capacidade de levar a ações coletivas é o que, segundo Cover, distingue a interpretação legal da interpretação nos campos da literatura, filosofia política ou em qualquer outro contexto onde a relação das instituições com a violência seja remota ou incidental. COVER, Robert. *Violence and the Word*. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**, Paper 2708, 1986. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2708>. Acesso em: 5 dez. 2016. p. 1606.

aberto – e de forma um tanto drástica em alguns setores, como no caso da internet.

A despeito das possíveis diferenças existentes, o que realmente importa notar é que se há autoridades decisórias, e se há pretensão de que as questões debatidas sejam jurídicas (mesmo que no sentido mais amplo possível), então há interpretação legal sendo produzida. E a prática da interpretação legal sempre tem lugar, diz Cover, em um ambiente de violência.⁶⁶ Embora o juiz de Estado seja visto como o principal agente nesse campo, de forma alguma é o único. Seja cometida por um juiz, um mafioso ou o vice-presidente de uma corporação, a violência estruturada sob as mais diversas formas jurídicas deve ser vista como problemática da mesma forma.⁶⁷ Na visão de Cover, a interpretação legal é uma atividade prática desenhada para gerar ameaças críveis e atos de violência reais sob uma forma eficaz.⁶⁸ Em um sentido mais preciso, as interpretações legais não são de natureza “prática” (em inglês, *practical*) mas constituem, elas mesmas, práticas (*practices*); são mandamentos para que outras pessoas realizem ou deixem de realizar ações, modificando estados de coisas anteriores a fim de responder à interpretação do juiz (ou de qualquer agente que venha a assumir o papel de interpretar).⁶⁹

Sendo incompleta sem a violência⁷⁰, a interpretação legal depende de um aparato preparado para executá-la e de condições de dominação para impor seus efeitos às partes envolvidas. Não por caso, Cover escolheu como exemplo de sua demonstração o Direito Penal, onde tais práticas ficam evidenciadas no tipo de tratamento imposto ao condenado. Mas o quadro da violência na interpretação legal certamente extrapola os limites do campo penal: é um dado que perpassa, de forma mais ou menos visível, toda construção jurídica. Ao considerá-lo, Cover chama a atenção para o fato de que nos acostumamos a separar rigidamente o ato de interpretação – mundo do dever-ser – do ato de concretizá-la no mundo real, através da violência.⁷¹

⁶⁶ Ou mais precisamente, como afirma no icônico começo de seu artigo “Violência e a Palavra”, em “um campo de dor e morte”. *Ibid.*, p. 1601.

⁶⁷ COVER, Robert. The Folktales of Justice: Tales of Jurisdiction. *Yale Law School Faculty Scholarship Series*. Paper 2706, 1985. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2706>. Acesso em: 5 dez. 2016. p. 182.

⁶⁸ COVER, op. cit., 1986, p. 1610.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 1611.

⁷⁰ “A interpretação legal, portanto, nunca pode ser ‘livre’: nunca pode funcionar somente como entendimento de um texto ou de uma palavra. Tampouco pode ser uma simples função do que o intérprete concebe como a mera leitura de um ‘texto social’, uma leitura de todos os dados sociais relevantes. A interpretação legal deve ser capaz de se transformar em ação; deve ser capaz de superar as inibições contrárias à violência a fim de dar cabo das ações necessárias; deve ser capaz de reunir um grau de violência suficiente para prevenir a represália e a vingança.” *Ibid.*, p. 1617.

⁷¹ COVER, Robert. Violence and the Word. *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, Paper 2708, 1986. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2708>. Acesso em: 5 dez. 2016. p. 1627.

Em que pese a violência ser inevitável, é uma característica dos Estados de direito a necessidade de legitimar o seu exercício, adotando desenhos institucionais que visem afastar o direito, o máximo possível, da arbitrariedade. A violência torna-se assim “domesticada”, por meio da adoção de procedimentos considerados corretos do ponto de vista legal e também por meio de uma distinção fundamental entre esferas responsáveis pela produção, aplicação e execução do direito. A existência de um duplo grau de jurisdição e de garantias processuais fundamentais, como o devido processo legal e a ampla defesa, funcionam como contrapesos ao exercício bruto da violência; ainda que, em muitos casos, funcionem de forma deficiente. Essa estrutura básica forma o que se costuma considerar como as virtudes do direito liberal moderno – o *rule of law* ou “império do direito”⁷² – capaz de estabelecer, através das leis, garantias mais sólidas aos cidadãos e cidadãs do que os sistemas políticos autocráticos.

Cover enquadra esse modelo estatal dentro de um tipo ideal de constituição do *nomos* denominado *imperial*. O modelo imperial caracteriza-se pela objetividade de seus preceitos (normas jurídicas abstratas e universais) e por sua aplicação a cargo de instituições. É, em sua maior parte, como o direito moderno funciona; é uma forma de “manter o mundo” diante de suas tendências plurais e potencialmente destrutivas.⁷³ Um segundo padrão de constituição do *nomos* é representado pelo tipo ideal *paideico*, responsável por “criar mundos” mais do que mantê-los.⁷⁴ Nesse modelo, novos mundos normativos são criados a partir de um corpo comum de preceitos geralmente provenientes de textos sagrados, onde a possibilidade de novas interpretações encontra-se permanentemente aberta, e onde o direito assume um caráter pedagógico: os indivíduos são educados na lei. Nenhum mundo normativo, entretanto, é criado ou se mantém exclusivamente via modelo imperial ou paideico; Cover assinala que esses modelos não representam tipos de sociedades, mas bases co-existentes de atributos distintos dos mundos normativos.⁷⁵

Pode-se dizer, portanto, que o direito global é formado, assim como os demais, por um misto de ambos os modelos. Entretanto, é difícil identificar no âmbito dos regimes jurídicos transnacionais algumas das virtudes representadas por cada modelo. Em alguns casos, não estão presentes nem as “virtudes

⁷² A respeito, ver SCHEUERMAN, William. Franz Neumann: Legal Theorist of Globalization? **Constellations**, Oxford, v. 8, n. 4, p. 503-520, 2001.

⁷³ COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**, Paper 2705, 1983. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705>. Acesso em: 5 dez. 2016. p. 13.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 12-13.

⁷⁵ COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**, Paper 2705, 1983. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705>. Acesso em: 5 dez. 2016. p. 17. p. 14.

legais” (como William Scheuerman⁷⁶ se refere a elas) do modelo *imperial* como a generalidade, a publicidade, a constância e a clareza, nem as virtudes *paideicas*, que repousam na presença de um sentido de coletividade compartilhado pelas comunidades e assegurados por seus textos fundamentais.

Um desses casos é – seguindo a descrição de Teubner – o domínio da internet. Em discussões sobre a eficácia de direitos fundamentais no ciberespaço, são marcantes as diferenças entre as estruturas do direito tradicional e o “código”⁷⁷ eletrônico de exclusão/inclusão baseado em protocolos.⁷⁸ O problema não é nem o da clareza dos preceitos, como Scheuerman poderia sugerir: o “código” estritamente binário (modelo lógico 0-1) desenvolvido no subsistema cibernético estabelece um grau de calculabilidade que os positivistas mais radicais jamais sonhariam atingir. A tradicional distinção legal/ilegal ganha contornos dramáticos, ao ponto de a argumentação jurídica ser excluída da jurisdição do “código”, entendido aqui como “a incorporação digital de normas de comportamento dentro da arquitetura do ciberespaço”⁷⁹. Ademais, o caráter de auto-aplicação do “código” concentra o que antes era dividido em três esferas – produção, aplicação e execução legal, ou seja, as bases do *rule of law* – em apenas uma: o controle baseado na digitalização do direito. A tríade formada pelo controle de condutas, construção de expectativas e resolução de conflitos é reduzida ao controle eletrônico do “código”, que dissolve qualquer tipo de autonomia de cada norma.⁸⁰ A auto-aplicação pode ser vista como uma vantagem para os operadores do subsistema, mas também contém um sério potencial de transformar o ciberespaço em uma estrutura de violência direta, não mediada.

E quanto mais restritos forem os critérios adotados no *input* do “código”, maior é ameaça de arbitrariedade. Significa dizer que o ciberespaço é vulnerável ao exercício de uma violência sem as restrições encontradas não só em âmbito estatal, mas também em boa parte da produção legal que acontece dentro do setor privado - ainda que os parâmetros costumem ser menos claros nesse último caso, uma vez que a dinâmica dos subsistemas é sempre marcada por um misto de organização e espontaneidade.⁸¹ Na lógica do ciberespaço, por exemplo, a exclusão de um domínio ou interferências ao livre acesso carregam

⁷⁶ SCHEUERMAN, William. Franz Neumann: Legal Theorist of Globalization? *Constellations*, Oxford, v. 8, n. 4, p. 503-520, 2001.

⁷⁷ TEUBNER, Gunther Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centred Constitutional Theory. In: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (eds.). *Transnational Governance and Constitutionalism*. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 21.

⁷⁸ KARAVAS, Vaios; TEUBNER, Gunther. *www.CompanyNameSucks.com: The Horizontal Effect of Fundamental Rights on 'Private Parties' within Autonomous Internet Law*. *Constellations*, Oxford, v. 12, n. 2, p. 262-282, 2005. p. 269.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 270.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 269.

⁸¹ TEUBNER, Gunther Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centred Constitutional Theory. In: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (eds.). *Transnational Governance and Constitutionalism*. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 23.

o caráter de sentenças de morte. E a execução, nesse caso, é sumária – sem direito a recursos argumentativos. A lógica do “código” eletrônico afasta possíveis considerações sobre a “justiça” da decisão, uma vez que sua normatividade é precisamente calculada. O direito global é capaz de mostrar aqui sua face mais violenta, especialmente se for dominado por influências do poderio político e econômico. Nesse ponto, Teubner frisa a importância da independência do ciberespaço em relação a esses fatores externos, ou seja, sua capacidade de desenvolver sua própria constituição⁸² de acordo com valores considerados fundamentais, como a liberdade de acesso e o direito à privacidade.

O exemplo do Airbnb contém algo de semelhante: ao mesmo tempo em que cria a norma, a plataforma também julga sua aplicação e executa as medidas que entende como necessárias. Fosse um caso isolado, poderíamos contestar sua importância ou mesmo seu potencial ofensivo. Mas tudo leva a crer que cada vez mais utilizaremos plataformas que se irão autorregular nesses mesmos moldes. É bem verdade que a coisa não funciona dessa maneira em outros domínios onde a constitucionalização, como sugere Teubner, encontra-se mais desenvolvida. Mas pode-se dizer que o alerta sobre a possibilidade de uma violência sem controle deve ecoar em todos os setores do plano transnacional. E esse alerta, a partir de Cover, suscita algumas questões.

Não seria o direito global, em razão das relações de poder existentes entre os atores envolvidos, e pela própria carência de textos sobre os quais buscar interpretações legais, um lugar onde o papel da violência no direito torna-se mais visível? A relativa indefinição sobre autoridades decisórias, tornando-as mais difusas, não aumentaria o perigo de que a violência se torne cada vez mais fora de controle? Será que o direito global não pode se tornar, finalmente, mais o lugar da violência do que o da interpretação?

Certamente não há respostas generalizáveis a essas perguntas. É preciso verificar como o processo de *jurisgenesis* se dá em cada setor, e quais são os órgãos e instituições responsáveis por controlar os significados jurídicos em cada um deles. Ao recuperar o pensamento de Franz Neumann, Scheuerman colocara o problema nos termos da busca por um equilíbrio entre o dinamismo das dinâmicas globais e as virtudes representadas pelo *rule of law*.⁸³ Com Cover, voltamos nossa atenção para um aspecto que une esses dois campos e é, provavelmente, inseparável de qualquer contexto jurídico: a violência.

Nesse ponto, uma derradeira reflexão sobre a dicotomia *imperial/paideico* nos parece interessante. Ao superar a tradicional visão do direito como mero conjunto de normas, Cover enraizou-o em narrativas totalizantes que estabelecem o que devemos ou não fazer no contexto de uma, por assim dizer, visão

⁸² *Ibid.*, p. 18.

⁸³ SCHEUERMAN, William. Franz Neumann: Legal Theorist of Globalization? *Constellations*, Oxford, v. 8, n. 4, p. 503-520, 2001. p. 517.

de mundo. Como acabamos de mostrar, o *nomos* pode ser *imperial*, como no caso do Estado de direito, ou *paideico*, quando prevalece um senso de comunidade e um aspecto pedagógico da lei.

A despeito da dificuldade de encontrarmos elementos normativos claros na obra de Cover, a sua caracterização do que seja violência parece apontar para a valorização do *nomos paideico* em detrimento do modelo *imperial*. Ora, se a violência reside na atuação judicial para destruir normatividades possíveis, ou seja, para dar cabo de novas possibilidades de expressão de humanidade, um *nomos* com características *paideicas* aparentemente daria lugar a menos atos de violência. Isto porque, com base em um determinado senso de comunidade figurada em textos canônicos, este modelo de *nomos* teria como objetivo maior incentivar a criação de novos mundos.

Além disso, centrando a análise neste modelo, podemos passar a questionar o pressuposto de fragmentação das ordens normativas no qual Teubner em larga medida se baseia. Para voltar ao exemplo do Airbnb (que nesse ponto se assemelha à discussão sobre o direito da internet, levada adiante por Karavas e Teubner), ainda que estejamos diante de um modelo contratual de hospedagem que extrapola fronteiras e cria mecanismos próprios de imposição de suas regras, a “comunidade” Airbnb sentiu necessidade de fazer menção – mesmo que implícita – aos “direitos humanos” a fim de remeter a legitimidade de sua atuação a um conjunto de textos de caráter marcadamente universalizante, ou seja, que serve de fundamento a um projeto de comunidade global de homens e mulheres.

Apenas a pesquisa empírica será capaz de revelar se o mesmo fenômeno se repete em outras ordens normativas. Neste caso específico, a afirmação da especificidade do Airbnb está sendo articulada, claramente, com fundamento em uma narrativa que aponta para um determinado senso de comunidade universal. Com efeito, permanece pertinente a questão da possibilidade de controle sobre a imposição das normas do Airbnb, ou seja, a falta de instrumentos efetivos para fiscalizar e controlar a ação dos representantes deste empreendimento ao redor do planeta. Mas seja como for, ao menos neste caso, não estamos diante de um exemplo de fragmentação cultural, mas sim de uma proposta de unidade normativa global em outros termos. É justamente nesse sentido que o *nomos paideico* pode nos auxiliar a refletir com maior precisão sobre o que pode significar, de fato, a fragmentação do direito contemporâneo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ainda pouco explorada – e no Brasil praticamente desconhecida – obra de Robert Cover demonstra um enorme potencial de reavivar muitos debates jurídicos. No campo do direito global, a despeito da valorosa contribuição fornecida pelo conceito de *jurisgenesis*, a reconsideração da violência como

elemento inseparável da interpretação legal talvez seja a grande contribuição teórica a ser fornecida pelo autor. Como vimos, esse aspecto foi pouco considerado por Dunoff e Berman, autores que transpuseram a obra de Cover para o contexto atual e que trabalham em um registro mais descritivo do que normativo.

O reconhecimento de que as ordens jurídicas transnacionais são estruturas equivalentes aos tribunais estatais no que se refere à capacidade de gerir violência parece colocar a discussão sobre o direito global para além da tradicional alternativa regulação estatal/autorregulação. Para Teubner, aliás, esse dilema parece resolvido em favor da segunda opção, e não haveria nada que a desacreditada política internacional pudesse fazer nesse contexto. Entretanto, deve-se ir além da mera observação sobre a forma – em parte espontânea, em parte organizada – pela qual cada subsistema desenvolve suas constituições civis sem Estado.

Como instrumentos ordenados para a prática da violência via interpretação legal, os novos órgãos e instituições responsáveis pela produção e aplicação do direito no âmbito transnacional demandam a atenção da comunidade internacional para possíveis arbitrariedades em suas práticas. E isso está presente, ainda que com graus de importância diferentes, tanto nas normativas da Organização Mundial do Comércio (WTO) como no compromisso que uma plataforma como o Airbnb assume em relação a seus usuários.

A reprodução da violência parece ser algo intrínseco ao direito⁸⁴, mas isso não impede que sejam estabelecidos parâmetros de vigilância contra práticas que violem direitos considerados fundamentais por muitos Estados. Enquanto Dunoff fala em um “*nomos* sem narrativa”, não seria possível falar também da ameaça – parafraseando o outro texto fundamental de Cover – de uma “violência sem palavra”? Toda vez que um usuário do Airbnb se sentir prejudicado e a plataforma tomar as medidas que entende necessárias, saberemos um pouco mais sobre o potencial violento do direito no espaço transnacional, e também por qual trilha o direito global irá enveredar.

REFERÊNCIAS

AIRBNB. Política de Não Discriminação do Airbnb: Nosso compromisso com a inclusão e o respeito. 2016. Disponível em: <<https://www.airbnb.com.br/help/article/1405/airbnb-s-nondiscrimination-policy--our-commitment-to-inclusion-and-respect>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

⁸⁴ Para discussões mais abrangentes sobre a relação entre direito e violência na obra de Cover, ver os artigos contidos em SARAT, Austin (ed.). **Law, Violence, and the Possibility of Justice**. Princeton, New Jersey: University Press, 2001.

BERMAN, Paul Schiff. Global Legal Pluralism. **Southern California Law Review**, v. 80, p. 1155-1237, 2007.

_____. Federalism and International Law Through the Lens of Legal Pluralism. **Missouri Law Review**, v. 73, n. 4, p. 1149-1184, 2008.

COVER, Robert. The Uses of Jurisdictional Redundancy: Interest, Ideology, and Innovation. **William & Mary Law Review**, v. 22, n. 4, 1981. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2313&context=wmlr>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

_____. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**, Paper 2705, 1983. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705>. Acesso em: 5 dez. 2016.

_____. The Folktales of Justice: Tales of Jurisdiction. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**. Paper 2706, 1985. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2706>. Acesso em: 5 dez. 2016.

_____. Violence and the Word. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**, Paper 2708, 1986. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2708>. Acesso em: 5 dez. 2016.

DEZALAY, Ives; TRUBEK, David M. A Reestruturação Global e o Direito. In: FARIA, José Eduardo. **Direito e Globalização Econômica**. São Paulo: Malheiros, 1996.

DUNOFF, Jeffrey. A New Approach to Regime Interaction. In: YOUNG, Margaret (ed.). **Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation**. Cambridge: University Press, 2012.

KARAVAS, Vaio; TEUBNER, Gunther. www.CompanyNameSucks.com: The Horizontal Effect of Fundamental Rights on 'Private Parties' within Autonomous Internet Law. **Constellations**, Oxford, v. 12, n. 2, p. 262-282, 2005.

HABERMAS, Jürgen. A constitucionalização do direito internacional ainda tem uma chance? In: _____. **O ocidente dividido**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006. cap. 4, p. 115-204.

SCHEUERMAN, William. Franz Neumann: Legal Theorist of Globalization? **Constellations**, Oxford, v. 8, n. 4, p. 503-520, 2001.

TAMANAHA, Brian. Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global, **Sydney Law Review**, v. 30, n. 2, p. 375-411, 2008.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a emergência de um pluralismo jurídico internacional. **Impulso**: Revista de Ciências Sociais e Humanas, Piracicaba, Unicamp, v. 14, n. 33, p. 9-32, 2003.

_____. Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centred Constitutional Theory. In: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (eds.). **Transnational Governance and Constitutionalism**. Oxford: Hart Publishing, 2004.

_____. **Constitutional Fragments**: Societal Constitutionalism and Globalization. Oxford: University Press, 2012.

* **Submetido em: 15 jan. 2017. Aceito em: 26 dez. 2017.**



GLOBALIZAÇÃO E INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO A PARTIR DOS DIREITOS HUMANOS: IMPACTOS NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

*Tássia Aparecida Gervasoni**

Resumo

A internacionalização do direito a partir dos direitos humanos – sobretudo, ancorados em uma perspectiva de universalidade – somada aos processos de globalização pode e tem conduzido, em alguns casos, a práticas hegemônicas que dificultam, quando não interrompem as vias de comunicação do direito com a cultura própria de cada povo. Nesse sentido, o objetivo da análise proposta consiste no deslinde desses processos fazendo um recorte espacial voltado à América-latina, justificado pelos novos movimentos ocorridos nesse contexto (dos quais são exemplo categorias como a do Estado Plurinacional e o Novo constitucionalismo latino-americano) que anunciam um paradigma de transição para a sua compreensão. Tais transformações alinham-se à perspectiva que reconhece, a partir de necessárias e pontuais considerações, o potencial contra hegemônico dos direitos humanos, no sentido de respeito à diversidade, mas, ao mesmo tempo, de viabilização do diálogo baseado em premissas éticas compartilhadas. Em termos de metodologia será adotada uma abordagem fenomenológico-hermenêutica, métodos de procedimento histórico e monográfico, empregando-se, por fim, como técnica de pesquisa, a documentação indireta por meio da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave

Globalização. Internacionalização. Direitos Humanos. Constitucionalismo.

GLOBALIZATION AND INTERNATIONALIZATION OF LAW FROM THE HUMAN RIGHTS: IMPACTS ON LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM

Abstract

The internationalization of law from the human rights - above all, anchored in a universality perspective - added to the processes of globalization can and has led, in some cases, to hegemonic practices that hinder, when they do not interrupt the communication channels of the law with the culture of each people. In this sense, the objective of the proposed analysis is to delineate these processes by making a spatial cutout towards Latin America, justified by the new movements that took place in that context (such as the Plurinational State and New Latin American constitutionalism), announcing a paradigm of transition to its understanding. Such transfor-

* Doutora em Direito pela UNISINOS/Universidad de Sevilla. Mestre e Graduada em Direito pela UNISC. Coordenadora da Pós-Graduação em Direito *lato sensu* da IMED. Professora. Integrante do Grupo de Pesquisa Estado e Constituição, vinculado ao CNPq. Advogada.

mations are aligned with the perspective that recognizes the counter-hegemonic potential of human rights, based on necessary and specific considerations, in the sense of respect for diversity, but at the same time, the viability of dialogue based on shared ethical premises. In terms of methodology, a phenomenological-hermeneutic approach will be adopted, methods of historical and monographic procedure, using, as a research technique, indirect documentation through bibliographic research.

Keywords

Globalization. Internationalization. Human rights. Constitutionalism.

1. INTRODUÇÃO

Apesar de todas as dificuldades teórico-conceituais que rondam os processos de globalização e internacionalização do direito a partir dos direitos humanos, a existência e, possivelmente, a irreversibilidade desses fenômenos não pode ser negada, pois se testemunha diariamente, e já há décadas, os efeitos reais e cada vez mais agudos de uma espécie de interconexão de escala planetária no que diz respeito a temas como tais.

Evidente que uma análise que se proponha a deslindar essas conexões não prescindirá de aproximações terminológicas mínimas, que servirão como ponto de referência para o exame do que e em que medida exatamente tem impactado o Direito e o Constitucionalismo, neste ponto, com o intuito de aprofundar-se notadamente no contexto latino-americano.

Este recorte espacial para uma abordagem mais específica justifica-se, dentre outras razões, pelo fato de que tanto o fenômeno da globalização quanto a internacionalização do direito ancorada em uma perspectiva de universalidade dos direitos humanos podem conduzir a práticas hegemônicas, padronizadoras e que, assim, interrompem as vias de comunicação do direito com a cultura própria de cada povo, sobretudo, cindindo o mundo em faces opostas (Ocidente/Oriente, Norte/Sul...).

Para alcançar os objetivos propostos, será analisado, inicialmente, o processo de internacionalização do Direito, sobretudo, a partir da Segunda Guerra Mundial, quando a preocupação com a garantia da dignidade da pessoa humana invade as Constituições nacionais e os documentos internacionais de proteção de direitos, sinalizando o surgimento de uma nova realidade para as inter-relações entre os Estados.

Na sequência, deverão ser especificadas – nos limites que o trabalho permite – as transformações do Constitucionalismo no século XX, já repercutindo alguns efeitos da internacionalização e, neste ponto, especialmente, da globalização. No que consiste tão controverso processo e como impacta o Direito e sua aplicação são as principais preocupações desse segundo momento do estudo.

Finalmente, estabelecidas essas premissas iniciais que permitirão delimitar conceitual e operacionalmente os marcos referenciais da análise, será avaliada a repercussão da globalização e da internacionalização do Direito no contexto latino-americano, adotando como categorias centrais de observação os direitos humanos e seu possível/suposto caráter (contra)hegemônico e o Estado plurinacional.

Do ponto de vista metodológico, para a condução da pesquisa será adotada uma abordagem fenomenológico-hermenêutica, priorizando, portanto, quanto aos objetos da investigação, o seu modo, o seu como, em oposição a construções soltas no ar ou descobertas acidentais que se apegam à quiddidade real dos objetos (HEIDEGGER, 2009, p. 66). Em termos de procedimento, serão empregados os métodos histórico (buscando avaliar a influência de eventos passados) e monográfico (indicando a especificidade da investigação) e, por fim, como técnica de pesquisa, adotar-se-á a documentação indireta, por meio da pesquisa bibliográfica.

2. O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO NO PÓS-GUERRA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO MIMETISMO CONSTITUCIONAL

Como um dos acontecimentos mais impactantes do século XX e, mais do que isso, da história da humanidade, a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) provocou diversas rupturas, estabelecendo novos paradigmas de compreensão e ação dos Estados e suas relações para com os seres humanos, a começar, justamente, pela sua vinculação e preocupação para além do limitado conceito de cidadania.

Os estragos e traumas deixados pelo conflito foram determinantes à formação de “(auto)consciência internacional”, no sentido de fazer perceber a indelével necessidade de reestruturação do Estado de Direito e de recrudescimento dos direitos fundamentais como condições para a convivência pacífica que, a essa altura, tinha se mostrado crucial para a própria sobrevivência da humanidade.

Em nome dessa renovação, redescobre-se o valor da Constituição como norma capaz de restaurar e proteger os princípios negados pelos regimes totalitários, destacadamente, a divisão dos poderes e os direitos fundamentais. Tais mudanças serão sentidas internacionalmente, configurando uma marca das democracias contemporâneas nascidas das ruínas da guerra, que se interseccionam na consagração dos valores da paz, da separação de poderes e do reconhecimento da igualdade e de direitos fundamentais a nível global (FERRAJOLI, 2008, p. 28).

De modo geral, os direitos humanos passam a figurar como tema prioritário no cenário internacional estrategicamente, pela consolidação do entendimento – e a demonstração na prática – de que as suas violações maciças podem levar à guerra (ALVES, 1994, p. 3).

Sobre esse nexos inevitável Ferrajoli acentua que os direitos fundamentais sempre se consagram no momento em que a pressão dos excluídos torna-se irresistível para os que estão incluídos. Logo, não existe alternativa à guerra que não a universalização dos direitos, vinculando-os intimamente à paz enquanto objetivo global (2008, p. 39).

Mesmo antes do término do conflito, em realidade, já despertava a consciência de que os direitos fundamentais não diziam respeito meramente a uma questão interna, ao alvedrio de cada Estado soberano. Desde as reuniões preparatórias da Carta das Nações Unidas a proteção de direitos era tomada como questão internacional, cujo reconhecimento era essencial para a paz. Na redação final do documento que deu origem à Organização das Nações Unidas, reafirmava-se “a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres [...]” (ONU, 1945). A partir daí, “[...] los derechos humanos pasan a ser considerados <<como *valor* esencial en la comunidad internacional>>” (PÉREZ LUÑO, 1995, p. 219-220).

Esse espírito também estará presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que institui, de forma inédita, a proteção internacional dos direitos humanos. Além de reafirmar os preceitos da Carta das Nações Unidas, o promissor documento reconhece que a “dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”, lembrando que “o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade [...]”, de modo que a sua proteção torna-se indispensável (ONU, 1948).

A partir desse momento, outro elemento característico das Constituições democráticas advindas do pós-guerra vem à tona: a positivação da dignidade da pessoa humana. No Brasil, a Constituição de 1988 trouxe a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III) (BRASIL, 1988), na linha de evolução constitucional adotada por tantos outros países, sob a influência direta da Declaração Universal dos Direitos Humanos – nota-se claramente a repercussão deste documento internacional considerando as origens remotas a que pode ser reconduzida a noção de dignidade, que, no entanto, alcançou os textos constitucionais de forma explícita, em geral, apenas ao longo do século XX, tópico que será retomado em seguida (SARLET, 2008, p. 66).

De acordo com os dados do *Constitute*, uma iniciativa do *Comparative Constitutions Project*, o termo “*human dignity*” é mencionado em 147 (cento e quarenta e sete) Constituições. Tomando como referência apenas algumas das previsões de alguns países da América Latina, é possível identificar a dignidade humana enquanto princípio e valor fundante, bem como enquanto direito a ser garantido (Constituição da Bolívia, preâmbulo e art. 8, II; Constituição do Chile, art. I; Constituição da Colômbia, arts. 1 e 21; Constituição da Costa Rica, art. 33; Constituição do Equador, preâmbulo e art. 11; Constituição da Guatemala, art. 4; Constituição de Honduras, art. 59; Constituição do Peru, art. 1).¹

Não obstante, a significação conceitual da dignidade humana sempre desafiou a doutrina², ainda que a sua existência não possa ser negada, “já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida [...]”. Contudo, a complexidade da missão não deve levar à sua renúncia, pois a fundamentação e a legitimação da dignidade são importantes tanto para não mitificá-la quanto para não deixá-la ao voluntarismo do caso concreto (SARLET, 2008, p. 63).³

Para abreviar o percurso é possível sustentar a permanência da concepção kantiana na ideia de dignidade humana. Comprovando a assertiva, Barretto desdobra o conteúdo da dignidade em duas máximas: “*não tratar a pessoa*

¹ “Constitute was developed by the Comparative Constitutions Project. It was seeded with a grant from Google Ideas to the University of Texas at Austin, with additional financial support from the Indigo Trust and IC2. Semantic data structures were created by the Miranker Lab at the University of Texas using Capsepta’s Ultrawrap. Site architecture, engineering, and design are provided by Psyche Interactive. The following organizations have made important investments in the Comparative Constitutions Project since 2005: the National Science Foundation (SES 0648288, IIS 1018554), the Cline Center for Democracy, the United States Institute of Peace, the University of Texas, the University of Chicago, and the Constitution Unit at University College London” (CONSTITUTE, 2014).

² Discorrendo sobre a sobrecarga semântica da ideia de dignidade da pessoa humana, Maluschke afirma que isso obriga os juristas a delimitar um amplo horizonte de significados desse conceito: trata-se, ao mesmo tempo, de “um conceito jurídico normativo, designa o valor absoluto de cada ser humano, é o denominador comum de todos os homens, é também uma forma de comportamento pela qual se distinguem comportamentos dignos e indignos, é um valor intrínseco do homem, uma qualidade inerente ao homem, um atributo do ser humano, um princípio absoluto. Positivada nas constituições é o núcleo essencial dos direitos fundamentais, fonte jurídico-positivo dos direitos fundamentais, valor básico fundador de todos os direitos humanos, núcleo forte da Constituição, é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais, está no ‘epicentro’ da ordem jurídica.” Consequentemente, esse “vasto horizonte semântico” possibilita múltiplas aplicações da ideia, o que acarreta dificuldades para o “controle” dessa aplicação na jurisprudência (2017, p. 107).

³ Segundo o mesmo autor, tem-se por “[...] dignidade da pessoa humana a *qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável (sic) nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos*” (2008, p. 63).

humana como simples meio e assegurar as necessidades vitais da pessoa humana.” O autor prossegue argumentando que “ambas as máximas deitam suas raízes na teoria moral de Kant e podem servir como bases para justificar a natureza jurídica da dignidade humana” (2010, p. 70).

Apenas para lembrar a segunda formulação do imperativo categórico, segundo Kant: “o imperativo prático será, pois, o seguinte: *Procede de maneira que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de todos os outros, sempre ao mesmo tempo como fim, e nunca como puro meio*” (1964, p. 90-92).

Nesse universo conceitual, para evitar qualquer desencontro epistêmico, a relação simbiótica da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos merece uma dose extra de atenção, pois não se trata de expressões que possam ser sinonimizadas, pelo menos não sem prejuízo à compreensão mais profunda de elementos tão importantes.

Para Barretto, ambos os conceitos situam-se no mesmo patamar epistemológico, sobretudo, no sentido de que se referem à pessoa humana. No entanto, a dignidade “situa-se em nível mais profundo na essência do homem [...]”. Não por acaso a busca de um valor moral para sedimentar os direitos humanos coincide, em larga medida, com dois fenômenos típicos do século XX, a barbárie nazista e a biomedicina, causadores do temor da dizimação da vida humana em sua essência, da qual a dignidade ergue-se como uma proteção sagrada. Assim, “a dignidade humana designaria não o ser homem, o indivíduo, mas a humanidade que se encontra em todos os seres humanos.” Enquanto os direitos humanos representaram a defesa da liberdade diante do abuso e do absolutismo do poder (de fato, a ideia juridicamente formulada de direitos humanos antecede a questão da dignidade), “[...] a dignidade humana significou a marca da humanidade diante da barbárie”, avigorando a afirmação de que se encontra em um plano mais denso (2010, p. 59-60).⁴

Muito embora não se equivalham, as noções de dignidade e direitos humanos convergem, podendo-se afirmar, como Peces-Barba Martínez, que até mesmo dependem uma da outra. De acordo com o jurista espanhol, o estatuto

⁴ Em semelhante sentido, Peces-Barba Martínez sustenta que, historicamente, a dignidade humana acompanha a pessoa e a sociedade: “La dignidad humana en la modernidad y también en este siglo XXI aparece en contexto intelectual que arranca del tránsito de la modernidad, que ha superado avatares históricos y confrontaciones intelectuales y que se sitúa en lo que llamo el proceso de humanización y de racionalización que acompañan a la persona y a la sociedad, en los diversos procesos de liberación que conducen a la primera a la mayoría de edad y a la segunda a una organización bien ordenada que contribuye al desarrollo de las dimensiones de esa dignidad. La dignidad de la persona y la dignidad de la humanidad son dos aspectos de una misma mentalidad, la del antropocentrismo y de la laicidad, dos coordenadas que encuadran todo el proceso” (2003, p. 66-67).

dos direitos humanos está irremediavelmente amarrado aos valores da dignidade, liberdade e igualdade, de modo que a sua completa realização exige uma plena e simultânea integração desses valores (PÉREZ LUÑO, 1989, p. 287).

Considerando, então, essa vinculação tão arraigada entre os termos em foco, o que justifica a assimetria temporal entre a história dos direitos humanos e o surgimento recente da dignidade humana como preceito jurídico? Não se pode perder de vista que enquanto conceito filosófico a ideia de dignidade retroage à antiguidade, é reformulada com Kant, mas apenas alcança os documentos internacionais depois da Segunda Guerra Mundial, quedando-se silente durante as grandes revoluções do século XVIII (HABERMAS, 2010, p. 107).

Na antiguidade, é de se prevenir, a dignidade aparece com uma conotação diferente, relacionada a título, a honra, a imagem individual perante a vida social. No entanto, seu sentido atual “[...] arranca del tránsito a la modernidad, donde surge el concepto de hombre centrado en el mundo y centro del mundo, es decir, donde esa dignidad es acompañada por la idea de laicidad” (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 2003, p. 21) e, ainda assim, tendo em vista que apenas figura como elemento determinante no pós-guerra, pode-se dizer que tarda em revelar-se juridicamente.

Na linha de pensamento que vem sendo arquitetada, sublinhando-se a íntima conexão entre direitos humanos e dignidade humana, ajusta-se a tese de Habermas de que sempre existiu entre ambas as noções uma estreita relação conceitual, ainda que em um primeiro momento de maneira implícita. Reportando-se à função histórica dos direitos humanos, de resistência à arbitrariedade e opressão do poder, percebe-se que o seu apelo deriva da indignação dos ultrajados em sua dignidade. Por trás da proibição da tortura, por exemplo, ecoa o grito dos torturados. A alteração das circunstâncias históricas, bruscamente, inclusive, no curso do século XX, despertou a consciência para o que estava oculto, porém presente no cerne dos direitos humanos: “la sustancia normativa de la igual dignidad humana de cada uno, que los derechos humanos expresan en cierto modo” (HABERMAS, 2010, p. 108-109).

Ao Direito faltava, enquanto conjunto, algo mais objetivo e mais forte que as velhas razões e vontades políticas que o tinham dominado até então, afixando-se em sua estrutura no transcurso do tempo. A tranquilidade e a segurança da vida social dependiam da recuperação de um ponto de partida indiscutível a qualquer ordem social e política, o que foi alcançado pela constitucionalização dos direitos (ZAGREBELSKY, 2002, p. 68).

Sem revolver a discussão em torno dos “responsáveis teóricos” pelos regimes totalitários do século passado, cumpre admitir a força atrativa que aproxima duas linhas de pensamento tradicionalmente divergentes. A versão jurídica da dignidade a converte em uma espécie de “dobradiça conceitual” que,

ao mesmo tempo em que permite a ligação da moral de respeito igualitário com o direito positivo e a produção jurídica democrática a um mesmo eixo, não impede que essas ideias se movimentem, tanto que essa interação em circunstâncias históricas favoráveis resultaria na possibilidade de uma ordenação política baseada na constitucionalização de direitos. Na precisa alegoria de Habermas, “como la promesa moral debe ser pagada con moneda jurídica, los derechos humanos muestran un rostro de Jano, que mira al mismo tiempo a la moral y al derecho” (2010, p. 111).

Em síntese, a dignidade humana que inunda as Constituições e os documentos de Direito internacional no pós-guerra resulta de uma equação entre moralidade e dever jurídico, entre o resgate de valores e o Direito. A fórmula se encaixa, tanto que perdura como fundamento dos Estados Democráticos, mas alguns elementos continuam a gerar dificuldades de entendimento e aplicação, o que afeta, por todas as implicações que foram demonstradas, o aprimoramento teórico e a concretização efetiva dos direitos humanos de maneira universal, configurando permanente desafio à ciência do Direito.

3. AS TRANSFORMAÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO A PARTIR DO SÉCULO XX

Se a Segunda Guerra Mundial revelou uma série de fragilidades institucionais que vinham sendo edificadas desde os primórdios da modernidade, o período que lhe sobrevém favoreceu uma reflexão crítica e a adoção de mudanças significativas para a reconstrução política do Estado e seus suportes ideológicos.

Ainda que não seja prudente responsabilizar (pelo menos de modo direto) as estruturas de então pelo ocorrido, também não se pode deixar por conta do acaso que justamente depois das catástrofes testemunhadas pelo século XX a insuficiência institucional e jurídica do Estado de Direito venha à tona, deixando evidente a fragilidade desse modelo para combater os efeitos devastadores do formalismo jurídico que se acomodou sobre essa estrutura (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p. 9).

Após o apogeu do positivismo legalista e a devastação causada pelos regimes totalitários que se apoiavam em seus postulados formalistas, fazia-se necessário recuperar a dimensão valorativa do Direito, (re)inserindo-o no horizonte da justiça, da liberdade, da igualdade e da dignidade humana (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p. 10). Essa busca é a essência da jurisprudência dos valores que floresce na Alemanha em meados do século XX.

Como sublinha Larenz, a passagem a uma jurisprudência de valoração diz respeito ao “reconhecimento de valores ou critérios de valoração ‘supraleais’ ou ‘pré-positivos’ que subjazem às normas legais e para cuja interpretação e complementação é legítimo lançar mão, pelo menos sob determinadas

condições” (1997, p. 167). Contudo, diferentemente do jusnaturalismo tradicional, “a jurisprudência dos valores não se refere a um valor considerado predominante ou absoluto e preceptivamente indicado aos juristas, mas aos numerosos valores que, em abstrato, podem ser o fundamento do direito” (LO-SANO, 2010, p. 249).

Até hoje, de certo modo, é possível afirmar que a jurisprudência dos valores é preponderante no Tribunal Constitucional Alemão, tendo influenciado, na verdade, toda a formatação da teoria constitucional contemporânea, por exemplo, em Portugal, na Espanha e, inclusive, no Brasil. O grande problema é que os juristas brasileiros, particularmente, não atentaram para as distintas realidades em questão, recepcionando a tese de maneira equivocada. Com ênfase, Streck assinala que os teóricos brasileiros tomaram da jurisprudência dos valores apenas a sua tese central, qual seja, “a de que a Constituição é uma ordem concreta de valores, sendo o papel dos intérpretes o de encontrar e revelar esses interesses ou valores.” O problema é que um dos modos mais difundidos dessa recepção é devido a um segundo equívoco, relativamente à leitura que se faz da teoria da argumentação de Robert Alexy. O resultado dessa mixagem é desastroso, permitindo que os juízes, sob o pretexto de ponderar tais valores, reanimem a “velha” discricionariedade (2011, p. 50-51).

Por essa e por outras razões, o contexto pós Segunda Guerra Mundial, de modo geral, é o ponto de partida do que se habitou a chamar de neoconstitucionalismo. Apesar de se tratar de uma designação ampla, de contemplar um ideário relativamente difuso e de não encontrar na doutrina um conceito unívoco, algumas características são indissociáveis desse aporte teórico. Como exemplo, cita-se a reformulação da visão acerca das Constituições, re-creadas enquanto documento jurídico-político e, sobretudo, enquanto guardiãs dos mais caros valores da sociedade que constituem, dentre os quais a dignidade da pessoa humana, que restou definitivamente consagrada na formação dos Estados Democráticos de Direito, conforme visto anteriormente.

A própria derrocada do positivismo jurídico reflete esse aspecto. Quando se fala na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo quer-se dizer que esse fenômeno proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados, marcados pela existência de Constituições “extremamente embebedoras”, invasoras, capazes de condicionar a legislação, a jurisprudência, o estilo doutrinário, a ação dos agentes públicos e até mesmo influenciar diretamente as relações sociais (especialmente em função da ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais) (STRECK, 2005, p. 25-26).

Numerosos têm sido os estudos acerca do que o termo “neoconstitucionalismo” designa. Em contorno amplo, pode-se dizer que o neoconstitucionalismo representa o constitucionalismo social e democrático que exsurge a partir da Segunda Guerra Mundial e que é instituído pelo Estado Democrático (e Social) de Direito (STRECK, 2005, p. 25-26, passim).

De acordo com Sanchís, neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo são expressões de uso cada vez mais difundido, mesmo não sendo suficientemente precisas ao aludir uma pretensamente nova cultura jurídica. Resumidamente, o autor aponta três acepções principais acerca dos termos: i) constitucionalismo como um certo tipo de Estado de Direito; ii) constitucionalismo como uma teoria do Direito (porque um “novo” Estado constitucional reclama uma nova teoria do Direito); iii) constitucionalismo como ideologia (que também apresenta diferentes níveis ou projeções, algumas mais, outras menos problemáticas) (2005, p. 123).⁵

Analisando a “importação” do termo para o contexto brasileiro, embora num primeiro momento tenha sido estratégica, designando um constitucionalismo compromissário, dirigente e viabilizador de um regime democrático (especialmente considerando o constitucionalismo de feições liberais que se tinha, simulacro de regimes autoritários), atualmente o termo pode levar a equívocos. Quem desenvolve essa crítica e propõe a designação “Constitucionalismo Contemporâneo” para identificar esse conjunto de ideias que se desenvolve originalmente no pós-guerra e chega aos dias atuais é Streck, segundo o qual o termo neoconstitucionalismo, conforme vem sendo utilizado, representa uma clara contradição. Isso porque, no plano teórico-interpretativo, por exemplo, o neoconstitucionalismo representa não mais que a superação do *pa-leojuspositivismo* (Ferrajoli), na medida em que reforça as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da Escola do Direito Livre, da Jurisprudência dos Interesses e, mais contemporaneamente, da Jurisprudência dos Valores, de modo que, “se ele expressa um movimento teórico para lidar com um direito ‘novo’ [...], fica sem sentido depositar todas as esperanças de realização desse direito na loteria do protagonismo judicial [...]”, como vem ocorrendo. Desse conjunto de fatores o autor reconhece que, para identificar “a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma Constituição normativa e da integridade da jurisdição”, torna-se mais pertinente a denominação Constitucionalismo Contemporâneo (com iniciais maiúsculas) para referir-se ao movimento que desaguou nas Constituições após a Segunda Guerra Mundial. Assim, evitam-se as contradições e os mal-entendidos que permeiam o termo *neoconstitucionalismo* (STRECK, 2011, p. 36-37).

Desse novo constitucionalismo extraem-se pelo menos três aspectos que provocaram modificações tão significativas no Direito que são destacados por

⁵ Para o autor, “Neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporâneo o, a veces también, constitucionalismo a secas son expresiones o rúbricas de uso cada día más difundido y que se aplican de un modo un tanto confuso para aludir a distintos aspectos de una presuntamente nueva cultura jurídica. Creo que son tres las acepciones principales. En primer lugar, el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, designando por tanto el modelo constitucional de una determinada forma de organización política. En segundo término, el constitucionalismo es también una teoría del Derecho, más concretamente aquella teoría apta para explicar las características de dicho modelo. Finalmente, por constitucionalismo cabe entender también la ideología que justifica o defiende la fórmula política así designada.”

proporcionarem a superação do paradigma positivista: i) a teoria das fontes, pois a lei já não é a única fonte de juridicidade, aparecendo a própria Constituição como auto-aplicativa (vale a ressalva de que esta ampliação das fontes não é necessariamente própria do “neoconstitucionalismo”, tendo em vista que é referida, na década de 1920, no pensamento do constitucionalismo material de Smend e Heller acerca da República de Weimar, por exemplo); ii) a substancial alteração da teoria da norma, em face do surgimento dos princípios, a incidir também na teoria das fontes; e, por fim, iii) a interpretação, a incidibilidade entre vigência e validade e entre texto e norma, características do positivismo, dá lugar a um novo paradigma hermenêutico-interpretativo (STRECK, 2005, p. 25).

Tudo gira, destarte, em torno da ressignificação da Constituição, do seu reposicionamento hierárquico no interior do sistema jurídico-político. Se em modelos estatais anteriores esse documento não atingiu autoridade maior do que um instrumento legal de ordenação e conformação, no Estado emergente em meados do século XX a Constituição não apenas lhe adjetiva, como reivindica toda a sua primazia e superioridade seja em aspectos formais ou substanciais, agregando, ademais, uma função transformadora do ordenamento que constitui.

3.1. Os processos de globalização e as afetações ao Direito

Outro feixe de novidades que abalou as pretensamente seguras construções modernas do Estado de Direito foi o desencadeamento de uma série de eventos que se pode reunir sob a expressão “globalização”.

Termo de definição complexa, “a globalização gera uma certa mudança cognitiva, que se expressa numa conscientização popular crescente do modo como os acontecimentos distantes podem afetar os destinos locais (e vice-versa) [...]”, além da conhecida alteração redutiva acerca da percepção do tempo e do espaço geográfico (HELD; MCGREW, 2001, p. 13).

Não obstante a diversidade de conceitos e aspectos existentes, dentre todas as dimensões e controvérsias da globalização um denominador comum pode ser identificado. Tal elemento comum representa a corrosão de uma das principais premissas da modernidade: “a idéia de que se vive e se interage nos espaços fechados e mutuamente delimitados dos Estados nacionais e de suas respectivas sociedades nacionais.” Desse modo, a globalização manifesta-se nas mais variadas experiências e sentidos da vida cotidiana que passa a desconhecer fronteiras econômicas, informativas, ecológicas, técnicas entre outras tantas (BECK, 1999, p. 46).

Referindo-se, especificamente, às repercussões do fenômeno no plano jurídico, Faria antecipa as enormes dificuldades e as notáveis limitações estruturais que se colocam para o direito positivo e para os tribunais que deverão

aplicá-lo, a comprometer, inclusive, sua funcionalidade, tendo em vista que toda essa composição foi concebida para atuar dentro de limites territoriais bem definidos (FARIA, 2010, p. 300).

A globalização inaugura uma era de interdependência que é, sobretudo, a era do pluralismo normativo, significando “o fim da concepção monista da produção jurídica e dos princípios sobre os quais esta se sustentou.” Com isso há uma quebra geral de modelos organizativos e, também, teóricos (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p.52).

Daí emerge um novo paradigma que desloca o Estado do seu eixo até então não apenas central, mas exclusivo de regulação e soberania, na medida em que fomenta o surgimento e a atuação mais intensa de outros atores internacionais. Assim, o quadro em que todas essas transformações se veem em curso mudou substancialmente, ao passo que o Estado e o Direito, em geral, ainda se valem das mesmas instituições e padrões de origem (ao menos no que concerne a sua estrutura básica e justificação teórica). Aliás, valem-se, ainda, de uma certa vinculação necessária que não mais corresponde à realidade, pois ao mesmo tempo em que o contexto globalizado desloca o Estado do seu eixo até então exclusivo e central, desamarra-lhe do Direito, ganhando espaço outras fontes e formas de regulação.

Examinando o Direito de uma perspectiva funcional, cumpre-lhe o papel de estabilização de expectativas comportamentais generalizadas e resolução de conflitos, tarefas para as quais se mostra cada vez mais despreparado. À medida que isso se acentua, o direito positivo e os tribunais “tienden a ser suplantados en su papel de garantizadores del control de la legalidad por justicias paralelas y normatividades yuxtapuestas, de nivel infra o supranacional, y de carácter no-estatal, infra-estatal o supra-estatal” (FARIA, 2010, p. 301).

Considerando o Direito moderno, no máximo até meados do século XX, identifica-se uma estrutura fundada sobre um “modelo piramidal”, que encontra na figura do Estado a fonte exclusiva de toda a juridicidade. Com o surgimento e intensificação do fenômeno globalizante e, corolário, a emergência de novos atores e relações internacionais, um novo modelo tende a surgir, sendo precisamente aquele de um “Direito em rede”, no qual o campo jurídico se apresenta sob a forma de uma multiplicidade de pontos em inter-relação (CHEVALLIER, 2009, p. 125).

Essa ideia de um Direito em rede responde à própria discrepância que se estabelece entre as limitações estruturais do direito positivo e suas consecutórias instituições, de perfil arquitetônico, e a crescente complexidade do mundo contemporâneo. As normas derivadas dessa tradição normalizadora, no interior de um sistema pretensamente coerente e fechado não conseguem abarcar a “[...] pluralidad de situaciones sociales, económicas, políticas y cul-

turales cada vez más diferenciadas funcionalmente”, situações estas que se estruturam em redes e não em relações hierarquizadas, de modo a demandarem um ordenamento jurídico que corresponda a uma tal disposição (FARIA, 2010, p. 306).

Além disso, anuncia-se que “o pluralismo domina a produção do Direito”, de modo que, “por um lado, o Estado não aparece mais como a única fonte do direito, a única instância da regulação jurídica” e, de outro, “o pluralismo conquista o próprio direito estatal, pelo jogo do desenvolvimento no seio do Estado de fontes autônomas de produção do direito” (CHEVALLIER, 2009, p. 144-145).

Todos esses movimentos trazem um problema de “reinvenção do território”. “A supranacionalização e a internacionalização do direito com as liberdades globalitárias [...] esvaziam o Estado e a Constituição” (CANOTILHO, 2008, p. 219). Torna-se arcaico o esquema conceitual do Estado e do Direito pois incapaz de fornecer compreensões juridicamente adequadas aos problemas de um novo fenótipo organizativo. A dificuldade de aplicação de normas de ordenamentos diferentes, da interconstitucionalidade e da proteção dos direitos fundamentais impõe que pelo menos se pense em um outro modelo (CANOTILHO, 2008, p. 231-232).

A exemplo, recorde-se o caso *Von Hannover v. Germany*, em que a princesa Caroline de Mônaco, tendo fotos suas e de sua família em momentos privados divulgadas pela imprensa alemã, recorreu aos tribunais para garantir seu direito à privacidade. Num primeiro momento, o Tribunal Alemão privilegiou a liberdade de imprensa, considerando haver restrições à proteção da intimidade de pessoas proeminentes (15 de dezembro de 1999). Todavia, a princesa ingressou com ação perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, que contrariou o primeiro julgamento, entendendo que houve invasão indevida da intimidade de Caroline de Mônaco (24 de junho de 2004) (NEVES, 2009, p. 138-139).

Com isso se percebe que a sociedade globalizada vive situações que ultrapassam as fronteiras territoriais. Por mais que internamente possam estar razoavelmente bem delimitados os contornos dos direitos fundamentais, fenômenos como a globalização e a internacionalização permitem que os conflitos ocorram em escala global, tornando insuficientes as previsões e as instituições locais.

Em nome da soberania, como é sabido, não há hierarquia entre as decisões opostas do caso comentado, mas o relato indica que, no mínimo, deve ser pensada uma relação diferente para que o Direito possa harmonizar essas relações que têm assumido dimensões inéditas.

O nexó histórico entre Estado e Constituição, bem com o vínculo (aparentemente) indissolúvel que os une junto à missão de garantia dos direitos

fundamentais revela-se contingente, precisando ser questionado. Sendo assim, “a garantia dos direitos, sua realização em termos práticos, requer a implementação de novos modelos jurídicos de acordo com as exigências da interdependência na era da globalização”, sendo a própria sobrevivência do constitucionalismo, enquanto compromisso axiológico substantivo, que está em jogo, carecendo de empenhos supranacionais diante das investidas do capitalismo global. Faz-se necessário “um modelo de Constituição baseado na interdependência e não sobre a autarquia do sistema jurídico” (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p. 64-65).

Nesse sentido, torna-se característico desse tempo a contradição entre normatividade e realidade constitucional, cujo desenvolvimento, se levado às últimas consequências, permite a afirmação de que o Direito Constitucional começa a ficar sem realidade constitucional. Ademais, uma vez imerso no “gigantesco e incontrolável processo de mundialização econômica”, o Direito Constitucional torna-se inócuo aos seus problemas e efeitos, sendo neste momento em que se completará a imprudente substituição da ideologia do Constitucionalismo – em que historicamente fundamentou-se o Estado Constitucional, inclusive do ponto de vista moral e político – pela ideologia da Constituição, insuficiente em prover “criterios políticamente legitimadores y jurídicamente eficaces contra los demoleedores efectos de la globalización” (GARCÍA, 1998, p. 31).

Para a efetivação de uma proposta rearticuladora, no entanto, há que se encontrar um ponto comum que permita tão ambiciosa alternativa, tarefa de que se ocupam, não raro, os direitos humanos, enquanto o mínimo ético possível à (re)estruturação das relações fragmentadas na (ou pela) globalização, notadamente considerando o processo de internacionalização, nos termos apresentados de início.

Ainda assim, conforme se pretende desenvolver na sequência, os direitos humanos enquanto ponto de intersecção e diálogo em um ambiente globalizado e internacionalizado não estão imunes à divergência e crítica, as quais precisam ser tomadas a sério caso se queira conferir ao tema a importância e seriedade que reclama.

4. A REPERCUSSÃO DA GLOBALIZAÇÃO E DA INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO: OS DIREITOS HUMANOS E SEU CARÁTER (CONTRA)HEGEMÔNICO

Mesmo sabendo-se da qualidade multifacetada do que se designa, genericamente, por globalização (cujos desdobramentos não são ignorados, porém não representam objeto essencial para os propósitos presentes), independente das variações terminológicas e teleológicas possíveis, um dos aspectos

que dificilmente lhe poderá ser negado enquanto fenômeno diz respeito à capacidade de alcance, em maior ou menor grau, de escala mundial.

Diz-se em maior ou menor grau porque, em verdade, a globalização intensifica as relações sociais, interligando e influenciando localidades e acontecimentos em escala global, sendo, contudo, “[...] a dialectical process because such local happenings may move in an obverse direction from the very distanced relations that shape them” (GIDDENS, 1990, p. 64).

Alinhando-se a tal entendimento, de certa forma, Boaventura trabalha com a pressuposição de que a globalização é um conjunto de relações sociais que se transforma na medida em que também se transformam as próprias relações, de modo que não existe “globalização”, mas “globalizações”. Enquanto feixes de relações sociais, as globalizações inevitavelmente se envolvem em conflitos, de onde surgem vencedores e vencidos, estes cujo destino é o (quase) completo desaparecimento. Em síntese, “o que chamamos globalização é sempre a globalização bem sucedida de um determinado localismo” e, em contrapartida, “a localização é a globalização dos vencidos” (2010, p. 194-195).⁶

Existem diferentes processos por meio dos quais esse dado que se convencionou chamar por globalização é produzido. Na linha exposta por Boaventura, por exemplo, é possível visualizá-lo disseminar-se hegemonicamente, subjugando as culturas e os povos “derrotados” na batalha histórica e ideológica.

Essa perspectiva é refletida por Bolzan de Moraes ao reconhecer que, de um lado – note-se, existe(m) outro(s) –, “a globalização em seu sentido estrito, como projeto econômico hegemônico, unilateral e, por consequência, uniformizante, aparece como uma perversa farsa que impõe um padrão único e totalizante – para sermos eufemísticos – de condutas [...]” (2006, p. 21).

O próprio caráter de universalidade dos direitos humanos, especialmente no sentido proposto e consagrado pelos documentos internacionais, que têm como grande marco a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, considerando a sua evolução histórica ocidentalizada e o fato de ter sido (pelo menos inicialmente) assumida pelos vencedores da guerra, tende a contribuir para a identificação de um discurso hegemônico.

Sendo um dos impulsos fundamentais para a internacionalização do direito, a universalidade dos direitos humanos institucionaliza e promove um mínimo ético universal que compreende a garantia de certos conteúdos que passam a ser considerados indispensáveis a todos os seres humanos e, desarte, impõem-se em cada lugar do planeta. “Com isso, os direitos humanos

⁶ Considerando essa lógica “vencedor-vencido”, o autor define a globalização como “o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival” (2010, p. 438).

promovem um padrão civilizatório que envolve as práticas político-jurídicas e econômicas em todos os âmbitos” (BOLZAN DE MORAIS; SALDANHA; VIEIRA, 2011, p. 113).

Por essa qualificação dos direitos humanos enquanto “personificação dos ideais de uma boa sociedade” é que Boaventura os associa a uma prática hegemônica (2014, p. 34-35)⁷, sustentando que, assim concebidos, tais direitos tendem a ser sempre um instrumento de “choque de civilizações”, mais precisamente, do Ocidente contra o “resto do mundo”. A universalidade (que não acontece na prática) reponde a uma aspiração de completude cultural em torno de determinados valores fundamentais, mas acaba por negar a universalidade do que questiona (SANTOS, 2010, p. 442-443).

Em franca divergência – aqui comungada, Ferrajoli julga falaciosa a crítica à universalidade dos direitos humanos baseada na cultura (sobretudo, pelo relativismo), o que se justifica pela própria concepção de direitos fundamentais do autor (conceito não apartado dos direitos humanos): “leyes del más débil contra la ley del más fuerte”. Enquanto “lei do mais fraco” os direitos servem para proteger os indivíduos contra tudo e contra todos que lhe oprimem, inclusive contra a sua própria cultura, se for o caso (2008, p. 56).

Sublinha-se que o caráter universal dos direitos humanos não se deve ao fato de serem (supostamente) compartilhados universalmente, mas sim ao fato de que são destinados a todos, indistintamente. São normas jurídicas heterônomas cuja validade dispensa um respaldo consensual, aliás, “son establecidas precisamente porque tal consenso no puede darse por descontado, ni siquiera dentro de nuestra cultura.” Não se trata de negar a cultura, trata-se apenas de não permitir que ela prevaleça sobre os direitos das pessoas (FERRAJOLI, 2008, p. 149).

Nesse sentido, a universalidade dos direitos humanos não pretende negar a importância da cultura, da comunidade ou da historicidade, apenas sustenta uma presença moral não condicionada por fatores histórico-sociais ou quaisquer outros que não a condição de humano. Assim, “os direitos humanos representam um progresso moral da humanidade como um todo, pois estabelecem um conjunto de direitos que se devem os homens reciprocamente para proteger a sua condição humana universal” (LUCAS, 2010, p. 268).

⁷ “[...] considero ser hegemônica, no nosso tempo, uma rede multifacetada de relações econômicas, sociais, políticas, culturais e epistemológicas desiguais baseadas nas interações entre três estruturas principais de poder e dominação – capitalismo, colonialismo e patriarcado – que definem a sua legitimidade (ou dissimulam a sua ilegitimidade) em termos do entendimento liberal do primado do direito, democracia e direitos humanos, vistos como a personificação dos ideais de uma boa sociedade” (SANTOS, 2014, p. 34-35).

Considerando as transformações em curso, a satisfatória garantia desses direitos reclama, além da adequada proteção das constituições nacionais, o respaldo por regimes, leis e instituições de alcance global (HELD; MCGREW, 2001, p. 89), cuja fundamentação e legitimidade de atuação poderão ser buscadas justamente no elemento de universalidade dos direitos humanos.

Mesmo Boaventura, utilizado como contraponto, que se recusa a aceitar esse caráter por identificar aí uma prática hegemônica (embora não recorra, também, para o rival tradicional do universalismo, já que o relativismo cultural também é rechaçado pelo autor) admite alternativas e possibilidades de uma transformação cosmopolita dos direitos humanos, para o que propõe um procedimento hermenêutico denominado *hermenêutica diatópica*.⁸ A partir da superação de uma série de contradições, é reconhecido o potencial contra hegemônico⁹ dos direitos humanos, desde que reconstruídos interculturalmente.

Para Bolzan de Moraes, a lógica humanitária permite a projeção de “um pensamento universal democrático que não vise à difusão de um modelo único, desde um ‘lugar’ único, mas a emergência em diversos lugares de uma vontade (um desejo) de reconhecer direitos comuns a todos os seres humanos [...]”, de modo a harmonizar e não unificar posições (2011, p. 129-130).

No contexto latino-americano todos esses aportes teóricos ganham, em maior ou menor escala, concretude. Seja pelas diferenças históricas que fincam suas raízes desde a formação do Estado nacional, especialmente se utilizados para estudo, como normalmente ocorre, os paradigmas europeus, seja por peculiaridades socioeconômicas e culturais, a “absorção” irrefletida (quando não forçada) de determinados padrões materializou boa parte das criticadas práticas hegemônicas decorrentes de direcionamentos específicos da globalização e da universalidade dos direitos humanos.

Historicamente “a dinâmica de contextualização latino-americana tem sido marcada por um cenário construído pela dominação interna e pela submissão externa”, seguindo “uma trajetória fundada na lógica da colonização, da exploração e da exclusão dos múltiplos segmentos étnicos, religiosos e societários.” Movimentos camponeses, indígenas, negros e outros grupos dominados por minorias detentoras de poder confirmam o denunciado caráter hegemônico da adesão a modelos culturais elitizados (seja de matriz eurocêntrica ou norte-americana) (WOLKMER; FAGUNDES, 2013, p. 330).

⁸ Para um quadro mais completo acerca das mencionadas alternativas e seus aspectos conceituais e operacionais verificar SANTOS, 2010, p. 441-470.

⁹ “[...] considero ser contra-hegemônica a mobilização social e política que se traduz em lutas, movimentos ou iniciativas, tendo por objetivo eliminar ou reduzir relações desiguais de poder e transformá-las em relações de autoridade partilhada, recorrendo, para isso, a discursos e práticas que são inteligíveis transnacionalmente mediante tradução intercultural e articulação de ações coletivas” (SANTOS, 2014, p. 35).

A própria formação dos Estados nacionais na América Latina se deu pelos e para os descendentes de invasores europeus, tendo como traço comum, portanto, o fato de terem sido edificados para uma parcela minoritária da população, muito diferente da formação europeia desenvolvida em torno da construção de uma identidade comum/nacional. No cenário latino-americano, ao contrário, por não interessar à elite dominante que considerável parte da população se sentisse integrante do Estado, em diferentes proporções, “milhões de povos originários (de grupos indígenas os mais distintos) assim como milhões de imigrantes forçados africanos, foram radicalmente excluídos de qualquer ideia de nacionalidade” (MAGALHÃES, 2010, p. 209).

Isso porque “a colonização é um processo não somente geográfico, mas compreende uma estratégia cognitiva de negação do outro.” No entanto, “reflexões sobre o Estado e o Direito no continente latino-americano encontram-se em avançado repensar”, anunciando o surgimento de um novo paradigma, que tem se movido “em busca do resgate da cultura violentamente encoberta e marginalizada por um processo que se fez hegemônico e que ainda está sendo ocultado numa democracia manipulada” (WOLKMER; FAGUNDES, 2013, p. 336).

Duas fortes expressões desses novos rumos encontram-se na figura do Estado Plurinacional (com destaque para os modelos definidos pelas Constituições da Colômbia, Equador e Bolívia¹⁰⁻¹¹) e do que vem sendo chamado de Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

¹⁰ Nesse sentido, “Las Constituciones de Ecuador y Bolivia se proponen una refundación del Estado a partir del reconocimiento explícito de las raíces milenarias de los pueblos indígenas ignorados en la primera fundación republicana, y por ende se plantean el reto histórico de poner fin al colonialismo. Los pueblos indígenas son reconocidos no sólo como “culturas diversas” sino como *naciones originarias* o *nacionalidades* con autodeterminación o libre determinación. Esto es, sujetos políticos colectivos con derecho a definir su destino, gobernarse en autonomías y participar en los nuevos pactos de Estado, que de este modo se con gura como un “Estado plurinacional”. Al de nirse como un Estado plurinacional, resultado de un pacto entre pueblos, no es un Estado ajeno el que “reconoce” derechos a los indígenas, sino que los colectivos indígenas mismos se yerguen como sujetos constituyentes y, como tales y junto con otros pueblos, tienen poder de definir el nuevo modelo de Estado y las relaciones entre los pueblos que lo conforman. Es decir, estas Constituciones buscan superar la ausencia de poder constituyente indígena en la fundación republicana y pretenden contrarrestar el hecho de que se las haya considerado como menores de edad sujetos a tutela estatal a lo largo de la historia (FAJARDO, 2011, p. 149).

¹¹ Existem outras designações para identificar essa nova formação constitucional expressada por algumas Constituições latino-americanas, como Constitucionalismo Ecocêntrico, nos termos explicados por Moraes: “Emerge dos cenários, social, político e jurídico, na região dos Andes na América Latina, um constitucionalismo de feição ecocêntrica, o qual ostenta como bandeiras o reconhecimento dos direitos da natureza (Pacha-mama) e a cultura do Bem Viver, tendo como principais centros irradiadores de mudanças, o Equador e a Bolívia, cujas reformas constitucionais recentes, respectivamente, em 2008 e 2009, a partir da inclusão dos povos indígenas e de outras minorias étnico-raciais, como atores sociais na atualidade, incorporaram vetustos valores resgatados das raízes pré-colombianas comuns, entre os quais sobressai o respeito à natureza e ao ambiente, vale dizer, o respeito prioritário à vida” (2013, p. 126).

Por Estado Plurinacional designa-se um conjunto de ideias e ações que, considerando desde as diferenças históricas já mencionadas acerca da formação do Estado na América Latina com relação ao padrão europeu, propõe a superação das bases uniformizadoras e intolerantes do Estado nacional, que impõem a diferentes grupos os mesmos valores. Trata-se de uma estrutura organizacional que “reconhece a democracia participativa como base da democracia representativa e garante a existência de formas de constituição da família e da economia segundo os valores tradicionais dos diversos grupos sociais (étnicos e culturais) existentes” (MAGALHÃES, 2010, p. 211).

A *multietnicidade* e *multiculturalidade* são destacadas também por Häberle e Kotzur ao pretenderem identificar elementos de identidade das Constituições latino-americanas em contraste com o “Direito constitucional comum europeu”. De acordo com os autores alemães, “debido a la presencia anterior de los pueblos nativos [...], la historia colonial y, más tarde, la historia constitucional, esos países tienen que retomar positivamente en los textos constitucionales la pluralidad de culturas, lenguas y etnias”, ressaltando o fato de que isso é, em geral, desconhecido pelas Constituições europeias (2003, p. 57-58).

Nessa linha, os últimos anos têm testemunhado o surgimento de algo novo no constitucionalismo, especialmente, sul-americano. Iniciativas já adotadas na Bolívia, Equador e Venezuela vêm rompendo os grilhões da lógica liberal-individualista tradicionalmente assumida e “reinventando o espaço público a partir dos interesses e necessidades das majorias alijadas historicamente dos processos decisórios.” As Constituições de diversos países da América Latina estão se distanciando das matrizes eurocêntricas que predominaram por séculos, promovendo um repensar do Estado e do Direito e uma re-fundação das instituições em favor das culturas oprimidas e apagadas de sua própria história. Em síntese, esses são os principais traços do que vem sendo caracterizado como Novo Constitucionalismo Latino-Americano, de cariz transformador e emancipatório (WOLKMER; FAGUNDES, 2011, p. 377-378).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os processos de globalização (ou, globalizações, para haver certeza de que os múltiplos aspectos do fenômeno sejam devidamente registrados) e de internacionalização do direito a partir dos direitos humanos estabelecem uma série de contradições, dúvidas e dificuldades, tanto teóricas quanto práticas, o que não torna menos importante (aliás, muito pelo contrário) a tarefa e a necessidade de esforços para compreendê-los.

O trabalho construído ao longo dessas páginas repletas de indefinições pela própria natureza dos temas representa um esforço exatamente nesse sentido, de auxiliar, a partir do entendimento da dinâmica global/internacional contemporânea, a contextualização do Direto e do Constitucionalismo em uma lógica de funcionamento distinta das suas condições originárias.

Condições que, inclusive, são postas em xeque no limiar do século XXI. A até então relativamente consolidada perspectiva de universalidade dos direitos humanos aliada à globalização acusa-se de permitir, quando não fomentar, práticas hegemônicas que dificultam ou mesmo interrompem as vias de comunicação do Direito com a cultura própria de cada povo, dado que justificou o recorte espacial da análise voltada à América Latina, onde muitas culturas foram oprimidas por esses meios.

Além do questionamento, contudo, emergem alternativas e possibilidades, como a figura do Estado Plurinacional e do Novo constitucionalismo Latino-Americano, que aos poucos vão concretizando um paradigma de transição capaz de romper com a hegemonia de séculos. Para tanto, acredita-se na renovada importância dos direitos humanos, que a partir de adequadas releituras e ressignificações pode contribuir para a consolidação de um novo fenotipo organizacional que respeite a diversidade sem impedir o diálogo que depende de premissas éticas compartilhadas.

REFERÊNCIAS

ALVES, J.A. Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 1994.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. Crises do Estado, democracia política e possibilidades de consolidação da proposta constitucional. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz. **Entre discursos e culturas jurídicas**. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra, 2006.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Gustavo Oliveira. Sobre a internacionalização do direito a partir dos direitos humanos. Ou: para onde caminha a humanidade. **Revista Direitos Culturais**. Santo Ângelo, v.6, n.11, p. 109-132, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://srvapp2s.urisan.tche.br>>. Acesso em: 07 Ago. 2014.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 Jul. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CONSTITUTE. **The world’s Constitutions to read, search, and compare**. Disponível em: <<https://www.constituteproject.org>>. Acesso em: 05 Ago. 2014.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). **El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.

FARIA, José Eduardo. Policentrismo versus soberanía: los nuevos órdenes normativos. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**. n. 44, Año 2010. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es>>. Acesso em: 23 Maio 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008.

GARCÍA, Pedro de Vega. Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual. **Revista Estudios Políticos** (Nueva Época). n. 100, abril-junio 1998. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es>>. Acesso em: 30 Abr. 2014.

GIDDENS, Anthony. **The consequences of modernity**. Stanford: Stanford University Press, 1990.

HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. **De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano**. Traducción de Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HABERMAS, Jürgen. La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**. n. 44, año 2010. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es>>. Acesso em: 22 Jul. 2014.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

- HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e contras da globalização**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Coleção Estado e Constituição. nº 9. Tradução de Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de António Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no Direito**. V. 2. O século XX. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença**. Ijuí: Unijuí, 2010.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Plurinacionalidade e cosmopolitismo: a diversidade cultural das cidades e diversidade comportamental nas metrópoles. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, n. 7, p. 203-216, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.>>. Acesso em: 07 Ago. 2014.
- MALUSCHKE, Günther. A dignidade humana como princípio ético-jurídico. In: **Revista Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Ceará**, v. 37, n. 1, p. 95-117, jan./jun. 2017. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos>>. Acesso em: 12 Nov. 2017.
- MORAES, Germana de Oliveira. O constitucionalismo ecocêntrico na América Latina, o bem viver e a nova visão das águas. In: **Revista da Faculdade de Direito**, Fortaleza, v. 34, n. 1, p. 123-155, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.revistadireito.ufc.br>>. Acesso em: 12 Nov. 2017.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/carta-das-nacoes-unidas/>>. Acesso em: 20 Jul. 2014.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 20 Jul. 2014.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho**. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2003.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Sobre los valores fundadores de los Derechos Humanos. In: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **El fundamento de los Derechos Humanos**. Madrid: Debate, 1989.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. **Estudos jurídicos**. São Leopoldo: Unisinos, vol. 38, n. 1, jan. – abr. 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos e justicia**. 4. ed. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Para um novo paradigma de Estado Plurinacional na América Latina. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 18 - n. 2 - p. 329-342 / mai-ago 2013. Disponível em: <<http://www.univali.br/periodicos>>. Acesso em: 07 Ago. 2014.

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Revista Pensar**. Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.unifor.br/index.php>>. Acesso em: 15 Ago. 2014.

* **Submetido em: 24 jan. 2017. Aceito em: 13 nov. 2017.**



TROCA DE INFORMAÇÕES NO ÂMBITO DOS ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO: A TRANSPARÊNCIA FISCAL EM FACE DO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO

*Carlos Otávio Ferreira de Almeida**
*Mario Di Stefano Filho***

Resumo

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), importante foro de discussões sobre tributação internacional, desenvolveu um consagrado modelo de convenção para evitar a bitributação, cujo artigo 26 versa sobre troca de informações fiscais. Trata-se, pois, de valioso instrumento para consagrar a cooperação internacional em matéria tributária. Considerando-se que os avanços nas medidas preconizadas pela OCDE para conter a evasão fiscal não foram acompanhadas, nem em intensidade e nem em clareza, no tocante aos direitos dos contribuintes, este artigo confronta a tendência expansiva da transparência internacional e potenciais obstáculos dispostos na legislação interna quanto à proteção de garantias dos contribuintes, como, por exemplo, sigilo bancário, troca de informações sobre fatos anteriores à vigência de um acordo internacional ou mesmo sobre a necessidade de o contribuinte ser notificado previamente ao acesso do fisco a seus dados pessoais.

Palavras-chave

Cooperação fiscal internacional. Transparência. Acordos de bitributação. Direitos fundamentais de contribuintes.

EXCHANGE OF INFORMATION WITHIN DOUBLE TAX TREATIES: TAX TRANSPARENCY IN THE FACE OF DOMESTIC LAW

Abstract

The Organization of Economic Cooperation and Development (OECD), the main forum of discussion of international taxation, has developed a convention established model to avoid double taxation. The article 26 of that model is about the exchange of information, powerful tool to reach international cooperation in tax matters. Thus, this article aims to analyze confrontation

* Professor Dr. Pesquisador – PUC Campinas. Pesquisador Visitante - Vienna University of Economics and Business(WU), Áustria. Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário-Universidade de São Paulo USP. Mestre em Direito Público - Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito Tributário - University of Florida (Levin), EUA. Coordenador do Grupo de Estudos Tributação e Desenvolvimento – GETRIDES.

** Pós-Graduando em Direito Tributário pela PUC-Campinas. Pós-Graduando em Direito Público pela Escola Superior de Direito/Proordem Campinas. Discente-pesquisador no Programa de Iniciação Científica da PUC-Campinas (2015). Advogado em Campinas.

between the conventional rule on exchange of tax information and the national law, which can shelter fundamental taxpayers' rights on relevant matters such as bank secrecy, retroactivity and the necessity of a prior notification issued by tax authorities to access taxpayers' personal data.

Keywords

International tax cooperation. Transparency. Double tax treaties. Taxpayers' fundamental rights.

1. INTRODUÇÃO

A globalização trouxe a suavização de fronteiras internacionais, vulgarizando a tributação da renda como fator de interesse de mais de um Estado. Como resultado, forja-se uma realidade competitiva, na qual Estados devem ser suficientemente atrativos para conquistar investimento externo direto (IED).

Ante a atual conjuntura, expressa pela finitude de recursos públicos e respectiva dificuldade em obtê-los, a procura por divisas movimentada as jurisdições, dando maior ensejo ao fenômeno da bitributação - decorrência "da previsão de um mesmo fato pelas hipóteses de incidência de duas normas emitidas por soberanias distintas"¹.

Também relevante para o ingresso de recursos públicos é o combate à evasão fiscal, razão pela qual a atuação de pessoas físicas e jurídicas na ordem internacional está crescentemente sob os holofotes da transparência. Nesse contexto, países com baixas condições de concorrer pelo IED não raras vezes adotam práticas potencialmente lesivas aos cofres alheios, tais como excessiva proteção ao sigilo ou tributação irrisória, favorecendo, assim, a práticas elisivas².

Por seu turno, ilícitos fiscais ganham em complexidade e abrangência, valendo-se das possibilidades trazidas pelo intercâmbio global³. Comuns são as práticas de não declaração de recursos lícitos, assim como de transferência de recursos ilícitos, que podem vir a subsidiar a prática de terrorismo, tráfico ou financiamento de ditaduras⁴.

¹ ALMEIDA, Carlos O. F. Tributação internacional da renda: a competitividade brasileira à luz das ordens tributária e econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p.42-43; 66.

² CORRIN, Jennifer. Responding to challenges to a bank's duty of confidentiality in offshore finance centers: The Vanuatu example. Scarborough: Banking & Finance Law Review 28 (2). Abril, 2013, p. 250.

³ ANAMOURLIS, Tony and NETHERCOTT, Les. An Overview of Tax Information Exchange Agreements and Bank Secrecy. In: IBFD. Bulletin for International Taxation Volume 63 (12). 2009. p 616.

⁴ TAKANO, Caio Augusto; SANTOS, Ramon Tomazela. O "Foreign Account Tax Compliance Act" (FATCA) e seus impactos no ordenamento jurídico brasileiro: Reflexões a partir das perspectivas da eficiência, da praticabilidade e da proporcionalidade. Revista Dialética de Direito Tributário n: 226, 2014, p.31-47.

Em face de tema tanto instigante quanto relevante, este trabalho analisa a troca de informações fiscais como pilar da transparência internacional em matéria tributária, na conjuntura internacional, na previsão veiculada pelo artigo 26 da Convenção-Modelo da OCDE e, em especial, no âmbito dos acordos de bitributação firmados pelo Brasil. Mais à frente, o texto confronta os acordos de bitributação com a legislação interna, indicando pontos controversos que poderão mitigar, eventualmente, o alcance das trocas de informações fiscais, em virtude da priorização de garantias fundamentais como o sigilo, a irretroatividade e o direito do contribuinte à prévia notificação.

Ao final, objetiva-se concluir acerca da expansão da transparência fiscal internacional, que, embora justificável, deve respeitar à segurança jurídica dos contribuintes. Este deve ser o norte a guiar as etapas de aproximação entre os Estados que almejam combater a evasão fiscal de forma multilateral.

Para atingir os resultados a que se propõe, este artigo obedece à metodologia dedutiva, resultado da consulta a referencial bibliográfico adstrito à tributação doméstica e internacional da renda, abrangendo normas domésticas e internacionais, assim como jurisprudência e trabalhos publicados por organizações internacionais, especialmente a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

2. TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL E TROCA DE INFORMAÇÕES FISCAIS

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em sua missão de promover o bem-estar econômico e social dos países, tem combatido condutas que lhe são adversas, como evasão fiscal, dupla tributação e planejamento tributário abusivo. Com efeito, aquela organização internacional busca efetivar a transparência ao identificar e relatar práticas nocivas sobre competição tributária. Do mesmo modo, desenvolve medidas para combater tais práticas desde a edição de seu Relatório sobre Competição Tributária Nociva, publicado em 1998, que apontou a troca de informação como o método mais efetivo para assegurar a cooperação entre Estados.

Termo de difícil definição, **práticas nocivas** foram identificadas no Relatório de 1998 da OCDE por meio de quatro características-chave, que passaram a configurar jurisdições não cooperantes no cenário internacional: (i) se exercerem tributação irrisória ou nula; (ii) se seus regimes não forem transparentes; (iii) se efetivamente trocarem informações; (iv) e se adotarem regimes cercados, protegidos para fins tributários, do restante da economia doméstica (ditos regimes *ring fenced*).

Para aprofundar os trabalhos da OCDE relativos a riscos de atuação de jurisdições não cooperantes, foi criado, em 2000, O Fórum Global de Transparência (*Global Transparency Forum*). Atualmente com 130 integrantes (membros

e não-membros da OCDE), o Fórum Global atua para a implantação dos padrões internacionalmente aceitos de troca de informação e transparência em matéria fiscal. Em decorrência de seus esforços, foi elaborado, em 2002, um modelo de TIEA (*Tax Information Exchange Agreement*), acordo cuja intenção é articular o auxílio entre Estados para o intercâmbio de informação fiscal.

O Fórum Global, por meio da análise dos relatórios denominados *Peer Review*, passou a verificar a adoção do padrão de transparência por parte dos Estados. Os trabalhos foram divididos em 2 fases, sendo uma primeira sobre a estrutura normativa e a segunda sobre a implantação prática dos padrões de transparência e troca de informações internacionalmente aceitos⁵.

Dentre as análises sobre um dado país, o *Peer Review* observa se o ordenamento jurídico assegura a disponibilidade da informação sobre propriedade e identidade para as autoridades competentes e, caso relevantes, os dados provenientes de entidades e transações serão armazenados sigilosamente, em respeito aos direitos fundamentais dos usuários.⁶ As autoridades competentes deverão ter o poder de obter e prover a informação que lhe seja requisitada sobre qualquer pessoa de sua jurisdição, garantindo, além da compatibilidade entre os direitos do contribuinte e a informação requisitada, a confidencialidade e a tempestividade da informação.

2.1. A troca de informações na ordem internacional

A recente disposição em aumentar a transparência fiscal levou à rápida evolução de padrões internacionalmente aceitos, que dilataram a abrangência e a celeridade dos dados intercambiados, bem como o número de pedidos, fazendo com que o bilateralismo tenda a ceder ao multilateralismo⁷.

A troca de informação pode ser dar de maneira automática, a pedido e espontânea. Se até o início deste século prevaleceu a troca a pedido (*upon request*), usualmente registrada em arranjos bilaterais,⁸ o cenário modificou-se severamente com o advento da FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*), inovação dos Estados Unidos ao disporem no âmbito de sua legislação doméstica, mas impactarem diversas jurisdições quanto a este tema.

⁵ DRUEN, Klaus-Dieter. *The Mutual Assistance Directives*. International Tax Conferences of the University of Luxembourg, Vol. II. Chapter 4, 2012, p. 96.

⁶ FALCÃO, Tatiana. *Exchanging information with the developing world: A digression on the global forum exchange of information's interaction with developing economies*. Kluwer Law International BV. Netherlands. Vol. 39, 2011, p. 606 e 607.

⁷ PISTONE, Pasquale. *Coordinating the action of regional and global players during the shift from bilateralism to multilateralism in International tax law*. *World Tax Journal*, 2014, pp. 3 e 4.

⁸ MEINZER, Markus. *Tax Information Exchange Agreements*. Tax Justice Network, disponível em: http://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/TJN_0903_Exchange_of_Info_Briefing_draft.pdf. Acesso em 26 Jan. 2016.

2.1.1. FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act)

A FATCA é legislação unilateral estadunidense que requer sejam prestadas informações ao IRS (*Internal Revenue Service*, fisco federal), por parte de instituições financeiras estrangeiras, sobre transações envolvendo jurisdicionados dos EUA⁹. O principal objetivo da FACTA consiste em fazer que norte-americanos, direta ou indiretamente detentores de contas em instituições financeiras no exterior, declarem anualmente o extrato contendo valor da conta e movimento para o IRS¹⁰.

Em não sendo possível a aplicabilidade legislativa em território de outrem¹¹, os Estados Unidos adotaram a imposição de retenção de 30%¹² sobre rendimentos e proventos oriundos de fontes americanas a título de tributo.

Em vista da magnitude e da confiabilidade do mercado americano, patrimônio legítimo daquele país, instituições financeiras e seus respectivos governos viram-se compelidos à observância da FATCA¹³. Críticas sobre a legislação estadunidense perderam o objeto em vista da ampla adesão ao IGA (*Intergovernmental Agreements*), acordos para melhoria da observância tributária internacional e implantação da FATCA, firmados, ao menos sob o prisma do Direito Internacional Público, como manifestação da vontade de Estados independentes.

Estados Unidos e Brasil firmaram um IGA, ratificado através do Decreto nº 8.506/2015, que faculta, a ambos os consignatários, obter e trocar informações de modo automático e no prazo de nove meses após o ano civil a que se referirem as informações prestadas.

Em síntese, os EUA conseguiram que a FATCA, de ato legislativo unilateral, gerasse diversos acordos internacionais de cooperação global para troca de informações e transparência fiscal. Trata-se, pois, de passo importante no combate à evasão fiscal e na construção do multilateralismo, objetivos consagrados pelo G20 e pela OCDE especialmente pela elaboração do Plano BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), detalhado a seguir.

⁹ DHANAWADE, Niray J. I got 99 problems and they're all fatca. *Northwestern Journal of International Law & Business*. Vol. 35, 2014, p. 141.

¹⁰ MICHAEL, Scott. FATCA: A new era of financial transparency. *New York: Journal of Accountancy* 215.1 Janeiro de 2013, p. 1 e 2.

¹¹ GOMES, Marcus Lívio. Los principios de la fiscalidad internacional y la tributacion de los servicios sin transferencia de tecnologia prestados por no residentes sin establecimiento permanente en brasil. Su conformación jurídica por los tribunales. *Revista Nomos (UFC)*, Ceará. Vol. 32, n. 2 2012, p. 454.

¹² KOFLEK; MADURO; PISTONE. Human rights and taxation in Europe and the World. *Amsterdam: IBFD*, 2011, p. 212.

¹³ TAKANO, Caio Augusto; SANTOS, Ramon Tomazela. O "Foreign Account Tax Compliance Act" (FATCA) e seus impactos no ordenamento jurídico brasileiro: Reflexões a partir das perspectivas da eficiência, da praticabilidade e da proporcionalidade. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 226, 2014, p. 37.

2.1.2. BEPS (Base Erosion and Profit Shifting)

A OCDE e o G20 lançaram, em 2013, um plano composto por 15 ações para reduzir os efeitos da erosão da base (tributária dos Estados) e transferência de lucros (BEPS). O denominado Plano BEPS almeja combater estratégias de elisão fiscal resultantes do descompasso entre diversas legislações tributárias com o fito de artificialmente transferir lucros para jurisdições pouco ou nada tributantes. Dentre seus principais objetivos estão: estabelecer coerência internacional empresarial de sistemas de imposto de renda, restaurar a vigência de normas internacionais, assegurar a transparência e aumentar segurança e previsibilidade aos contribuintes, além de instituir um instrumento multilateral para implantar as respostas ao BEPS¹⁴.

As quinze ações do BEPS estão em curso, conquistando, gradualmente, a adesão de Estados que se obrigam a implantá-las, modificando, em último grau, sua própria legislação doméstica. Trata-se, de fato, do estabelecimento de um consenso internacional sobre a preservação das bases de arrecadação dos Estados¹⁵.

Os desafios da economia digital à estrutura da tributação internacional estão cobertos pela Ação 1; enquanto os descompassos existentes entre as várias legislações domésticas, capazes, por exemplo, de produzirem dupla não tributação, motivam a Ação de número 2.

As regras CFC (*Controlled Foreign Corporations*), idealizadas pelos EUA na década de 1960, inspiram a Ação 3 do Plano BEPS. Sinteticamente, busca-se tributar as receitas de controladas no exterior que, de modo diverso, não seriam alcançadas pelo país de residência da controladora¹⁶.

A questão da dedução dos juros merece específica atenção na Ação 4. Já a Ação 5, sobreleva transparência e substância para conter as práticas tributárias nocivas, tema caro à OCDE desde seu conhecido Relatório publicado em 1998. As ações 6 e 7, respectivamente, abordam os contornos da legislação interna para evitar o abuso de tratados e fortalecimento da definição de estabelecimento permanente (EP).

Os preços de transferência são abordados nas Ações 8 a 10, que focam na questão da criação de valor para intangíveis e transações de alto risco, e 13, voltada para a documentação e aumento de transparência.

¹⁴ LAW, Sheen B. Base Erosion and Profit Shifting – An Action Plan for Developing Countries. Bulletin for International Taxation Major Forum for International Taxation and Cross-Border Developments. Vol. 68, n. 1, 2014, p. 41-47.

¹⁵ TAKANO, Caio Augusto. Erosão da base tributável e a transferência de resultados: o caminho para o multilateralismo e novas perspectivas à soberania fiscal. Revista Direito Tributário Atual, São Paulo: Dialética, v.32, 2014, p. 65; 82.

¹⁶ ALMEIDA, Carlos O. F. Tributação internacional da renda: a competitividade brasileira à luz das ordens tributária e econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p.281.

A ação 11 monitora os dados coletados no Plano BEPS para garantir as ações adequadas ao seu próprio desenvolvimento; A ação 13 cuida de tornar mais eficazes os mecanismos de resolução de disputas (MAPs).

A ação 12 trata de tema inovador: a obrigatoriedade de contribuintes revelarem, ao fisco, suas estratégias agressivas de planejamento tributário considerando-se os custos suportados pela administração e pelo contribuinte. Observe-se que número crescente de países vem adotando semelhante normativo, como, dentre outros: África do Sul, Canadá, Coreia do Sul, Irlanda, Israel, México, Portugal, Reino Unido e Estados Unidos¹⁷.

No Brasil, de modo diverso, os artigos 7º a 12 da Medida Provisória nº 685/2015, que instituiu a obrigação de contribuintes informarem à Receita Federal (RFB) sobre operações, atos ou negócios jurídicos que acarretem supressão, redução ou diferimento de tributo, através do Programa de Redução de Litígios Tributários (PRORELIT), foram rejeitados pelo plenário da Câmara dos Deputados, em sessão realizada aos 03/11/2015.

A despeito de a Ação 12 do Plano BEPS focar na revelação obrigatória de esquemas elisivos, os Estados estão desenvolvendo medidas voluntárias com o mesmo fim, através dos *Offshore Voluntary Disclosure Programs*. Baseados na moralidade, transparência e cooperação do contribuinte, o *voluntary disclosure* se aplica a fontes lícitas e não declaradas no exterior, o que permite a recomposição da base tributária. Adotado pela França (coletados 1 bilhão de euros em receita de 5.000 contribuintes), pela Alemanha (coletados 2 bilhões de euros em receita de 30.000 contribuintes) e pelos Estados Unidos (coletados 3 bilhões de dólares de 30.000 contribuintes)¹⁸ vem se mostrando ferramenta eficaz na redução de litígios e custos para contribuintes e fisco.

Por fim, a ação 15 consagra um instrumento multilateral hábil para modificar a estrutura da tributação internacional baseada em tratados bilaterais. Trata-se de tarefa fundamental ao estabelecimento de um consenso internacional objetivado pelo Plano BEPS. No entanto, admita-se que tamanha construção, em face da miríade de interesses e caracteres específicos dos Estados, não será simples e exigirá, como sói ocorrer na ordem internacional, efetiva e concreta manifestação da vontade dos Estados sob pena de malogro¹⁹.

¹⁷ BRASIL. Receita Federal do Brasil. Nota sobre a MP 685/2015. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/noticias/ascom/2015/novembro/nota-sobre-a-medida-provisoria-no-685-1>. Acesso em 28/02/2017.

¹⁸ OECD, The Era of Bank Secrecy is Over. In: The G20/OECD Process is Delivering Results, OECD Publishing, 2011.

¹⁹ TAKANO, Caio. Ação 15 do projeto BEPS e os desafios do multilateralismo. In: GOMES, M.L.; SCHOUERI, L.E. (org.). A tributação internacional na era pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 273-274.

2.2. A troca de informações fiscais no âmbito do artigo 26 da Convenção-modelo.

Para evitar a incidência cumulativa de normas de jurisdições diversas sobre um único fato econômico, os Estados firmam acordos para evitar a dupla tributação, cujo modelo foi inicialmente desenvolvido pela OCDE. Apesar do termo consagrado – acordos de bitributação-, fato é que esses tratados têm objetivos mais amplos, como combate à evasão fiscal e indução para atração de capitais. Além disso, beneficiam os Estados contratantes pelo senso de cooperação inscrito no acordo em cláusulas de troca de informação ou de procedimento amigável para aplicação do que foi acordado²⁰.

O Brasil possui, além de um TIEA²¹, 32 acordos de bitributação²² que foram assinados desde a década de 1960, evidenciando diferenças de abrangência conforme a data da assinatura e a respectiva influência do momento da celebração.

O artigo 26 da convenção, ao regular a troca de informações entre Estados, exige que a informação seja previsivelmente relevante e imprescindível para o requerente, isto é, ao se deparar com uma possível irregularidade, o Estado irá requer uma informação sem a qual não seria possível concluir acerca de potencial lesão ao erário público. Neste contexto, preserva-se o sigilo do contribuinte mediante expressa disposição que restringe o uso de informações apenas a autoridades fiscais, abrindo-se, no entanto, a eventuais procedimentos administrativos e judiciais instaurados contra o contribuinte.

A convenção-modelo não constringe nenhuma das partes a agir contra sua própria legislação doméstica, bem como tomar atitudes prejudiciais a seus contribuintes. A informação proveniente de outro Estado deverá ser requerida apenas se esgotados os meios possíveis da parte contratante de obtê-la em seu próprio território. Presente também está a adequação da informação, ou seja, caso não se encaixe em nenhuma situação passível de recusa descrita no artigo, o Estado requerido deverá se utilizar de seus meios ordinários para obter a informação, mesmo que não haja interesse para seus próprios fins²³.

²⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. Tratados e convenções internacionais sobre tributação. In: COSTA, Alcides Jorge; SCHOUERI, Luís Eduardo e BONILHA, Paulo Celso Bergstrom (coord.), *Direito Tributário Atual 17*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 25.

²¹ BRASIL, Decreto 8.003 de 15 de maio de 2013. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 15 mai. 2013. Disponível em: <www.eoi-tax.org/jurisdictions/BR#agreements> Acesso em: 04 jan. 2017

²² BRASIL, Receita Federal do Brasil. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/AcordosInternacionais/AcordosDuplaTrib.htm>> Acesso em 04 jan. 2017.

²³ OECD, Article 26, paragraph 3. Exchange of Information. In: *Model Tax Convention on Income and on Capital 2010: Full Version*, OECD Publishing, 2012, p.62. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264175181-29-en>>. Acesso em 27 dez. 2016.

Pauta de relevo atual discute limites ao sigilo bancário, que vem perdendo espaço na ordem internacional. Esta lógica ficou patente com a inclusão, em 15/07/2005, do parágrafo (5) ao artigo 26 da Convenção-modelo, que veda, aos consignatários de um acordo, seja declinada a informação solicitada apenas por se encontrar na posse de instituições financeiras. Com efeito, o grande número de acordos em matéria tributária firmados nos últimos anos²⁴ e efeitos da FATCA/IGA traçam contornos mais amplos sobre a disponibilização de dados antes restritos ao sigilo bancário, e o Brasil, como signatário de tais documentos, encontra-se inserido neste contexto.

2.3. O intercâmbio de informações nos acordos brasileiros

O artigo 26, que trata do intercâmbio de informações e está presente nos acordos de bitributação firmados pelo Brasil (por vezes com numeração distinta, no artigo 24 ou 25), vem expandindo sua abrangência em vista das emendas ao texto da Convenção-modelo da OCDE ocorridas em 1995, 2000, 2005 e 2012. Neste giro, a inserção do parágrafo terceiro e, subsequentemente, do quarto e do quinto, resultou em maiores disponibilização de informações e ampliação de investigações.

Nos primeiros acordos brasileiros, a troca de informações deveria ocorrer apenas na modalidade prevista na convenção, com informações para combater a evasão fiscal, inexistência de obrigatoriedade dos Estados em tomar decisões contrárias à sua legislação doméstica, bem como de revelar dados que comprometessem a ordem pública. O documento contava com apenas os parágrafos primeiro e segundo, não havendo medidas que aumentassem o raio para o intercâmbio de informações em outras situações em que a informação não já estivesse disponível para o fisco. São exemplos desses acordos os assinados com o Japão (Dec. 61.899/67) e com a França (Dec. 70.506/72).

Ao enfatizar a liberdade negocial dos países ao celebrar tratados, é possível notar que os acordos brasileiros não são uniformes como, por exemplo, ocorre no acordo com Portugal (Dec. 4.012/01). Este, de fato, é o primeiro acordo brasileiro a aludir à fiscalização simultânea, que deverá resultar do entendimento entre os Estados contratantes para fiscalizar, simultaneamente, cada um em seu território, a situação tributária de um contribuinte específico e relevante para ambos, a fim de trocar dados obtidos.

Não está presente em nenhum acordo brasileiro de bitributação o termo “relevante” e sim “necessário”, podendo diferir da atual interpretação²⁵ da OCDE sobre a significância da informação. A maioria dos acordos propõe

²⁴ OECD (2011), “The Era of Bank Secrecy is Over” in The G20/OECD Process is Delivering Results, OECD Publishing, 2011, p. 1-3.

²⁵ SCHENK-GEERS, A.C.M. International exchange of information and protection of taxpayers. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2009p.42

abranger apenas os tributos presentes no documento, bem como não se limitar aos artigos 1º e 2º. Os acordos com o Chile (Dec. 4.852/03) e Israel (Dec. 5.576/05) são exemplos dessa prática.

A confidencialidade não está presente de forma *ipsis literis* (acordos mais recentes igualam a confidencialidade do acordo com a da legislação doméstica), dispõe sua previsão que as pessoas que terão acesso à informação serão exclusivamente autoridades fiscais, contudo há noções implícitas de que a informação também estará disponível para autoridades responsáveis pelo cumprimento da justiça fiscal.

No acordo com a Turquia, o artigo 26 (5) já está em conformidade com a convenção-modelo, tornando-se o primeiro acordo bilateral de bitributação brasileiro a abordar o sigilo bancário, nos seguintes. A emenda de 2012 passou a permitir o uso da informação para finalidades estranhas à tributação, desde o uso para propósitos diversos esteja conforme o normativo doméstico e que a autoridade competente do Estado fornecedor concorde com o uso da informação para fins diversos.

Nota-se que o maior número de documentos assinados pelo Brasil deu-se antes de 1995, isto é, antes da valorização internacional da troca de informações fiscais enquanto instrumento indispensável à transparência. Sendo assim, o Brasil possui acordos que não compreendem as mais novas matérias tributárias como a transposição do sigilo bancário e a possibilidade de requisitar informação não essencial ao Estado requerido, presentes de maneira ocasional dentre os acordos firmados pelo Brasil.

O Brasil teve a avaliação de seu cenário legal realizada em 2011 pela OCDE através do *Peer Review Report*, o resultado foi favorável embora ressalvas foram feitas visto que o Brasil apresenta questões contrárias aos aspectos avaliados, durante esse período foram feitos 89 pedidos para o fornecimento de informações por 18 países signatários de acordo com o Brasil²⁶.

Foi disposto no relatório que o ordenamento brasileiro se encontra desprevenido no quesito troca de informação²⁷, isto se dá ao fato de que a autoridade fazendária brasileira (Receita Federal do Brasil) não possui departamento

²⁶ OECD, Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Review: Brazil 2013: Phase 2: Implementation of the Standard in Practice, OECD Publishing, 2013, p. 9-10.

²⁷ FALCÃO, Tatiana. Exchanging information with the developing world: A digression on the global forum exchange of information's interaction with developing economies. In: *Intertax*, v. 39. Kluwer Law International BV. Netherlands. 2011, p. 607.

específico sobre troca de informações, tornando-se árduo garantir a sua efetividade, algumas demandas foram atendidas em até 1 ano²⁸, aspecto que foi apontado por parceiros.

Os acordos mais antigos foram apontados como passíveis de revisão e reedição devido à inaplicabilidade de medidas mais recentes desenvolvidas pela OCDE. Além de constatar que a demora do Congresso Nacional Brasileiro em ratificar tratados é uma preocupação, pois interfere na efetividade da cooperação (requisita urgência).²⁹

A OCDE também relatou que a obrigatoriedade da notificação do contribuinte presente na jurisdição brasileira pode comprometer a efetividade do intercâmbio, uma vez que tornaria possível alguma ação do contribuinte a fim e prejudicar a informação a ser fornecida, comprometendo assim a própria investigação.

Após a primeira fase de análises, o Fórum Global prosseguiu avaliando a prática na troca de informação no ordenamento jurídico, objeto da segunda fase de trabalhos. O Brasil obteve uma avaliação favorável, contudo existem matérias que podem entrar em conflito com os padrões estabelecidos pela OCDE, estabelecendo-se assim limites ao cumprimento do acordo pelo Brasil.

3. ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO E LEGISLAÇÃO INTERNA – NOTAS CONTROVERSAS

3.1. O sigilo bancário no Brasil

No tocante à troca de informações fiscais com outra jurisdição, há previsão constitucional atribuindo, ao contribuinte, direitos e garantias possivelmente conflitantes com o intercâmbio internacional. O recolhimento de tributos deve estar em harmonia com a lei, facultando-se, ao Estado, o poder de conferir os rendimentos do contribuinte para consagrar a capacidade contributiva. Contudo, a Constituição Federal exige que os direitos individuais sejam respeitados.

As garantias fundamentais estão dispostas no artigo 5º da Carta Magna e, mais especificamente em seu inciso X, está mencionado o direito à intimidade e à vida privada, cuja interpretação poderia abranger as movimentações financeiras do contribuinte. O inciso XII do mesmo artigo, por seu turno, garante o sigilo da comunicação de dados, como, por exemplo, dados bancários. A via judicial seria a única legitimada para divulgar informações particulares

²⁸ OECD, Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Review: Brazil 2012: Phase 1: Implementation of the Standard in Practice, OECD Publishing 2012, p. 10

²⁹ ROCHA, Sergio A. Exchange of tax-related information by Brazil. In: Intertax, v. 40. Kluwer Law International BV. Netherlands. 2012, p. 502.

e resguardadas pelos referidos incisos do artigo 5º. Logo, esses dois dispositivos se tornam possíveis pontos divergentes para a efetivação da troca de informação automática.

A proteção dos direitos fundamentais do contribuinte exige se compreenda a distinção entre sigilo bancário e sigilo fiscal. O primeiro faz referência a informações que as instituições financeiras devem manter sobre as contas de seus clientes, tendo sido tratado pelo artigo 38 da Lei nº 4.595/64 até sua revogação, em 2001, pela Lei Complementar nº 105. Esta, logo em seu artigo 1º, estabelece que as instituições financeiras conservem sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. O segundo resguarda informações detidas pelas administrações fiscais sobre a situação econômica ou financeira dos contribuintes, conforme disposto no Código Tributário Nacional, artigos 198 e 199.

A Lei Complementar 105/2001, ao versar sobre sigilo bancário, em seu artigo 6º admite a possibilidade de o fisco acessar dados sem prévia análise do Judiciário. Com o escopo de celeridade e praticidade, ao que foi adicionado o requisito da indispensabilidade, foi dada à administração a capacidade de requerer dados a instituições financeiras diretamente, desde que em curso haja um procedimento fiscal. Esta exceção à reserva de jurisdição ocasionou discussões sobre a possível inconstitucionalidade da LC 105/2001³⁰.

Neste turno, foi proposta, perante o Supremo Tribunal Federal, a ação direta de inconstitucionalidade – ADI 2390³¹, que combate os artigos 3º, §3º; 5º e 6º da LC 105/2001. Antes do *decisum*, foi emitido um parecer da Procuradoria Geral da República pela improcedência da referida ação³², cuja origem resulta do julgamento de um Recurso Extraordinário (RE 389.808 PR), em que foi decidido, por maioria (5 votos contra 4), que o fisco precisaria de autorização judicial para a quebra do sigilo³³.

A Receita Federal do Brasil argumentou que, em procedimentos de exame de movimentações bancárias, não há quebra de sigilo, mas transferência de dados, uma vez que o fisco deve cumprir sua missão institucional de

³⁰ VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira; ARRUDA, Henrique Porto de. Direitos fundamentais, privacidade, intimidade, sigilos bancário e fiscal, e o consenso internacional. Revista Nomos (UFC), Ceará. Vol. 34, n. 2, 2014, p. 323

³¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI nº 2.390. Relator Min. Dias Toffoli, Brasília, j. 18 Fev. 2017.

³² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=91528>>. Acesso em 19 Nov. 2016.

³³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 389.808/PR. Recorrente: G.V.A. Industria e Comércio S.A.. Recorrido: União. Relator: Min. Marco Aurélio. j. 15 Dez. 2010.

investigar possíveis irregularidades e manter as informações obtidas sob confidencialidade,³⁴. O acesso a dados bancários de contribuintes não pode, todavia, resultar de qualquer arbitrariedade, pois há necessidade de processo administrativo instaurado, ou procedimento fiscal em curso, no qual seja considerado indispensável o exame das informações a serem concedidas por instituição financeira. Ao final, todas as informações, o resultado de suas análises e documentos deverão permanecer em sigilo, nos termos do art. 6º da LC 105/2001.

Diferentemente desta vez, em 24 de Fevereiro de 2016, o STF decidiu por 9 votos a 2 pela constitucionalidade da Lei Complementar 105/2001³⁵, permitindo à administração tributária acessar dados sem a necessidade de medida judicial prévia. O argumento utilizado pelos ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, que defenderam a inconstitucionalidade, foi a divergência em conceder a uma das partes litigantes tamanho poder sem que o Judiciário esteja envolvido. Em contrapartida, os ministros que votaram pela constitucionalidade da LC 105/01 defenderam que o acesso a dados bancários pelo fisco caracteriza mera transferência de dados que permanecerá em segredo, não gerando prejuízo ao contribuinte. Decisão mais conforme à ordem internacional em face da construção do paradigma multilateral na cooperação fiscal.

Em termos práticos, entre 2009 e 2011, o Brasil recebeu 10 pedidos para troca de informações abrangendo dados bancários de países signatários de acordos contra a bitributação. Todos foram atendidos num prazo entre 180 dias a 1 ano. Em 4 desses casos, a informação foi obtida pela Receita Federal e, nos outros 6, fornecida pelo próprio contribuinte. O procedimento para recolher e trocar informações inicia-se no âmbito da Receita Federal, que deverá buscá-las em seu banco de dados diretamente. Em caso de insucesso, o contribuinte será notificado a fornecer a informação. Por fim, se este não o fizer, a instituição financeira será, então, notificada a prestar as necessárias informações acerca do contribuinte silente.

A OCDE não registrou, neste período entre 2009 e 2011, situação em que a Receita Federal fosse levada a quebrar o sigilo bancário de algum contribuinte para garantir o intercâmbio. Para todos os efeitos, o Brasil foi considerado cooperante pelo Fórum Global após o *Peer Review* de 2013. Ressalvas houve, no entanto, quanto ao tempo para disponibilização da informação - 180 dias a

³⁴ PETRY, Rodrigo Caramori. O Sigilo Bancário e a Fiscalização Tributária. Revista Dialética de Direito Tributário n. 190 . São Paulo: Dialética, 2011, p.115 e 116.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 601.314. Recorrente: Marcio Holcman. Recorrido: União. Relator: Min. Edson Fachin, j. 26 Fev 2016.

1 ano foi considerado longo, mormente por não ter havido quebra de sigilo bancário -, que, de acordo com a OCDE, deve ser de 90 dias³⁶.

No tange aos acordos de bitributação, como mencionado alhures (II.4 acima), o Brasil, em negociação mais recente com a Turquia, incluiu o artigo 26 (5) da Convenção-Modelo no Decreto 8.140 de 14 de Novembro de 2013. Este, de fato, é o único acordo brasileiro de bitributação que contempla expressamente a impossibilidade de um Estado se recusar a fornecer informação simplesmente por tal informação se encontrar detida em banco ou instituição financeira.

Notavelmente, a relativização do sigilo bancário pode ser benéfica ao combate a fraudes. Recentemente, o Brasil requisitou informações para a administração francesa referentes ao escândalo da *SwissLeaks*, no qual correntistas brasileiros do HSBC, na Suíça, não declararam suas contas para a Receita Federal. Com base no acordo de bitributação entre Brasil e França, a *Direction Générale des Finances Publiques*, DGFIP transmitiu dados para a Receita Federal referentes a 8.732 arquivos eletrônicos, cada um supostamente contendo um perfil de cliente brasileiro do banco suíço³⁷. Demonstrando a importância de cooperação no cenário mundial bem como a superação de barreiras antes existentes, a decisão do Supremo Tribunal foi importante para o Brasil efetivar o padrão internacional de cooperação fiscal ao qual se vinculou.

3.2. Retroatividade e troca de informações fiscais

Ponto igualmente controverso sobre troca de informações previstas em acordos de bitributação é a retroatividade. Um dos limites ao poder de tributar do Estado é a irretroatividade, presente, no ordenamento brasileiro, no texto do artigo 150, III, “a” da Constituição Federal, que expressamente prescreve vedação à cobrança de tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado, mas não aborda o tema do intercâmbio de informações. Em suma, referido princípio assegura aplicação da lei para fatos futuros, privilegiando a segurança jurídica do contribuinte.

No atual modelo da OCDE, a entrada em vigor do documento está prevista em seu artigo 30 e é de livre negociação dos contratantes³⁸. Nos acordos assinados pelo Brasil, há previsão sobre a entrada em vigor no momento ou

³⁶ OECD, Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Review: Brazil 2013: Phase 2: Implementation of the Standard in Practice, OECD Publishing, 2013, p. 66 e 112.

³⁷ BRASIL. Receita Federal do Brasil Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/noticias/ascom/2015/maio/caso-swissleaks> Acesso em 20 Jan. 2017.

³⁸ OECD, Model convention with respect to taxes on income and on capital, 2014. Disponível em: <<http://www.oecd.org/ctp/treaties/2014-model-tax-convention-articles.pdf>>. Acesso em 22 Jan. 2017.

após a publicação do decreto, presumindo-se, nesses casos, a permissão para a prática da troca de informações correspondentes apenas a fatos posteriores à entrada em vigor, como no caso do acordo com a França, vigente em 1972³⁹, *verbis*:

Artigo XXIX – Entrada em vigor

2. A presente Convenção entrará em vigor no trigésimo dia a contar da data da troca dos instrumentos de ratificação, e **suas disposições se aplicarão pela primeira vez:**

a) aos impostos devidos por via de retenção na fonte **cujo fato gerador ocorrer a partir de 1º de janeiro do ano imediatamente posterior** à entrada em vigor da Convenção;

b) aos impostos estabelecidos sobre os rendimentos auferidos **a partir de 1º de janeiro do ano imediatamente posterior** à entrada em vigor da Convenção. (grifo nosso)

Esta interpretação proativa, entretanto, longe está de ser pacífica. É certo que o texto do modelo não alberga, expressamente, a disponibilidade de intercâmbio para informações apenas subsequentes à celebração do acordo. Ademais, os Comentários da OCDE ao artigo 26, textualmente se referem à possibilidade de haver troca de informações existentes anteriormente à vigência do acordo, desde que se observe o requisito de a assistência entre os Estados ser realizada após referida vigência e nos termos do previsto no artigo, como transcrito a seguir:

10.3“nothing in the Convention prevents the application of the provisions of the Article to the exchange of information that existed prior to the entry into force of the Convention, as long as assistance with respect to this information is provided after the Convention has entered into force and the provisions of the Article have become effective...”).

Deve-se observar, contudo, que os Comentários da OCDE não são vinculantes ao Brasil, uma vez que não o país não se inclui no rol dos membros daquela organização.

Quanto aos acordos de bitributação firmados pelo Brasil, apenas um prevê, expressamente, a retroatividade. Com efeito, o Decreto 4.012, que promulgou o acordo com Portugal em 13 de novembro de 2001, em seu artigo 28 estabelece que suas disposições deverão ser observadas a contar de 1º de janeiro de 2000.

³⁹ BRASIL, Decreto 70.506 de 12 de Maio de 1972. Art. 29, II, “a”. Brasília, DF, DOU16 Mai. 1972. Disponível em <idg.receita.fazenda.gov.br/acesso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/franca/decreto-no-70-506-de-12-de-maio-de-1972> Acesso em 15. Jan 2017.

A previsão brasileira sobre retroatividade permaneceu no âmbito dos acordos para troca de informações fiscais – TIEAs. O acordo celebrado com os Estados Unidos, único vigente nesta modalidade, promulgado pelo Decreto 8.003/2013, traz previsão expressa sobre intercâmbio de informações anteriores à vigência do acordo, como a seguir transcrito:

ARTIGO XII - Entrada em Vigor

O presente Acordo [...] produzirá efeitos a partir de sua entrada em vigor para os pedidos feitos na ou após a data de entrada em vigor, **independentemente do período fiscal a que se relacionar o assunto.** (grifo nosso)

A retroatividade também consta do IGA para implantação da FATCA celebrado igualmente entre Brasil e EUA. Assinado em 23 de setembro de 2014, passou a vigorar apenas em agosto de 2015, com a publicação do Decreto 8.506/15, que especifica, em seu artigo 3º, as informações a serem obtidas e trocadas referentes a períodos anteriores à vigência do acordo (2014 e 2015).

Se, por um lado, os efeitos da retroatividade para intercâmbio de informações estão bem definidos no TIEA e no IGA, dúvidas remanescem quanto a informações anteriores a acordo de bitributação firmado pelo Brasil. Apesar de qualificado como país cooperante pelo Fórum Global, o que significa, em resumo, que o Brasil tem adotado o padrão de transparência internacionalmente aceito, e, ainda, que este padrão tende a adotar a troca de informações retroativas, não há clareza de que o Brasil retroagisse para ofertar informações anteriores à vigência do acordo, com a ressalva do tratado com Portugal.

Nesta esteira, importante definir a extensão da retroação, mesmo por haver norma doméstica sobre decadência que desobriga o contribuinte de manter informações e registros, desprezadas as peculiaridades dispostas no Código Tributário Nacional, após 5 anos.

Ora, neste interregno, em respeito à segurança jurídica que a irretroatividade ajuda a preservar, cabe indagar se haveria algum prejuízo aos direitos fundamentais de contribuinte em dificuldade para reunir provas de sua boa-fé no momento da prática dos atos, considerando-se que tais atos tornaram-se informação requerida por Estado signatário de acordo vigente em momento posterior. Para tanto, considerando-se a ausência de previsão no corpo do tratado, busca-se a ordem interna vigente, expressa no CTN, *verbis*:

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, **não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar** mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, **ou da obrigação destes de exibi-los.**

Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão

conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram. (grifo nosso)

O CTN exige a manutenção dos dados comerciais ou fiscais do contribuinte, bem como a obrigação de exibi-los até que o fisco perca o direito de realizar diligências investigativas. Se o fisco acessa ou solicita determinada informação para si ou para remessa a outrem é questão irrelevante quanto à alegação de surpresa pelo advento posterior de um acordo, desde que, naturalmente, tal advento se dê no intercurso de sujeição do contribuinte à prestação de informações, nos termos do artigo acima transcrito do CTN.

Em outro dizer, cumpre ao contribuinte manter em boa guarda suas informações enquanto sobre elas perdurar o direito investigativo do fisco. Eventual alegação de despreparo ou prejuízo por advento posterior de tratado não diz com o dever de manutenção e de exibição das informações solicitadas pelo fisco.

Lícita, no entanto, a dúvida quanto a entrega de dados a Estado requisitante com base em tratado posterior ao período a que se refere a informação. Em síntese, a obtenção da informação pelo fisco não causa prejuízo ao contribuinte, pois amplamente de acordo com legislação interna. A fase posterior, ou seja, a troca da informação com base em acordo de bitributação que venha a lume posteriormente e que silencie quanto à retroatividade, esta sim, poderia ser eventualmente questionada.

3.3. Da necessidade de notificação prévia ao contribuinte

As análises do *Peer Review* de 2012 (fase 1) constataram a inexistência de exceção à notificação prévia do contribuinte, nos casos em que o fisco precisa requerer informações a instituições financeiras. Estas somente serão notificadas pelo fisco caso não conste, a pretendida informação, da base de dados da Receita Federal e, além disso, a notificação encaminhada ao contribuinte tampouco logre êxito. Assim, mesmo em casos de urgência, o contribuinte deverá ser notificado para voluntariamente prestar a informação antes do banco⁴⁰. Segundo a OCDE, reiteradas notificações, tanto para o contribuinte quanto para acessar dados bancários, podem, eventualmente, comprometer as investigações pelo risco de o investigado, uma vez ciente, dolosamente prejudicá-las.

Cabível refletir sobre a necessidade de notificação como materialização do Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa. Todavia, em sentido oposto, deve-se observar que nenhum fato, nesta fase, foi ainda imputado ao contribuinte. Para que algo seja contraditado, antes deve ser dito algo a respeito de

⁴⁰ OECD, Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Review: Brazil 2012: Phase 1: Implementation of the Standard in Practice, OECD Publishing, 2012, p. 57-59.

alguém. Do mesmo modo, para haver defesa ampla, subentende-se ataque prévio. Notificações fiscais não imputam fatos ou acusações, mas pedem informações indispensáveis aos trabalhos investigativos. Não por diversa razão, a Corte Europeia de Justiça decidiu, no Caso Sabou (*Case C-276/12*), não haver direito do contribuinte, na fase investigativa, à notificação sobre requisição para troca de informações, cabendo ao Estado preservar os direitos fundamentais do contribuinte⁴¹

Arrisca-se o fisco, contudo, se forja sua convicção de modo equivocado justamente pela ausência de participação do contribuinte na fase instrutória de eventual acusação posterior. Alternativa mais acertada parece ser a da notificação para prestação de informações e esclarecimentos, que, indubitavelmente, poderá auxiliar o agente público a compreender melhor os fatos. Reforça esta tese eventual silêncio do contribuinte, pois, doravante, nos termos dos padrões internacionais de transparência, o acesso a dados bancários deverá ser mais célere e revelar dados de modo ainda mais amplo do que os solicitados pela prévia notificação.

Demais disso, a notificação materializa o postulado da proporcionalidade, atendendo aos testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, o que atenua a possibilidade da prática de atos abusivos contra o contribuinte como as *fishing expeditions* (oneração aleatória de contribuintes).

Nesse cenário, em caso de requisição urgente de outro Estado, o fisco poderá, caso entenda justificada a urgência e qualifique a informação por indispensável, instaurar procedimento fiscal imediato e acessar dados retidos por instituições financeiras, com base no art. 6º da LC 105/2001, especialmente depois da decisão do STF que dispensou a cláusula de reserva de jurisdição, já comentada alhures (item III.1).

4. CONCLUSÃO

O combate à evasão fiscal deverá se confirmar como ponto constante na agenda dos Estados doravante. Dificuldades orçamentárias são comuns a jurisdições diversas neste começo de século XXI. Como resultado, valores sabidamente elevados, mas difíceis de serem precisados, como fruto das práticas artificiais de transferência de lucros, decerto serão perseguidos com maior intensidade e regularidade. É a fase da cooperação fiscal internacional, que, célere e transformadora, rearranja ordenamentos ao mesmo tempo em que sela novos (e cada vez mais ousados) acordos.

⁴¹ SEARA, Alberto Quintas; CARRERO, José Manuel Calderón. The taxpayer's right of defense in cross-border exchange of information procedures. In: IBFD. Bulletin for International Taxation v. 68. n. 9. Amsterdam. 2014, p. 501.

Não se pode negligenciar, na coluna das receitas dos Estados, os valores que de lá se ausentam por práticas diversas de contribuintes que desejam, sobretudo, minorar ou eliminar suas obrigações para com o orçamento. Todavia, os Estados deveriam também observar e combater suas próprias práticas abusivas e irresponsáveis (no termo técnico-fiscal) no gerenciamento e no gasto dos recursos que lhes chegam ou que lhes deveriam chegar, não fosse a (desmedida) renúncia de receitas.

Não é isso, naturalmente, o que se vê na ordem internacional. Ao menos por ora, o objetivo (quase) exclusivo dos foros internacionais é o contribuinte. Fica a expectativa para que, com o aprofundamento dos debates, a proposta multilateral também estimule correção dos procedimentos resultantes da má gestão dos recursos do Estado.

Indiscutivelmente, atinge-se notável estágio de interação entre os países, o que se confirma pela FATCA e seu respectivo acordo intergovernamental (IGA), pela expansão do conteúdo do artigo 26 da Convenção-Modelo, pelos TIEAs e, dentre outros, pelo Plano de Ações BEPS.

O Brasil negocia troca de informações através do acordo para evitar a bitributação desde 1967. Hoje, são 32 acordos assinados seguindo a Convenção-modelo da OCDE, contudo alterou-se o modelo ao longo do tempo com o escopo de expandir o seu alcance, indagando-se sobre a possibilidade de aplicação das novas medidas a signatários de acordos mais antigos.

A OCDE, ao avaliar o ordenamento brasileiro, constatou sua adequação aos novos *standards* de transparência internacional, mas registrou algumas ressalvas devido a limites estabelecidos na legislação doméstica. Fato é, no entanto, que o Brasil é tido por jurisdição cooperante no cenário da transparência e da cooperação fiscal.

Enquanto a mudança de cenário avança intrépida, o sigilo bancário vem sofrendo medidas desfavoráveis em razão do abuso efetuado por contribuintes que pretendem se valer de instituições financeiras como anteparas intransponíveis. Neste giro, mesmo paraísos fiscais aumentaram sua participação nas trocas de informações, antes sigilosas.

No Brasil, a recente decisão do STF pela constitucionalidade da Lei Complementar 105/2001 possibilita, ao fisco, sem decisão judicial, acessar dados bancários de contribuintes sob certas condições e confere indubitável celeridade ao procedimento investigativo. Mais que isso, confirma que a disposição em aceitar os pilares do multilateralismo cooperativo não se restringe ao Executivo brasileiro, incumbido da negociação dos acordos internacionais por delegação presidencial.

Dúvidas ainda restam quanto a outros pontos controversos na relação entre os acordos de bitributação e a legislação interna. A questão da retroatividade e da prévia notificação ao contribuinte acendem debates que se justificam pela necessidade de inclusão, nesta agenda multilateral, acerca dos direitos dos contribuintes.

Por fim, uma vez que a ordem internacional não parece disposta a frear seu ímpeto cooperativo multilateral - que pode ser muito bem-vindo para reeducação da cidadania fiscal e para a preservação das bases de arrecadação dos Estados -, que construa, na mesma intensidade, relação de observância das normas de proteção a contribuintes, para que, de concreto, não se propaguem injustiças e ilegalidades por excesso de exação e confisco.

REFERÊNCIAS

ALBREGTSE, Arendonk. **Taxpayer protection in the European Union**. London: Kluwer, 1998, p.55-56.

ALMEIDA, Carlos O. F. **Tributação internacional da renda: a competitividade brasileira à luz das ordens tributária e econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

ANAMOURLIS, Tony and NETHERCOTT, Les. An Overview of Tax Information Exchange Agreements and Bank Secrecy. In: IBFD. **Bulletin for International Taxation** V.63 (12). 2009.

CORRIN, Jennifer. Responding to challenges to a bank's duty of confidentiality in offshore finance centers: The Vanuatu example. Scarborough: **Banking & Finance Law Review** 28 (2). Abril, 2013, p. 249-268.

DHANAWADE, Niray J. I got 99 problems and they're all fatca. **Northwestern Journal of International Law & Business**. Vol. 35, 2014, p. 139-164.

DRUEN, Klaus-Dieter. The Mutual Assistance Directives. **International Tax Conferences of the University of Luxembourg**, Vol. II. Chapter 4, 2012.

FALCÃO, Tatiana. Exchanging information with the developing world: A digression on the global forum exchange of information's interaction with developing economies. In: **Intertax**, v. 40. Kluwer Law International BV. Netherlands. 2011, p.603-612.

GOMES, Marcus Lívio. Los principios de La fiscalidad internacional y La tributacion de los servicios intransferencia de tecnologia prestados por no residentes sin establecimiento permanente en Brasil. Su conformación jurídica por los tribunales. **Revista Nomos (UFC)**, Ceará. Vol. 32, n. 2, 2012, p. 453-482.

KOFLER; MADURO; PISTONE. **Human rights and taxation in Europe and the World**. Amsterdam: IBFD, 2011.

LAW, Sheen B. Base Erosion and Profit Shifting – An Action Plan for Developing Countries. **Bulletin for International Taxation** Vol. 68 (1). Amsterdam: IBDF. 2014.

MEINZER, Markus. Tax Information Exchange Agreements. **Tax Justice Network**. Disponível em: <http://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/TJN_0903_Exchange_of_Info_Briefing_draft.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2017.

MICHAEL, Scott. FATCA: A new era of financial transparency. New York: **Journal of Accountancy** 215.1.2013

OECD, Article 26, paragraph 3. Exchange of Information. In: **Model Tax Convention on Income and on Capital 2010: Full Version**, OECD Publishing, 2012, p.62. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264175181-29-en>>. Acesso em 27 Jan. 2017.

OECD, **Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Review: Brazil 2012: Phase 1: Implementation of the Standard in Practice**. OECD Publishing, 2012.

OECD, **Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Review: Brazil 2013: Phase 2: Implementation of the Standard in Practice**. OECD Publishing, 2013.

OECD, **Model convention with respect to taxes on income and on capital, 2014**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/ctp/treaties/2014-model-tax-convention-articles.pdf>>. Acesso em 22 Jan 2017.

OECD, The Era of Bank Secrecy is Over. In: **The G20/OECD Process is Delivering Results**, OECD Publishing, 2011.

PETRY, Rodrigo Caramori. O Sigilo Bancário e a Fiscalização Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário** n. 190. São Paulo: Dialética, 2011, p. 110-129.

PISTONE, Pasquale. Coordinating the action of regional and global players during the shift from bilateralism to multilateralism in International Tax law. In: IBFD. **World Tax Journal**, 2014. p. 3-9.

ROCHA, Sergio A. Exchange of tax-related information by Brazil. In: **Intertax**, v. 40, Issue 8/9. Kluwer Law International BV. Netherlands. 2012, p. 497-502.

SCHENK-GEERS, A.C.M. **International exchange of information and protection of taxpayers**. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2009.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Tratados e convenções internacionais sobre tributação. In: COSTA, Alcides Jorge; SCHOUERI, Luís Eduardo e BONILHA,

Paulo Celso Bergstrom (coord.), **Direito Tributário Atual** 17. São Paulo: Dialética, 2003, p. 20-49.

SEARA, Alberto Quintas; CARRERO, José Manuel Calderón. The taxpayer's right of defense in cross-border exchange of information procedures. In: IBFD. **Bulletin for International Taxation**. v.68, n.9. 2014.

TAKANO, Caio. Ação 15 do projeto BEPS e os desafios do multilateralismo. In: GOMES, M.L; SCHOUERI, L.E. (org.). **A tributação internacional na era pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 273-274.

TAKANO, Caio Augusto. **Erosão da base tributável e a transferência de resultados**: o caminho para o multilateralismo e novas perspectivas à soberania fiscal. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo: Dialética, v.32, p. 63-82, 2014.

TAKANO, Caio Augusto; SANTOS, Ramon Tomazela. O "Foreign Account Tax Compliance Act" (FATCA) e seus impactos no ordenamento jurídico brasileiro: Reflexões a partir das perspectivas da eficiência, da praticabilidade e da proporcionalidade. **Revista Dialética de Direito Tributário** n. 226, 2014, p.31-47.

TELLO, Carol. P. FATCA: Catalyst for Global Cooperation on Exchange of Tax Information. In: IBFD. **Bulletin for International Taxation** V. 68, n. 2, 2014.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira; ARRUDA, Henrique Porto de. Direitos fundamentais, privacidade, intimidade, sigilos bancário e fiscal, e o consenso internacional. **Revista Nomos (UFC)**, Ceará. Vol. 34, n. 2, 2014, p. 315-344.

Normas e jurisprudência

BRASIL, **Decreto 8.003 de 15 de maio de 2013**. Brasília, DF, DOU 15 Mai. 2013. Disponível em: <www.eoi-tax.org/jurisdictions/BR#agreements> Acesso em: 04 Jan 2017

BRASIL, **Decreto 70.506 de 12 de maio de 1972**, Brasília, DF, DOU 16 Mai 1972. Disponível em: <idg.receita.fazenda.gov.br/aceso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/franca/decreto-no-70-506-de-12-de-maio-de-1972> Acesso 15 Jan 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. ADI nº 2.390. Relator Min. Dias Toffoli, Brasília, j. 18 Fev 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 601.314**. Recorrente: Marcio Holcman. Recorrido: União. Relator: Min. Edson Fachin, j. 26 Fev 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 389.808/PR**. Recorrente: G.V.A. Indústria e Comércio S.A.. Recorrido: União. Relator: Min. Marco Aurélio. j. 15 Dez 2010.

Fontes eletrônicas

BRASIL, Receita Federal do Brasil. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/noticias/ascom/2015/maio/caso-swissleaks>> Acesso em 20 Nov 2017.

BRASIL, Receita Federal do Brasil. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/AcordosInternacionais/AcordosDuplaTrib.htm>> Acesso em 04 Jan 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=91528>>. Acesso em 19 Nov 2017.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. Nota sobre a MP 685/2015. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/noticias/ascom/2015/novembro/nota-sobre-a-medida-provisoria-no-685-1>. Acesso em 28/02/2017.

*** Submetido em: 6 mar. 2017. Aceito em: 22 dez. 2017.**



A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS E DA URBANIZAÇÃO PARA A FORMULAÇÃO DO CONCEITO DE UM DIREITO À CIDADE

*Miriane de Matos Griep**
*Rógis Juarez Bernardy***

Resumo

Este artigo abordou o tema do direito à cidade da perspectiva da proteção efetiva conferida aos direitos fundamentais na cidade. Buscou-se apontar a relação entre a urbanização e o desenvolvimento do pensamento jurídico. Utilizou-se da revisão bibliográfica para identificar os argumentos filosóficos quanto aos fundamentos e à eficácia dos direitos básicos do ser humano e a origem e o agravamento dos problemas urbanos que provocam violações destes direitos diante das contradições resultantes do aceleramento do processo de crescimento urbano ao longo da história. Apontou-se o desenvolvimento do conceito jurídico de proteção do direito difuso à cidade, de titularidade de todos os seus moradores, como expressão de uma mudança de paradigma quanto à compreensão da cidade que passa a ser vista como palco de efetivação dos direitos fundamentais.

Palavras chave

Direitos fundamentais; Evolução urbana; Direito à cidade.

THE HISTORICAL EVOLUTION OF RIGHTS AND URBANIZATION FOR THE FORMULATION OF THE CONCEPT OF A RIGHT TO THE CITY

Abstract

This article addressed the theme of the right to the city from the perspective of the effective protection of fundamental rights in the city. The aim was to identify the relationship between urbanization and the development of legal thinking. Bibliographical revision was used to identify philosophical arguments about the foundations and efficacy of basic human rights and the origin and aggravation of the urban problems that provoke violations of these rights facing the contradictions that results from the acceleration of the process of urban growth throughout history. It was pointed out the development of the legal concept of protection of the diffuse right to the city, owned by all its residents, as an expression of a paradigm shift regarding the understanding of the city seen as the stage for the realization of the fundamental rights.

* Acadêmica do curso de Graduação em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC - CHAPECÓ).

** Doutor em Cadastro Técnico Multifinalitário e Gestão Territorial - Engenharia Civil (UFSC); Coordenador do Mestrado Profissional em Administração na Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC - CHAPECÓ) e professor do curso de Direito (UNOESC - CHAPECÓ).

Keywords

Fundamental rights; Urban evolution; Right to the city.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo evidencia a dificuldade sentida pelos teóricos em estipular o fundamento absoluto da validade universal dos direitos humanos, o que, no entanto, não impediu a posituação dos direitos assim considerados, inclusive em âmbito internacional, de forma que a tarefa tornada premente é a da efetivação integral destas garantias na realidade urbana. No intuito de permitir apontamentos relativos às alternativas para a proteção dos direitos básicos no atual estágio do processo de urbanização, buscam-se ilustrar as transformações sociais, relacionadas tanto ao desenvolvimento das cidades quanto à evolução do pensamento jurídico a elas contextualizado, nos períodos da cristianização do mundo durante a Idade Média, da ampliação de horizontes proporcionada pelos avanços da Modernidade, e dos percalços enfrentados na conturbada Idade Contemporânea.

O problema que conduz a realização desta pesquisa questiona como se formulou o conceito de um direito à cidade a partir da recapitulação histórica do desenvolvimento dos direitos e do processo de urbanização. Objetiva-se compreender a problemática da eficácia dos direitos fundamentais a partir da conceituação do direito à cidade, bem como apontar a formulação desse conceito capaz de gerar mudanças sociais mediante a apreensão da titularidade do direito à cidade por parte da sociedade. Para isso, utiliza-se um procedimento metodológico qualitativo, com o aporte de pesquisa bibliográfica e citam-se autores como Lefebvre, na conceituação do direito à cidade e do processo de urbanização e Le Goff, na compreensão das transformações históricas das cidades.

2. O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DOS DIREITOS E O PROBLEMA DA SUA EFETIVIDADE

Primeiramente, cabe questionar qual o grau de proteção efetiva de que os direitos humanos fundamentais gozam no atual momento histórico. Existem mecanismos nacionais e internacionais de proteção de direitos fundamentais e instituições que possuem jurisdição para atuar na defesa desses direitos diante de atos que lhes sejam lesivos, ainda que praticados por outros Estados. Entretanto, apesar do amplo reconhecimento legal, o desafio de tornar os direitos humanos fundamentais eficazes ainda é tema de profundas reflexões jurídicas, pois sua efetividade tende a encontrar desafios no contexto da globalização.

Teixeira e Campelo Filho (2014) afirmam que a internacionalização dos mercados pode acentuar mazelas sociais ao gerar concentração de renda e desigualdades econômicas, de forma que “[...] enquanto 10% da população mundial concentram 85% da riqueza global, os outros 90% dividem 15% dessa riqueza” (TEIXEIRA; CAMPELO FILHO, 2014, p. 195). Gonçalves Junior e Oliveira (2015) alegam que os direitos humanos não se encontram garantidos na atualidade, pois identificam o cenário de exclusão social como o isolamento e a ocultação de determinadas parcelas da sociedade, em locais distantes dos centros, que não têm seus direitos efetivados, mas sofrem uma negação da cidadania.

Tratam-se, portanto, de direitos com reconhecimento jurídico, mas efetivação problemática, diante dos quais a dinâmica conflituosa de distribuição do espaço urbano serve como ilustração. No intuito de compreender de que maneira, especialmente no ambiente urbano, tais direitos vieram a receber proteção na ordem jurídica e de esclarecer de que modo o desenvolvimento das cidades pode aclarar o processo de evolução dos direitos positivados, cabe retomar o processo histórico pelo qual passaram a organização urbana e a teoria jurídica.

“*Ubi societas, ibi et ius*” (UNVERFÄRTH, 1675, p. 687), como produto social, o direito desenvolveu-se conjuntamente com o crescimento dos agrupamentos urbanos de forma a regular as relações dos integrantes do grupo, de maneira que os comportamentos compreendidos como voltados ao bem comum fossem recompensados, enquanto atos que prejudicassem a coletividade ganhassem um cunho moral negativo (SOUZA, 2013). Assim, o direito surge como uma espécie de qualificador das condutas humanas e exige, conforme crescem as aglomerações de indivíduos, o reconhecimento da autoridade, que por sua vez, tende a deixar-se corromper pelo poder, o que se torna a fonte do autoritarismo (BARREIRO NETO, 2015).

Como grupos maiores exigem organização mais complexa o aparecimento de cidades promoveu o desenvolvimento de regras para vigerem nelas. Sabe-se que a formação inicial da cidade se deu a partir do desenvolvimento da agricultura que permitiu que o homem deixasse de ser nômade e passasse a fixar-se em locais que pudessem satisfazer suas necessidades, de forma que a organização primitiva de caça e coleta acabou por dar lugar à aglomeração de pessoas e ao cultivo comunitário da terra (SOUZA, 2013). Comunidades que se diversificavam e tornavam-se interdependentes criavam oportunidades para a especialização da produção local e para a geração de redes complexas de troca com outras vilas vizinhas, processo este que propiciou o surgimento das cidades e permitiu o crescimento das sociedades urbanas (ELMQVIST et al, 2013).

¹ “Onde há sociedade, há também o direito”. (Tradução livre).

Assim, como a evolução social ocorreu em virtude do desenvolvimento e aprimoramento das técnicas de produção de alimentos, as preocupações iniciais do direito voltaram-se à questão da propriedade da terra, pois sua proteção permitia a geração de poder econômico que passou a ensejar a autoridade política (SOUZA, 2013). Le Goff (1988) utiliza-se da transição de poderes que levou à formação de novos núcleos de autoridade para descrever a estrutura feudal que se desenvolveu no século XI, na qual o desenvolvimento urbano se deu a partir destes núcleos que demonstram a interdependência entre a cidade e seu subúrbio, sobre o qual ela estende seu poderio. Segundo Elmquist et al (2013, p. 16), identifica-se o desenvolvimento de cidades por quatro características: “(a) uma grande população que (b) se agrega num local central com (c) construções e monumentos que (d) representam instituições que organizam e facilitam a produtividade” (Tradução livre).

Quanto à busca pela origem de direitos essenciais tidos como inerentes à condição humana, surgem divergências de posicionamento entre as ciências, bem como entre pesquisadores de um mesmo ramo científico. Shestack (1998) alega ser possível identificar raízes de um direito natural nos mitos gregos; Ishay (2004) aponta expoentes nas civilizações orientais da Índia e China, além de áreas do Oriente Médio e Império Otomano onde se notam nuances de direitos humanos; Tierney (2004), a contrassenso, afirma tratar-se de uma construção ocidental - merecedora das críticas quanto à sua universalidade - desenvolvida a partir da noção medieval de direitos naturais; e Wolkmer (2008) vê os direitos humanos como conquistas alcançadas na modernidade pela sociedade ocidental.

Também para Leal (2001), a maneira como as pessoas concebem o mundo e a si mesmas, muda conforme o momento histórico, de forma que o conceito de justiça é moldado de acordo com a forma como o pensamento é estruturado em cada época e cultura. O autor menciona, por exemplo, que os gregos inicialmente identificavam a influência de uma atuação mitológica sobre a vida, mas, com o florescimento do pensamento filosófico, passaram a buscar a razão como critério de validade e identificaram como justo aquilo que fosse isonômico. Os romanos, por sua vez, preocupavam-se mais com a técnica legislativa que com o fundamento do direito - foram responsáveis pela elaboração de um direito civil (VILLEY, 2007) -. Mudanças significativas na teoria jurídica vieram com as teorias liberalista, socialista-utópica e, por fim, positivista que foram levantadas posteriormente. É necessário, portanto, compreender “[...] as circunstâncias culturais, econômicas e políticas nas quais se forja o saber jurídico [...]” (LEAL, 2001, p. 16).

Mesmo que não haja uma resposta definitiva acerca de um fundamento absoluto dos direitos humanos fundamentais, a importância do atual momento histórico é visível por contar com a positivação e legitimação jurídicas destes direitos, inclusive em nível internacional por meio da Organização das

Nações Unidas (SHESTACK, 1998). Para Souza (2013), a positivação de direitos fundamentais em constituições nacionais acaba por reconhecer valores da doutrina dos direitos naturais e representa um triunfo desta corrente de pensamento. O que fica claro é que a elaboração destas normas e tratados deu-se através de um processo paulatino que deve ter sua historicidade reconhecida de forma a assegurar a compreensão da ideia de direitos humanos que persiste no paradigma experimentado atualmente no mundo (TIERNEY, 2004).

Os direitos humanos foram sendo contemplados pelos ordenamentos jurídicos através de um processo histórico gerado por movimentos sociais que buscaram suprir as demandas existentes à época de sua positivação e foram, por isso, - ainda que entendidos como fundamentais - gradativamente reconhecidos, de forma que se pode investigá-los por meio da filosofia da história (BOBBIO, 2003). Para fins de compreensão didática, classificam-se estes direitos em gerações (SARMENTO, 2013), ou dimensões (WOLKMER, 2012), que os agrupam, sob a égide de marcos históricos representativos, a partir dos principais temas suscitados pelos teóricos que influenciaram a coletividade, no contexto fático em que estes movimentos pelo reconhecimento jurídico de novos direitos se difundiram (LEAL, 2001).

Devido à estreita relação entre direito, cidade e história, demonstra-se necessária uma análise atenta a respeito do desenvolvimento dos direitos humanos a partir do contexto social em que se inseriam em diferentes épocas, de modo que, diante da proximidade percebida entre as relações sociais do cotidiano urbano e as demandas jurídicas que são levantadas, possa-se observar o processo pelo qual se chegou à atual caracterização jurídica dessas garantias essenciais. Há que se observar ainda, de que forma o direito à cidade pode proporcionar o efetivo respeito à dignidade humana das populações que cada vez mais se urbanizam e passam a contar com a titularidade deste instituto jurídico para legitimar suas reivindicações quanto às ações que devam ser tomadas com vistas a tornar seus direitos uma realidade prática nos espaços públicos gerados historicamente.

2.1. As concepções filosóficas acerca dos direitos humanos no contexto da Idade Média

Tratam-se aqui das concepções de direitos naturais aduzidas por filósofos filiados à abordagem teológico-dogmática no contexto do feudalismo medieval. Busca-se apontar como se deu o desenvolvimento urbano durante este período de forma a se identificar de que maneira a cidade com suas muralhas se assemelha àquela contemporânea cercada por vias de acesso e subúrbios; além de apontar os primeiros movimentos urbanos e distinguir sua influência no desenvolvimento das concepções de direitos naturais e direitos humanos que trouxeram mudanças sociais e embasaram a ação popular em prol da positivação jurídica de garantias básicas.

Segundo Davis (1955), no mundo antigo, o maior potencial de urbanização havia sido alcançado pelos romanos, cujo império aglutinador propiciou que as cidades se multiplicassem em número, e cujas inovações permitiram que elas crescessem em tamanho. “E a Europa Medieval saiu diretamente do Império Romano” (LE GOFF, 2007, p. 24). No entanto, o traçado das cidades antigas se modifica nas da Idade Média que, diferentemente da preocupação romana em estender seu império, constituem-se em um espaço fechado onde se busca proteção contra os ataques exteriores (LE GOFF, 1988). Além do que, “Com a queda do Império Romano do Ocidente e de tudo o que este implicava quanto à organização política institucional [...] as cidades decrescem de tal maneira que muitas desaparecem por completo” (ABIKO; ALMEIDA; BARREIROS, 1995, p.28).

Burns (1970, p. 314) afirma que após a queda do Império Romano do Ocidente deu-se “[...] a evolução de uma nova civilização, em parte composta de elementos tomados da Grécia e de Roma, mas tendo a religião como fator dominante de quase todas as suas realizações”. O autor explica que durante um período inicial de ruralização houve uma estagnação cultural, mas que nos séculos IX ao XIII, deu-se um novo desenvolvimento. De forma concomitantemente, desenvolveram-se ao menos outros dois impérios que eram essencialmente ligados ao pensamento religioso, quais sejam, o Bizantino, braço oriental do Antigo Império Romano sediado em Constantinopla - “[...] a maior cidade que foi conhecida no mundo até a ascensão de Londres no século XIX” (Tradução livre) (DAVIS, 1955, p. 432) -; e o Sarraceno, cujo desenvolvimento filosófico influenciou de maneira expressiva o renascimento europeu (BURNS, 1970).

Com a dissolução do Império Romano no Ocidente, as relações sociais tenderam à regionalização, o que abriu caminho para o desenvolvimento do modo de organização feudal, uma vez que o poder veio a concentrar-se nos proprietários rurais, transformados em autoridades aglutinadoras dos indivíduos, e cuja influência era localizada e não dependia de poderes estatais (SILVA, 2001). Abiko, Almeida e Barreiros (1995) concordam que houve um remodelamento social nesta época, que conduziu à descentralização. Os autores definem o feudalismo como um sistema essencialmente agrário que comportava três diferentes camadas sociais, quais sejam o clero, os nobres e os servos e que manteve o crescimento das cidades estagnado até a diminuição das invasões estrangeiras no século XI.

Inicialmente, defende Burns (1970), o foco dos estudiosos afastou-se da produção de novos conhecimentos resignando-se à compilação de ideias já vigentes, “Eram poucos os que continuavam a se interessar pela filosofia ou pela ciência, exceto na medida em que esses assuntos pudessem servir para fins religiosos” (BURNS, 1970, p. 342). Reconhecia-se o direito à propriedade desde

a Antiguidade (SOUZA, 2013), mas não era absoluto, impunha certa responsabilidade do proprietário das terras para com os servos, isso porque, segundo Goodhart (2003) o sistema comunal fundava-se na existência de laços recíprocos, onde era obrigação do senhor “Prover subsistência e alívio aos seus inquilinos em tempos difíceis (principalmente por meio do abatimento de encargos e alugueis costumeiros)” (Tradução livre) (GOODHART, 2003, p. 952). No mesmo sentido, Le Goff (2007, p. 57) conta que ainda existia a escravidão, e, no entanto, os camponeses “arrancaram do senhor liberdades que fizeram dos rurais uma categoria livre que se desembaraçou também das corvéias [sic], obrigando os senhores seja a aceitar a diminuição de seu domínio, seja a impor uma política de nova servidão”.

Num segundo momento, o direito natural passou a ser discutido ostensivamente, mas sem que ideias centrais dos direitos humanos como liberdade e igualdade ganhassem reconhecimento jurídico, uma vez que o pensamento dominante reconhecia a escravidão e a servidão (SHESTACK, 1998). “No alvorecer do Século XIII, a afirmação normativa do Direito Natural eleva-se com a eclosão das universidades e corporações” (PEDROSA, 2013, p. 4). Por isso mesmo Le Goff (2007, p. 25) assegura que “Ver-se-á que a Idade Média foi uma época de intensa criação do direito [...] A primeira universidade que nasceu no século XII, Bolonha, ensina essencialmente o direito, e sua reputação se instala como foco europeu do direito”. Tierney (2004) é outro que menciona a época de primeiras universidades, de crescimento do comércio e de renovação da vida urbana. O autor afirma que durante o século XII surgiu a preocupação com os direitos e liberdades que fez criarem-se associações comunais de busca por reconhecimento de direitos.

O florescimento da discussão jurídica esteve intrinsecamente ligado ao cenário urbano, Burns (1970, p. 423) chega a afirmar que “Na verdade, as cidades foram os verdadeiros centros de quase todo o progresso intelectual e artístico do segundo período da Idade Média”. E Le Goff (1988) ensina que a partir do século XII os burgos mais importantes começaram a se unir e lançar seu domínio sobre seu entorno e isso desencadeou a evolução das cidades medievais, diz ainda, “[...] que a conversão ao urbanismo se dá no século XII [...] sob influência da arte gótica nascente e do pensamento escolástico em desenvolvimento [...] A Idade Média não sente a beleza da natureza, ela cria a beleza artística urbana” (LE GOFF, 1988, p. 114-115). O autor conta que, no decorrer do século seguinte, as ordens mendicantes assumem o papel de, por meio do ensino pelo exemplo, apaziguar os movimentos sociais emergentes no espaço urbano - que questionavam a opulência da Igreja -, e, que conforme tais ordens ganham poder, aproximam-se do interior das cidades.

Os quatro últimos séculos da Idade Média foram marcados pelos conflitos por autoridade entre os líderes religiosos e os governantes políticos seculares (BURNS, 1970). Com o tempo apareceram as monarquias nacionais,

que conjuntamente com o impulso no desenvolvimento e com a expressiva diminuição populacional causada pela epidemia de Peste Negra que assolou a Europa ao final do período, contribuíram para o declínio do feudalismo (LE GOFF, 2007). Por outro lado, o desenvolvimento do comércio foi responsável por um maior contato com o Oriente Próximo, e as concepções filosóficas gregas foram reintroduzidas no pensamento europeu pelos filósofos espanhóis e sicilianos, o que impulsionou um progresso intelectual (BURNS, 1970). Assim, “A cidade medieval mais reformou do que na verdade reprimiu. À sua maneira, ela foi um primeiro ensaio para realizar o ‘Liberdade, Igualdade, Fraternidade’, mas foi preparada no modelo feudal da desigualdade, antidemocrático” (LE GOFF, 1988, p. 91).

Dois avanços significativos ocorreram dentro do pensamento jurídico desenvolvido no século XIII; um quanto à afirmação do devido processo legal como um direito natural de defesa contra acusações, da mesma forma como se compreendia como natural a autodefesa contra agressões físicas; outra quanto à possibilidade de o direito canônico vigente no sistema feudal ser estendido a pessoas não pertencentes ao credo cristão, este último, suscitado pelo início dos descobrimentos marítimos (TIERNEY, 2004). Desta forma, “Os jusfilósofos medievais foram precursores de uma concepção do Direito para além de um ordenamento consubstanciado num querer legislativo isolado” (PEDROSA, 2013, p. 6). O que buscavam era conciliar as doutrinas cristãs com a antiga filosofia pagã (VILLEY, 2007, p. 112), mas quando as estruturas feudais começaram a ruir, juntamente com elas se desgastou a autoridade das interpretações religiosas, de forma que a escolástica medieval passou a ser desprezada (BURNS, 1970).

Chega-se, então, à Idade Moderna. Leal (2001, p. 10) explica que “[...] as cidades criaram novos padrões e conceitos; a preocupação com o cotidiano substituiu o idealismo senhorial [...]. Isto porque a economia europeia [sic] transformou-se drasticamente a partir do século XV [...]”. O autor localiza aí o surgimento da burguesia e o fortalecimento monárquico que iriam modificar as dinâmicas urbanas e contribuir para as revoluções modernas. No mesmo sentido, Shestack (1998) ensina que, conforme declinava o feudalismo surgiam teóricos modernos, cuja filosofia defendida assentava fundamentos seculares para as noções de direitos naturais que, por conseguinte, suscitaram teorias sobre direitos do cidadão que foram debatidas durante o Iluminismo, período histórico em que se desenvolve o humanismo e se esboçam novas concepções jurídicas acerca dos direitos humanos.

2.2. Os paradigmas urbanos desenvolvidos na modernidade e seus reflexos nos direitos assegurados

Diante das mudanças paradigmáticas ocorridas a partir dos descobrimentos marítimos, estuda-se a resposta da ciência jurídica no enfrentamento

de temas que se relacionavam aos direitos de que poderiam ser titulares estes povos que passavam a ter contato com os povos europeus. Trata-se desta época de renascimento das artes, da ciência e da filosofia na Europa com as transformações econômicas da passagem ao modo de produção capitalista e do início da Revolução Industrial, que levantaram temas relativos aos direitos trabalhistas e à liberdade de mercado. Pesquisam-se as modificações e problemáticas urbanas e o surgimento do liberalismo, que culminaram com as revoluções burguesas e com a Revolução Francesa como marco da passagem da Idade Moderna à Contemporaneidade².

Segundo Ariès (1991), existiram três fatores modificadores da mentalidade do indivíduo quanto ao seu papel social durante a modernidade, quais sejam: o reconhecimento da imposição do Estado em substituição à comunidade a partir do século XV; a criação e difusão da imprensa que, com o passar do tempo ajudou a difundir a alfabetização e a leitura; as modificações religiosas que tornaram habitual um modo subjetivo de pensamento. Há que se ressaltar, no entanto, que, como expõe Le Goff (2007), é neste mesmo momento histórico que surge a globalização das trocas econômicas, isso por tratar-se de um período de abertura de mercados no continente europeu, mas observa-se também, que diante deste fato as cidades experimentaram uma espécie de enriquecimento que fora acompanhado da marginalização e do empobrecimento de grande parte de suas populações, tidas como vítimas desta nova dinâmica comercial.

Leal (2001) concorda que o mercantilismo teve influência na delimitação do papel social da burguesia e aponta que as transformações econômicas ocorridas na Europa a partir do século XV, com a evolução comercial, fizeram com que a monarquia buscasse o absolutismo e interferisse de maneira enfática nos empreendimentos tentados. Abiko, Almeida e Barreiros (1995) descrevem o início das grandes descobertas marítimas, por meio das quais foi possível estabelecer o comércio com as colônias e consolidar o mercantilismo. Interessados nos metais preciosos descobertos na América, os países europeus concentraram-se em impor um sistema colonial que negou as interpretações espaciais já existentes no novo continente. Las Casas (1991) testemunha a colonização americana e denuncia as atrocidades cometidas, inicialmente nas ilhas da América Central, e após, no continente, de forma que diversos povos que ali viviam - reinos e cidades - foram arrasados por completo.

Talvez se encontre aí a razão para que Benevolo (2012) afirme ter havido na América um amplo espaço vazio para que os europeus construíssem suas

² Em termos de desenvolvimento histórico das cidades, bem como do direito, não há rigidez quanto à classificação de cada Idade distinta, pois este perpassa as delimitações doutrinárias, assim, embora aqui se use a periodização clássica, ressalta-se que há discordância entre os teóricos do tema. Burns (1971), por exemplo, estende a Idade Moderna até a Primeira Guerra Mundial, enquanto Benevolo (2012), localiza o seu início apenas no século XX.

idades renascentistas. Segundo o autor, o desenvolvimento do urbanismo foi mais expressivo nestes novos territórios, onde começa do zero, do que no antigo continente, em que se faziam modificações nos traçados já existentes das cidades medievais. O modelo destas cidades novas é de “[...] um tabuleiro de ruas retilíneas, que definem uma série de quarteirões iguais [...]; no centro [...] uma praça sobre a qual se debruçam os edifícios mais importantes: a igreja, o paço municipal, as casas dos mercadores e dos colonos mais ricos” (BENEVOLO, 2012, p. 487), passando a desenhar uma nova representação da exclusão. Quanto às concepções em voga, Harvey (2003, p. 221) afirma que, “De uma perspectiva etnocêntrica, as viagens de descoberta produziram um assombroso fluxo de conhecimento acerca de um mundo mais amplo que teve de ser absorvido e representado [...]”. O que, de início, não foi o suficiente para atrair as ideias jurídicas à noção de dignidade intrínseca do ser humano.

Ao refletir sobre o papel da religião nas ideias jurídicas, Shestack (1998, p. 205) afirma que “De fato, religiões em geral impõe severas limitações à liberdade individual. Para a maioria das religiões a ênfase recai sobre os deveres em vez dos direitos [...] e algumas religiões têm sido bastante restritivas em relação a escravos, mulheres e não crentes [...]” (Tradução livre). Já Tierney (2004) argumenta que as concepções acerca dos direitos humanos tinham um caráter restritivo no ideário da Antiguidade, mas ganharam um conceito permissivo durante a Idade Média, e, já largamente difundidas nos anos 1500, encabeçaram debates que persistiram até o século XVIII. No entanto, o autor admite um caráter demasiadamente metafísico de tais concepções, que somente reencontraram aplicação prática diante do encontro com os povos indígenas na América. Independente do patamar da ciência jurídica na época, “É inegável a existência de um impulso inovador na Espanha do século XVI e meados do século XVII, [...] decorre desse tempo uma percepção do direito, inevitavelmente, determinada pelo conceito que se tenha do homem” (ROSA, 2009, p. 10).

Le Goff (1988) localiza nas universidades o centro das discussões que viriam trazer modificações na Idade Moderna; e segundo o autor, “A inovação intelectual e social freqüentemente [sic] andava de mãos dadas com a agitação, como em todos os setores do viveiro urbano” (LE GOFF, 1988, p. 67). O renascimento, época de remodelação da noção espaço-temporal do mundo ocidental, gerada através do fenômeno da monetização econômica, partiu da lógica altamente diversa das concepções vigentes no feudalismo, regime de confusa acepção das regras jurídicas, que acabou por ser oposto no novo paradigma, onde os direitos foram objetivados enquanto imperativos econômicos e políticos (HARVEY, 2003). Seu reflexo nas relações sociais se mostra na noção de solidariedade: “Na Idade Média, o limite entre doença e pobreza é muito fluido: como não existe nenhuma seguridade social e, na cidade [...] quem fica

doente torna-se desempregado, torna-se pobre e, a partir desse momento revela-se a caridade” (LE GOFF, 1988, p. 81), já na modernidade, a pobreza, na cidade, passa a ser percebida como ameaça, e não mais como infortúnio.

Anteriormente, portanto, as políticas sociais não eram institucionalizadas. Na época feudal, “O mendicante é quase que desejado na cidade, ele permite ao burguês trabalhar pela sua salvação oferecendo esmolas” (LE GOFF, 1988, p. 51). Isso se modifica na Idade Moderna. Para Goodhart (2003) o desenvolvimento capitalista na Europa dos séculos XVII e XVIII destruiu o modo de organização comunal e deu causa - através da extinção da antiga vida comunitária - ao desaparecimento de direitos pertinentes às relações de trabalho e ao desgaste da noção de solidariedade entre os senhores e servos - uma vez que tal concepção não mais encontrava fundamento na nova organização social. Diante disso, os camponeses medievais, saídos do regime feudal, por não mais poderem utilizar-se de terras como faziam antes, deram início a um expressivo movimento de migração que partia do campo em direção à cidade e que deu formação a uma massa de “[...] camponeses deslocados que se viram transformados em trabalhadores e introduzidos à força em assentamentos informais ou ‘casas de pobres’ lotadas” (Tradução livre) (GOODHART, 2003, p. 952).

Le Goff (1998) elucida que será nestas também chamadas *workhouses*³, construídas na Inglaterra a partir do século XI sob a vigência da Lei dos Pobres, que a população de baixa renda e em risco social será forçada a trabalhar. Segundo o autor, não se tinha aí a noção de desemprego, menos ainda ligado à compreensão de crise econômica, por isso percebia-se como perigo aquilo que era interpretado como recusa em trabalhar, de forma que se multiplicavam tais lugares de exclusão. Em estudo acerca da história da loucura, Foucault (2009) descreve como os antigos leprosários, transformados em asilos, mudaram ao longo do processo de internação ocorrido na Europa nos séculos XV ao XVIII, e esclarece que os processos de exclusão passaram a ter embasamento moral e que a pobreza passou a representar um comportamento réprobo. “Os muros da internação encerram de certo modo o lado negativo desta cidade moral, com a qual a consciência burguesa começa a sonhar no século XVII [...]” (FOUCAULT, 2009, p. 75-76).

Para os medievais, explica Le Goff (1988), o centro do poder eram os castelos, um pouco à parte das cidades, até surgir o papel central da cidade enquanto palco de fluxos de capital, papel este reafirmado pelo capitalismo, e responsável por outorgar ao urbano maior destaque. Com as mudanças paradigmáticas ocorridas no período da Idade Moderna, o direito teve de se posicionar diante das relações que passaram a se estabelecer nessa cidade moralizada e novas teses jurídicas foram introduzidas. Juristas e filósofos passaram

³ Casas de trabalho (Tradução livre).

a suscitar a noção de existência de um estado de igualdade entre os homens anterior à formação da sociedade (SILVA, 2015) a partir do cenário no qual a cidade representou uma revolução por fazer com que todos parecessem iguais, ainda que não o fossem de fato (LE GOFF 1988).

Nos séculos XVI e XVII os esforços da classe emergente tentam romper tradições e assumir uma nova racionalidade (LEAL, 2001), isso é expresso na interpretação do espaço urbano onde aparecem concepções de recortes espaciais na cidade voltadas a um conceito simbólico de ordenamento (LE GOFF, 1988). Esse desejo de dispor o espaço conforme uma concepção racional também teceu conceitos do projeto iluminista (HARVEY, 2003), deixando-se a cargo do progresso científico a composição do espaço urbano. Rouanet (1995) explica que a nova representação urbana surgida neste contexto é expressa na enciclopédia dos iluministas, onde ideais de beleza para as cidades eram descritos: largura das ruas e terrenos, ângulo de construção das casas, seu tamanho e qualidade, uniformidade das fachadas e utilidade militar da estruturação urbana.

A noção de ordenamento da burguesia urbana fixava os espaços de habitação a partir dos núcleos familiares (OLIVEIRA; SEIXAS; FARIA, 2013, p. 154) e não do uso coletivo, por isso, “É considerável a influência do desenvolvimento urbano sobre a evolução das estruturas e dos comportamentos familiares” (LE GOFF, 1988, p. 100), foi uma alteração do espaço que produziu mudanças no pensamento vigente e impulsionou o individualismo. Ghirardi (2013) aponta que o padrão de vida na Idade Moderna caracterizava os sujeitos como partes do corpo social, mas, conforme as sociedades avançam, a noção de coletividade se esvai para dar lugar a um paradigma pautado no consumo de bens e guiado pela vantagem individual. Leal (2001) afirma que enquanto a classe burguesa se afirmava na cidade, defendia avidamente seus interesses “[...] exaltando a figura do homem como indivíduo e imerso em um mercado de capitais garantidor de sua felicidade e história” (LEAL, 2001, p. 11), além do que, passava a requerer garantias legais da sua liberdade.

As revoluções que ocorreram a partir do século XVIII intentavam modificar o regime de governo, dar fim ao absolutismo e abrir espaço ao movimento constitucionalista, além de assegurar a positivação do direito de propriedade para impedir a interferência estatal sobre o capitalismo (SOUZA, 2013). Shesstack (1998, p. 207), ressalta que “A teoria dos direitos naturais foi o impulso filosófico para a onda de revolta contra o absolutismo durante o final do século XVIII” (Tradução livre). A noção de intimidade e individualidade que se desenvolveu diante do modo de produção capitalista (ARIÈS, 1991), juntamente com o início do movimento constitucionalista que buscava legitimar a imposição da lei independente da vontade de um soberano (AZEVEDO, 2009), deram origem às declarações de direitos.

Tais modificações no raciocínio forense possibilitaram o surgimento de uma escola positivista de interpretação do direito, uma vez que “[...] a teoria jurídica européia [sic] [...] passou a receber um caráter lógico-demonstrativo de um sistema fechado [...]” (LEAL, 2001, p. 15). Neste contexto a filosofia jurídica enfrentou uma nova fase de estagnação, pois, após o apogeu das teorias dos direitos naturais durante “As Guerras Religiosas na Europa, a Guerra Civil Inglesa e, após, a Revolução Americana e a Revolução Francesa [...] Sob o ataque do positivismo jurídico [...] a ideia dos direitos naturais foi abandonada pela maioria dos juristas e filósofos” (Tradução livre) (TIERNEY, 2004, p. 11). O que leva Souza (2013) a afirmar ser o positivismo o maior desafio aos direitos humanos no século XIX. Burns (1971) aponta avanços alcançados pela revolução, como o fim da escravidão nas colônias francesas, da servidão e das obrigações feudais; mas, por outro lado, esclarece que a industrialização ainda irá causar mazelas à população trabalhadora, pois os “Os autores da Declaração dos Direitos não [...] estavam particularmente interessados no bem-estar econômico das massas” (BURNS, 1971, p. 38).

Finalmente, cabe citar que a “A exploração da estética como domínio cognitivo distinto foi em larga medida uma questão do século XVIII” (HARVEY, 2003, p. 28). Além do que, a cidade moderna começou a experimentar os problemas urbanos que permaneceriam até a atualidade. Como Benevolo (2012, p. 547) afirma acerca de Londres ainda no século XVIII “[...] já estão presentes os problemas característicos das cidades contemporâneas, que se acentuarão em seguida com a Revolução Industrial”. No campo da filosofia jurídica, se os antigos haviam discutido acerca da justiça e da moralidade; os medievais, filosofado sobre os direitos naturais e a quem se destinam; os iluministas, sonhado com o projeto da modernidade sob a bandeira da liberdade, igualdade e fraternidade; seguiu-se a isso “[...] a fase mais violenta de nossa história” (SOUZA, 2013, p. 44), guerras mundiais, regimes totalitários, separação do mundo em lados opostos, segregação das pessoas pela cor da pele e degradação ambiental em âmbito planetário. Algo tinha de ser feito pelos direitos humanos.

2.3. A evolução e a internacionalização dos direitos na Idade Contemporânea

No período das Guerras Napoleônicas, apesar da postura ditatorial adotada por Bonaparte na Europa, a herança revolucionária decorrente dos acontecimentos de 1789 continuou a ter influência durante todo o século XIX (BURNS, 1971). Porém, no direito napoleônico “[...] a determinação do sentido unívoco das palavras da lei é proveniente da ficção do espírito do legislador [...]: é uma estratégia para a afirmação de determinados valores sociais” (LEAL, 2001, p. 17), desta forma, o juiz deveria julgar de acordo com o conteúdo exato da lei que expressa a vontade real do legislador. Trata-se da influência de interesses específicos, pois, com a ascensão da burguesia ao poder e o

fortalecimento do Estado Liberal, a elite política emergente utiliza “[...] como instrumento de controle social um direito positivado, que tem como fonte legisladores comprometidos com os interesses liberais” (SOUZA, 2013, p. 43), para reconfigurar as relações sociais na cidade.

Burns (1971, p. 59) também afirma: “O século que se seguiu à Revolução Francesa foi um período de mudanças rápidas e profundas. Em confronto com ele, a vida nas épocas precedentes parece quase estacionária”. O autor explica ainda que a filosofia e o pensamento jurídico também sentiram as constantes mudanças, e desenvolveram inúmeras teorias, por vezes completamente opostas, para responder aos problemas sociais e de governabilidade. Ademais, a fase de industrialização experimentada neste paradigma urbano foi responsável por levantar discussões a respeito dos direitos trabalhistas porque “A inabilidade do Iluminismo em conciliar direitos econômicos e políticos aguçou divisões sociais internas que depois haveriam de ser ainda mais intensificadas pelo movimento operário do século XIX” (Tradução livre) (ISHAY, 2004, p. 98).

Passou-se a buscar a afirmação dos direitos por meio de Constituições nacionais, dado que o constitucionalismo se difundiu a partir do século XX (SOUZA, 2013). Como documentos jurídicos referenciais que sinalizam o reconhecimento de direitos sociais nesta fase da história, “As principais fontes legais institucionalizadas estão positivadas na Constituição Mexicana de 1917, na Constituição Alemã de Weimar de 1919, na Constituição Espanhola de 1931 e no Texto Constitucional de 1934 do Brasil” (WOLKMER, 2013, 129).

A cidade neste período, “[...] por feia e incômoda que seja, é aceita como modelo universal porque não tem alternativa [...] Os novos problemas abertos se tornam as tarefas a enfrentar no futuro próximo” (BENEVOLO, 2012, p. 598), pois, já neste contexto, as mudanças de longo prazo não produzem o reconhecimento político desejado. Mas postergar a resolução dos problemas urbanos não impediu o crescimento das cidades, elas se expandiram junto com as relações comerciais e estenderam sua área de influência na tarefa de sustentar a população que se concentrava e se avolumava (DAVIS, 1955). Abiko, Almeida e Barreiros (1995, p. 37) concordam ao afirmarem que “A revolução industrial é quase imediatamente seguida por um explosivo crescimento demográfico das cidades [...] Após 1850, enquanto a população mundial quadruplica, a população urbana se multiplica por dez”.

A discussão acerca da efetividade dos direitos humanos voltou à tona com os acontecimentos que sobrevieram no século XX (GRILLO, 2008), com Guerras Mundiais, desestabilização de nações industrializadas, disseminação de regimes totalitários de violência extrema, degradação pelo desenvolvimento tecnológico e demonstrações de potencial destrutivo da indústria bélica, nasce a preocupação com a proteção internacional de direitos difusos. O cenário de conflitos e instabilidades que se desenvolveu nas Idades Moderna e Contemporânea apenas reforça que “[...] a ideia de direitos humanos surge

em decorrência de uma opressão violenta, quase sempre de caráter físico, que o homem num dado momento, e de uma dada região geográfica, passa a sofrer, vitimado pelo próprio homem [...]” (TEIXEIRA; CAMPELO FILHO, 2014, p. 189).

A população urbana, preocupada com os diversos fatores determinantes do seu bem estar conjuntamente, ou seja, o acesso aos serviços públicos essenciais, a preservação dos recursos no seu entorno, a qualidade de vida alcançável hoje e extensível às gerações futuras, passa a demandar a proteção das dinâmicas ao seu redor como um direito à cidade. Conforme Wolkmer (2012), novos direitos são gerados a partir do contexto plural dos agentes sociais, que redefinem suas necessidades e motivam as lutas sociais. Por conseguinte, o padrão organizacional da vida em sociedade se mantém em constante alteração, por refletir os hábitos das pessoas que a compõe e seus valores primordiais, e sofrer modificações profundas em decorrência das revoluções que florescem no espaço social de tempos em tempos (LEAL, 2001). Entende-se que as modificações devem ocorrer sempre de modo a ampliar a compreensão das necessidades humanas e a proteger de maneira eficaz as garantias já existentes.

As dimensões dos direitos humanos abrangeram, no primeiro momento após a Revolução Francesa, as liberdades individuais; a seguir, passaram a abarcar a noção de garantias sociais como contraponto ao liberalismo econômico que se desenvolvera; e gradativamente, alcançaram a universalização destes conceitos, formulados a partir do ideal de solidariedade propagado no período posterior à Segunda Guerra Mundial, o que acabou por definir direitos difusos (WOLKMER, 2012; LEITE, 2004; BENEVIDES, 2003). O direito à cidade integra a terceira dimensão dos direitos, por tratar-se de um direito coletivo difuso, que se refere ao uso integral e isonômico da cidade por toda a coletividade, com vistas à produção de um espaço sustentável (BERTON; LUTZER; SCHONARDIE, 2013).

Diante disso, no cenário da evolução social, o processo de urbanização impulsionou a discussão sobre a forma de se perceber o espaço urbano e esta compreensão resulta no enquadramento do direito à cidade como um novo direito humano relativo a interesses transindividuais (BERTON; LUTZER; SCHONARDIE, 2013). Trindade (2012) relembra que o direito à cidade, inicialmente cunhado por Lefebvre, acabou por ganhar reconhecimento no meio político e social através do estabelecimento de uma função social da propriedade juridicamente protegida, mas explica que a proposição inicial desse autor não se limitava ao que atualmente se entende por direito à cidade. De fato, Lefebvre (1991, p. 6) defende a tese de que “[...] a cidade e a realidade urbana dependem do valor de uso. O valor de troca e a generalização da mercadoria pela industrialização tendem a destruir, ao subordiná-las a si, a cidade e a realidade urbana [...]” (Grifo do autor).

Expressiva dificuldade se lança sobre a realização de um direito à cidade quando se verifica que na realidade atual, nas palavras de Benevolo (2012), é a cidade irregular dos estabelecimentos marginais que se desenvolve com maior rapidez, de forma que a racionalidade urbana não alcança o cerne da questão, mas direciona-se às áreas já privilegiadas e aprimora “[...] as condições de vida da minoria que já está melhor [...]” (BENEVOLO, 2012, p. 707). Lefebvre (1991, p. 116-117), quando analisa o contexto fático experimentado diante das reformas urbanas na França por meio de seu estudo acerca da racionalidade urbana, conclui que “O direito à cidade [...] Só pode ser formulado como *direito à vida urbana* [...]” (grifo do autor) assim, passa-se a questionar a possibilidade de “[...] a vida urbana recuperar e intensificar as capacidades de *integração* e de *participação* da cidade, quase inteiramente desaparecidas [...]” (Grifo do autor) (LEFEBVRE, 1991, p. 101).

Embora se reconheça a necessidade de proteção do direito à habitação, Berton, Lutzer e Schonardie (2013) relembram que o direito à cidade não foi nominalmente incluído no rol de garantias da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no entanto, ganhou reconhecimento através da Carta Mundial pelo Direito à Cidade, elaborada no âmbito do Fórum Social Mundial, documento que avança ao pensar o crescimento urbano a partir da lógica da gestão democrática com vistas ao bem comum. E maior importância recai sobre o direito à cidade quando se percebe que “O futuro da maior parte da humanidade encontra-se agora, pela primeira vez na história, fundamentalmente nas áreas urbanizadas. As qualidades da vida urbana no século XXI irão definir as qualidades da própria civilização” (Tradução livre) (HARVEY, 1996, p. 38).

Segundo Lefebvre (1991, p. 35) “[...] a história do pensamento filosófico pode e deve ser retomada a partir de sua relação com a cidade (condição e conteúdo desse pensamento)”, já que a cidade teve sua gênese nos agrupamentos sociais, como também o direito. Há uma relação dinâmica entre o desenvolvimento jurídico e o processo de urbanização. As cidades intensificam os processos de troca entre as pessoas que demandam uma resposta jurídica reguladora. O espaço urbano expõe claramente suas contradições e divisões, e, ao direito cabe o papel de lidar com tais contradições de maneira a assegurar os princípios referentes à dignidade humana, advindos das discussões filosóficas, ensejadas pelos processos de urbanização e apresentadas por meio das demandas sociais.

Trata-se de um tema abrangente, pois, nas palavras de Lefebvre (1991, p. 34), “[...] não se reduz à problemática da Cidade mas [...] diz respeito ao mundo, à história, ‘ao homem’”. O quadro prático de carências básicas e exclusão social observado nas cidades - lugar de habitação da maior parte das pessoas - demonstra a urgência dessa mudança de paradigma a respeito do

modo como se compreende a cidade, para transformá-la, de fato, em um espaço que possa servir como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais.

3. CONCLUSÃO

Verificou-se que os direitos humanos fundamentais são reconhecidos e têm proteção jurídica, mas em diversas situações, não são efetivamente garantidos. Ao rememorar-se o desenvolvimento das cidades, atestou-se que a agricultura permitiu que se formassem os assentamentos permanentes e a especialização da produção deu crescimento ao comércio e aumento à população urbana. O direito enquanto sistema, herança romana antiga ainda sem a noção de direitos fundamentais, preocupava-se com a garantia da propriedade, fonte de poder econômico. A cidade surgiu política, seguida de um rompimento do processo de urbanização durante o período feudal, deu lugar à cidade medieval, e, posteriormente, à industrial. Constatou-se que o pensamento jurídico guarda relação com um processo histórico contextualizado à realidade social, política e econômica circundante, pois se desenvolveu ao oferecer respostas às demandas que surgiam diante das transformações que ocorriam na cidade enquanto espaço das relações entre grupos distintos.

Demonstrou-se que no período medieval a Europa, primeiramente, se ruralizou, e o pensamento jurídico foi absorvido pela doutrina religiosa dominante. Após, as cidades voltaram a crescer e a intensificação das relações sociais reacendeu as discussões no âmbito do direito e experimentou os primeiros movimentos urbanos, atenuados pela influência das ordens mendicantes. Com as descobertas marítimas e o contato com as ideias gregas, viu-se o questionamento acerca do alcance do direito, porém, adentrou-se a modernidade sob o colonialismo e a escravidão, mas também, com o renascimento e novas concepções quanto ao papel social dos indivíduos, à moralidade, à pobreza, além de novos conceitos de espaço e ordenamento. No direito passou a imperar o positivismo. Na idade contemporânea as relações sociais se tornaram mais complexas, a urbanização viu uma expressiva expansão, o direito passou a contar com várias linhas diferentes de pensamento que se ocuparam de esclarecer os problemas advindos do liberalismo.

Evidenciaram-se ainda os questionamentos sociais e demandas por direitos trabalhistas provocados pela industrialização, e a defesa do constitucionalismo como forma de assegurar direitos individuais e coletivos. Viu-se que com as guerras mundiais ganhou espaço a discussão acerca da efetividade de direitos reconhecidos e da internacionalização de garantias básicas. Se inicialmente as cidades cresceram a partir do comércio e o direito teve o papel de defesa da propriedade e, após, o modelo industrial instalado no cenário ur-

bano requereu a proteção legal de direitos sociais, por fim, uma nova compreensão aloca a cidade no ponto de convergência dos fatores que determinam a qualidade de vida dos cidadãos.

Dentre os novos direitos difusos que receberam proteção jurídica está o direito à cidade, fundado no valor de uso do espaço urbano, e posteriormente revestido da ideia de função social. Esse novo direito representa uma evolução, pois sua proteção depende da efetivação de diversos outros direitos: de liberdade - como a propriedade; desembarços para ir, vir, permanecer; oportunidade de participação política -, de igualdade - enquanto acesso digno as condições de saúde, educação e trabalho -, e de fraternidade - em uma orientação sustentável da racionalidade urbana e divisão justa dos ônus e bônus dos processos de modificação do espaço pela presença humana.

Assinalou-se que, pela continuidade do processo de urbanização, cada vez mais as cidades abrigam pessoas que precisam de moradia, educação, transporte, saúde, lazer, segurança, trabalho e cultura, gerando a demanda por um direito à cidade para torná-la palco da efetivação dos direitos humanos fundamentais e não da violação destes direitos. A cidade não é mais apenas o lugar onde o morador detém uma propriedade ou desenvolve sua atividade produtiva, mas sim um espaço afetado por questões culturais, sociais e ambientais, detentor de um valor de uso coletivo a ser gerido por meio da participação democrática, um direito concernente a todos e a cada um, direito à própria cidade e aos modos de fazê-la, refazê-la e preservá-la.

REFERÊNCIAS

ABIKO, A. K.; ALMEIDA, M. A. P. de; BARREIROS, M. A. F. **Urbanismo: história e desenvolvimento**. Escola politécnica da Universidade de São Paulo – Departamento de Engenharia e construção civil, 1995. Disponível em: <<http://reverbe.net/cidades/wp-content/uploads/2011/08/urbanismo-historiaedesenvolvimento>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

ARIÈS, P. Por uma história da vida privada. In: ARIÈS, P.; CHARTIER, R. **História da vida privada 3: da Renascença ao Século das Luzes**. (Tradução de Hildegard Feist) 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 7-19.

BARREIRO NETO, C. A. A política como fator complicador do direito. In: BEDIN, G. A.; TEIXEIRA, J. P. A. **Teorias do direito** [Recurso eletrônico online] organização CONPEDI/UFS. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/bx47d9jb/tL8qmio062qqnK0i.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

BENEVIDES, M. V. Educação em direitos humanos: de que se trata? In: BARBOSA, R. L. L. (org.). **Formação de educadores: desafios e perspectivas**. São Paulo: Editora UNESP, 2003, p. 308-318.

BENEVOLO, L. **História da cidade**. (Tradução de Silvia Mazza). 5ª ed. 3ª reimpr. São Paulo: Perspectiva, 2012.

BERTON, D. C.; LUTZER, A. V. B.; SCHONARDIE, E. F. Direito à cidade como instrumento de efetivação dos direitos humanos. **Revista eletrônica do Curso de Direito – UFSM**. Santa Maria, v.8, Ed. Esp. – I Congresso Internacional de Direito Ambiental e Ecologia Política – UFSM, p. 379-385, 2013.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. (Tradução de Carlos Nelson Coutinho). 17ª ed. Rio de Janeiro: Campus 2003.

BUERGENTHAL, T.; SHELTON, D. L.; STEWART, D. P. **International human rights in a nutshell**. 4th ed. Washington, DC. GW Law Faculty Publications & Other Works, 2009.

BURNS, E. M. **História da civilização ocidental**. 2. ed. (Tradução de Lourival Gomes Machado, Lourdes Santos Machado e Leonel Vallandro). Porto Alegre: Globo, 1970. (v.1). Disponível em: <<https://cesarmangolin.files.wordpress.com/2010/02/burns-historia-da-civilizacao-ocidental-vol1.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

BURNS, E. M. **História da civilização ocidental**. 2. ed. (Tradução de Lourival Gomes Machado, Lourdes Santos Machado e Leonel Vallandro). Porto Alegre: Globo, 1971. (v.2). Disponível em: <<https://cesarmangolin.files.wordpress.com/2010/02/burns-historia-da-civilizacao-ocidental-vol2.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

DAVIS, K. The Origin and Growth of Urbanization in the World. **American Journal of Sociology** 60 (5). University of Chicago Press: 429–37. 1955. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2772530>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

ELMQVIST, T. et al (editors). **Urbanization, biodiversity and ecosystem services: challenges and opportunities**. (A global assessment – a part of the cities and biodiversity outlook project). Open access (eBook): Springer Open, 2013.

FOUCAULT, M. **História da loucura: na Idade Clássica**. (Tradução de José Teixeira Coelho Neto). 8ª ed. 3ª reimpr. São Paulo: Perspectiva, 2009.

GHIRARDI, J. G. **Refrações do conceito moderno de liberdade nas sociedades pós-modernas**. São Paulo, 2013. Disponível em <www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a7ea034186e14fb5>. Acesso em: 10 dez. 2015.

GOODHART, M. Origins and universality in the human rights debates: cultural essentialism and the challenge of globalization. **Human Rights Quarterly**, Vol. 25, 2003, 935-964, by The Johns Hopkins University Press.

- GRILLO, M. G. F. Direitos fundamentais: crítica e história. **Revista USCS**, Direito, ano IX, n. 14, Jan./Jun. 2008, p. 107-122.
- HARVEY, D. Cities or urbanization? **City** (the online platform for Taylor & Francis Group content - journal). 1996, p. 38-61.
- HARVEY, D. **Condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. (Tradução de Adail Ubirajara Sobral; Maria Stela Gonçalves). 12ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2003.
- ISHAY, M. R. **The history of human rights**: from ancient times to the globalization era. Berkeley and Los Angeles, California; London, England: University of California Press, 2004.
- LE GOFF, J. **As raízes medievais da Europa**. (Tradução de Jaime A. Clasen). Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.
- LE GOFF, J. **Por amor às cidades**: conversações com Jean Lebrun. (Tradução de Reginaldo Carmello Corrêa de Moraes). São Paulo: Fundação Editora UNESP, 1988. – (Prismas).
- LEAL, R. G. O fenômeno jurídico: natureza e fundamentos. **Estudo & Debate** (Lajeado), Lajeado, v. 01, n.01, p. 93-115, 2001. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/799>>. Acesso em: 16 mar. 2016.
- LEFEBVRE, H. **O direito à cidade**. (Tradução de Rubens Eduardo Frias). São Paulo: Editora Moraes, 1991.
- LEITE, C. H. B. As três dimensões dos direitos humanos e o novo conceito de cidadania. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região**, João Pessoa, n. 12, n. 9, p. 104-108, 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/18247>>. Acesso em: 16 mar. 2016.
- OLIVEIRA, V. G. M. de. A efetividade dos direitos humanos e a globalização: uma análise sobre as contribuições do direito e da educação. **Juris Poiesis**, vol. 18, n. 18, 2015. Disponível em: <<http://periodicos.estacio.br/index.php/jurispoiesis/article/viewFile/1786/900>>. Acesso em: 03 abr. 2016.
- OLIVEIRA, A.; SEIXAS, P. C.; FARIA, L. P. A casa a suas casas. **Temáticas**, Campinas, 21 (42): 141-163. Ago./Dez. 2013. Disponível em: <<http://www.ifch.unicamp.br/ojs/index.php/tematicas/article/view/2179>>. Acesso em: 26 mar. 2016.
- PEDROSA, C. N. O direito natural de Tomás de Aquino como categoria jurídico-metodológica contemporânea. **Prima facie**, João Pessoa, v. 12, n. 22, ano 12, Jan./Jun., 2013, p. 1-13.
- RAMOS, R. M. M. A carta dos direitos fundamentais da União Europeia e a protecção dos direitos fundamentais. **Cuadernos Europeos de Deusto**, n. 25,

2001, 161-188. Disponível em: <<http://www.defensesociale.org/02/17.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

ROSA, E. M. M. **Humanismo na Espanha: de *lure gentium* pelo pensamento de Francisco Vitória**. 2009. 173f. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito), Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2009, Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp090475.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2016.

ROUANET, S. P. A cidade iluminista. **Revista USP**, São Paulo (26): 154-163, Jun./Ago., 1995.

SARMENTO, G. **As gerações dos direitos humanos e os desafios da efetividade**. 2013. Disponível em: <<http://www.georgesarmento.com.br/wp-content/uploads/2011/02/Gera%C3%A7%C3%B5es-dos-direitos-humanos-e-os-desafios-de-sua-efetividade1.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

SCHÄFER, J. G. **As garantias dos direitos fundamentais, inclusive as judiciais, nos países do Mercosul**. Brasília, a. 36, n. 142 abr./jun., 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/486/r142-17.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

SHESTACK, J. J. **The philosophic foundations of human rights**. 1998. Disponível em: <https://scholar.google.com.br/scholar?q=The+Philosophic+Foundations+of+Human+Rights+Jerome+J.+Shestack&hl=pt-BR&as_sdt=0&as_vis=1&oi=scholar&sa=X&ved=0ahUKEwi70LzlurfLAhWCf5AKHYF4BYkQgQMIIDAA>. Acesso em: 10 mar. 2016.

SILVA, A. L. O. da. Os direitos humanos e o estado “natural” de fundamentação dos direitos humanos. **Sequência**, Florianópolis, n. 71, p. 133-154, dez. 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n71p133_30792.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2016.

SILVA, G. V. da. O fim do mundo antigo: uma discussão historiográfica. **Mirabilia**. Dez. 2001. p. 57 – 71. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2226876.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

SOUZA, L. D. Direitos humanos: como tudo começou. **Revista Thesis Juris**, São Paulo, V.2, N.1, p. 32-48, Jan./Jun. 2013.

TEIXEIRA, A. V.; CAMPELO FILHO, F. S. A evolução dos direitos humanos sob os influxos do processo de globalização. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**. 16, 16, 184-199, July 2014. Disponível em: <<http://web.a.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?sid=e22fb3b1-dbcf-4204-a299-17edb23fc5db%40sessionmgr4004&vid=1&hid=4204>>. Acesso em: 07 abr. 2016.

TIERNEY, B. The idea of natural rights-origins and persistence. **Northwestern journal of international human rights**. V.2, I.1, Spring 2004. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol2/iss1/2>>. Acesso em: 8 mar. 2016.

TRINDADE, T. A. Direitos e cidadania: reflexões sobre o direito à cidade. **Lua Nova** (revista do Centro de Estudos de Cultura Contemporânea), São Paulo, 87: 139-165, 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n87/07.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

UNVERFÄRTH, J. M. **De paedia jurisprudentiae, liber unus**. Quo universalis & verae jurisprudentiae omnis institutio acroamaticè traditur: Hall Saxon. Surnpribus Simon Joh Hubneri. Typis Salfeldianis, Anno M.DC.LXXV. Disponível em: <https://play.google.com/books/reader?id=sExYAAAAYAAJ&printsec=frontcover&output=reader&hl=en_GB&pg=GBS.PP7>. Acesso em: 15 mar. 2016.

VILLEY, M. **Os direitos e os direitos humanos**. (Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. – (Coleção justiça e direito).

WOLKMER, A. C. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos novos direitos. In: WOLKMER, A. C.; LEITE, J. R. M. (Organizadores). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 15-48.

WOLKMER, A. C. O que a história tem a dizer sobre educação em direitos humanos. In: BITTAR, Eduardo C. B. (Coordenação). **Educação e metodologia para os direitos humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 205-217.

WOLKMER, A. C.. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. **Revista Jurídica** 2.31 (2013): 121-148. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/593>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

XII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA & VIII MOSTRA DE TRABALHOS JURÍDICOS CIENTÍFICOS, 2015, mai. 12 e 13. Santa Cruz do Sul (RS). GONÇALVES JUNIOR, A. G; OLIVEIRA, C. B. de. **As políticas públicas e a modernização do conceito de cidadania como meios efetivadores dos direitos sociais e combate a exclusão**. 2015. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/13135/2324>>. Acesso em: 14 dez. 2015.

XVIII CONGRESSO NACIONAL DO COMPEDI, 2009, nov. 04, 05, 06 e 07. São Paulo (SP). AZEVEDO, H. M. R. de. **Apontamentos sobre a influência da queda do Império Romano e o surgimento do Sacro Império Romano-Germânico na ideia clássica de poder constituinte**. Disponível em: <<http://>

www.publicadireito.com.br/conpedi/Manaus/arquivos/anais/sao_paulo
2800>. Acesso em: 27 mar. 2016.

*** Submetido em: 10 mar. 2017. Aceito em: 4 dez. 2017.**



REFUGIADOS NO BRASIL: ESTAMOS PREPARADOS PARA A PROTEÇÃO HUMANITÁRIA DAQUELAS PESSOAS?

*Júlio Edstron Secundino Santos**

*Renata de Assis Calsing***

*Viviane Luiza Silva****

Resumo

Devido ao grande fluxo de migração e ao acentuado crescimento do número de refugiados os países ocidentais enfrentam o desafio de receber milhares de pessoas a cada ano. O objetivo desse artigo é demonstrar que o Brasil ainda não tem condições de oferecer uma proteção jurídica aos refugiados apesar de contar com uma legislação sobre esse assunto. O instituto jurídico do refúgio se desenvolveu visando garantir a proteção de pessoas que se encontram em situações de vulnerabilidade. No cenário internacional tem-se como instrumentos normativos a Convenção de 1951 que regulamenta a situação jurídica dos refugiados e o Protocolo de 1967 sobre o Estatuto dos Refugiados. Em âmbito regional, foi adotada por diversos países latino americanos e do Caribe a Declaração de Cartagena de 1984, que ampliam os fundamentos para o reconhecimento da condição de refugiados. O Brasil além de ratificar a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967, possui uma legislação interna específica sobre o tema, a Lei 9474/97, que incorpora a definição ampliada do conceito de refugiados trazida pela Declaração de Cartagena. O perfil dos refugiados no Brasil é apresentado por meio de uma análise dos dados sobre o refúgio no país no período de 2010 a 2015. É realizado um diagnóstico sobre os benefícios proporcionados aos refugiados reconhecidos pelo Estado Brasileiro e o efetivo acesso a estes em tais programas.

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

** Professora Titular do curso de Direito e do Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF. Doutora em Direito pela Universidade de Paris I, *Panthéon-Sorbonne*. Mestre e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília, UNICEUB. Professora Associada do PPGD do UniCEUB. Auditora Federal de Finanças e Controle do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União, atualmente lotada no Conselho da Justiça Federal como Coordenadora de Estudos e Pesquisas.

*** Graduada em Comunicação Social - Publicidade e Propaganda (UCB - 2003/2006) MBA em Marketing (UCB - 2008/2010) Graduada em Direito pela UCB.

Palavras-chave

Refugiados. Institutos jurídicos. Perfil. Benefícios. Brasil.

REFUGEES IN BRAZIL: ARE WE PREPARED FOR A HUMANITARIAN PROTECTION OF THOSE PEOPLE?

Abstract

Due to the large flow of migration and the steep rise in the number of refugees, Western countries face the challenge of receiving thousands of people each year. The purpose of this article is to demonstrate that Brazil is not yet in a position to offer legal protection to refugees despite having legislation on this subject. The legal institute of the refuge was developed in order to guarantee the protection of people who are in situations of vulnerability. In the international arena, the 1951 Convention regulating the legal status of refugees and the 1967 Protocol on the Status of Refugees are normative instruments. At the regional level, the Declaration of Cartagena of 1984 was adopted by several Latin American and Caribbean countries, which broaden the foundations for the recognition of refugee status. Brazil, in addition to ratifying the 1951 Convention and the 1967 Protocol, has specific domestic legislation on the subject, Law 9474/97, which incorporates the expanded definition of the concept of refugees brought by the Cartagena Declaration. The profile of refugees in Brazil is presented through an analysis of data on the refuge in the country in the period from 2010 to 2015. A diagnosis is made of the benefits provided to refugees recognized by the Brazilian State and the effective access to them in such programs .

Keywords

Refugees. Legal institutes. Profile. Benefits. Brazil.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo busca demonstrar que apesar de promulgada uma legislação específica sobre os refugiados o Brasil não tem amparado efetivamente as pessoas que buscam proteção em nosso país. Dessa maneira analisamos os principais tratados ratificados e a legislação interna do Estado brasileiro, cotejando-as com informações oficiais dos Ministérios da Justiça e Previdência Social sobre a concessão de benefícios sociais as pessoas que solicitaram refugio entre os anos de 2010 a 2015 no Brasil.

Os refugiados são pessoas que são obrigadas a migrar de um local para outro, perdendo, ainda que temporariamente, suas raízes, sua identidade, e precisando se adaptar a uma nova realidade.

A necessidade de migração decorre da existência dos mais variados tipos de conflitos, ocasionados por violências, perseguições ou ainda graves violações aos direitos humanos. Nesta seara, o Direito Internacional dos Refugiados configura-se em três vertentes distintas, ou seja, o Direito dos Refugiados, o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário, que convergem e se complementam no propósito de proteger a pessoa humana que esteja vivenciando alguma situação de extrema vulnerabilidade.

O estudo sobre o refugio e a situação dos refugiados se faz importante, posto que, atualmente é evidenciado o maior número de pessoas refugiadas da história mundial. Nesse sentido, de acordo com recente Relatório do Alto

Comissariado da ONU para Refugiados (ACNUR), divulgado em junho de 2016, temos um total de 65,3 milhões de pessoas deslocadas em decorrência de guerras e conflitos. Dos quais, 12,4 milhões são de novos deslocados que foram gerados em decorrência de conflito e perseguições no ano de 2015. Espantoso, que atualmente o mundo abriga 21,3 milhões de refugiados e 3,2 milhões de solicitantes de refúgio, além de 40,8 milhões de pessoas deslocadas dentro de seus próprios países.

O Brasil além de ser signatário da Convenção de 1951, elaborada pela ONU para regulamentar situação jurídica dos refugiados e do Protocolo adicional de 1967, possui uma legislação interna específica sobre o tema, a Lei 9474/97, que aplica a definição ampliada de refugiados trazida pela Declaração de Cartagena de 1984, também ratificada por nosso país.

Em seguida se destacou que no Brasil nos últimos 5 anos, houve um aumento significativo tanto no número de solicitações de reconhecimento de refúgio, demonstrado pelos dados oficiais quanto a quantidade de refugiados aceitos no país.

Indicamos que também foi realizada uma consulta aos Ministérios da Justiça e Previdência Social sobre os benefícios que são ofertados aos refugiados que chegam ao nosso país e, de forma surpreendente, os dois órgãos têm posições oficiais discrepantes, ensejando a dúvida sobre a efetividade da política pública empregadas em favor daquelas pessoas.

O presente trabalho foi desenvolvido com o objetivo principal de verificar quais os benefícios sociais que os refugiados aceitos no Brasil têm acesso e se efetivamente eles são concretizados na atualidade brasileira.

Nesse sentido, além de uma (re)construção conceitual, fruto de uma análise bibliográfica foi realizada uma consulta, via lei de acesso a informação, aos órgãos públicos pertinentes, que demonstraram o desconhecimento sobre a atual situação dos refugiados no Brasil, tal como se demonstrou no tópico específico.

2. A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO JURÍDICO DO REFÚGIO: REFLEXOS INTERNACIONAIS E NACIONAIS

A definição de refugiado nunca partiu de uma mesma base teórica, ao contrário, tem se demonstrado uma construção dinâmica e pragmática que visa responder a crises humanitárias instaladas e com altos fluxos de refugiados em curso.

Mesmo com raízes na antiguidade clássica, foi com o advento da Primeira e a Segunda Guerra Mundial, que houve a consolidação do instituto jurídico do refúgio, posto terem sido os propulsores para criação de mecanismos

globais que visavam a proteção dos milhões de refugiados, que já existiam a época.

Para entender a construção histórica do instituto jurídico do refúgio é necessário que se estabeleça a distinção entre os conceitos de migração, imigração, emigração e refugiados, bem como perceber a diferença entre refúgio e asilo. Então, poderemos identificar a evolução histórica do refúgio no cenário internacional, com base nos institutos criados para a temática, sua atual contextualização e como o Brasil trata o assunto, por meio de uma legislação própria que regulamenta os mecanismos de implementação do Estatuto dos Refugiados.

2.1. Breve distinção entre migração, imigração, emigração e refugiados

O ato de se deslocar de uma região para outra sempre esteve presente na história da humanidade, afinal uma das características do ser humano é estar em constante movimento, buscando condições favoráveis a sua sobrevivência e desenvolvimento (FANTAZZINI, 2005). Assim, historicamente ocorreram relatos de diversas situações que motivaram o homem a sair do local onde estava habitualmente estabelecido para outro, seja por razões econômicas, sociais, políticas, culturais, ambientais, etc.

Essa mobilidade espacial da população é denominada de migração e pode ocorrer pela troca de país, região, ou mesmo de uma cidade. A definição apresentada no Glossário do Instituto de Migrações e Direitos Humanos (IMDH, 2016) estabelece como migrante “toda a pessoa que se transfere de seu lugar habitual, de sua residência comum, ou de seu local de nascimento, para outro lugar, região ou país”.

Contudo, há termos mais específicos para essas migrações no âmbito internacional, sendo conhecido como imigrante aqueles que entram em determinado país. Já quando ocorre o êxito de indivíduos ou grupos de determinado país de origem, usa-se a denominação emigrante.

Frisa-se que existem diversos motivos que levam as pessoas a migrarem de seu país de origem para outro lugar, seja de forma voluntária ou involuntária. Nos casos em que a migração ocorre por causa de perseguições em virtude de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um grupo social ou por opinião política, “levando o indivíduo a abandonar o seu país de origem, a sua casa e a sua família na busca de asilo em um outro país, tem-se a figura do refugiado” (SOARES, 2012, p. 36).

2.2. A diferença entre os institutos jurídicos do refúgio e do asilo

Os institutos jurídicos do asilo e do refúgio “assemelham-se no fato de que ambos são instituições de caráter humanitário que visam à proteção da

pessoa humana vítima de perseguição” (SOARES, 2012, p. 39), que não pode mais contar com a proteção de seu Estado de origem para garantir-lhes os requisitos mínimos de vida e dignidade. Assim, o direito de asilo pode ser entendido como um gênero do qual o refúgio é uma espécie.

O direito de asilo encontra-se positivado no artigo 14, parágrafo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, que aduz que “Toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países” (ONU, 1948). Note-se que este instituto serve de base jurídica tanto para o direito de asilo em geral quanto para o refúgio.

Na América Latina o conceito jurídico de asilo é originário do Tratado de Direito Penal Internacional de Montevideú, de 1889, que dedica um capítulo próprio ao tema e é conhecido como asilo diplomático, isto é, está intimamente ligado as constantes instabilidades políticas da região, com sucessivas revoluções, o que gera a necessidade de conceder proteção aos chamados criminosos políticos (BARRETO, 2006). Nestes casos, o asilo diplomático pode ser concedido independente da outorga de asilo territorial, visto que este depende da legislação interna do Estado concedente.

Já para Barreto (2006), apesar de ambos os institutos jurídicos, asilo e refúgio, visarem a proteção de pessoas vítimas de perseguição, o refúgio está associado a uma perseguição de aspecto generalizado que acarreta, na maioria das vezes, um fluxo massivo de população atravessando fronteiras em busca de segurança. Assim, percebe-se que:

Todo refugiado tem direito à proteção internacional e os Estados têm o dever jurídico de respeitar a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, sendo que muitos dos direitos relevantes à proteção dos refugiados são direitos fundamentais assegurados pela Declaração Universal (PIOVESAN, 2015, p. 132).

Já o asilo é aplicado em casos de perseguição política individualizada, em geral, associada a opiniões ou atividades políticas, sendo comum sua concessão a personalidades notórias. Importante destacar que o asilo é constituído por um ato soberano do Estado, sendo a decisão de cunho político, não se sujeitando a nenhum organismo internacional. Sua concessão constitui ato constitutivo e a proteção está voltada para indivíduos que comprovem perseguição atual e efetiva, podendo inclusive ser requerido no próprio país de origem da pessoa vítima da perseguição.

O refúgio, ao contrário, não se reveste de cunho político, constitui preocupação internacional visto o seu caráter universal, que visa o auxílio às pessoas vítimas de violações em seus direitos humanos fundamentais, como se apreende do relato sobre a condição de refugiados:

A história da nossa luta finalmente tornou-se conhecida. Perdemos a nossa casa o que significa a familiaridade da vida quotidiana. Perdemos a nossa ocupação o que significa a confiança de que tínhamos algum uso neste mundo. Perdemos a nossa língua o que significa a naturalidade das reações, a simplicidade dos gestos, a expressão impassível dos sentimentos. Deixamos os nossos familiares nos guetos polacos e os nossos melhores amigos foram mortos em campos de concentração e tal significa a ruptura das nossas vidas privadas (ARENDDT, 2013, p 8.).

Por isso, para utilização deste instituto é suficiente o fundado temor de perseguição a pessoas por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, ou mesmo, num conceito mais amplo, pela violação dos direitos humanos. A concessão do refúgio é concedida às pessoas que estejam fora de seus países de origem e o reconhecimento da condição de refugiado é ato declaratório, tendo o seu controle de aplicação realizado por órgãos internacionais multilaterais (JUBILUT, 2007).

2.3. A evolução histórica do refúgio no cenário internacional

O refúgio, como já afirmado, é uma temática antiga, tal qual a história da humanidade. A análise histórica mostra que já existiam regras bem delineadas sobre o refúgio na Grécia antiga, em Roma, Egito e Mesopotâmia. “Naquela época, o refúgio era marcado pelo caráter religioso, em geral concedido nos templos e por motivo de perseguição religiosa” (BARRETO, 2010, p. 12). As pessoas que, fugindo de seus perseguidores, entravam em locais sagrados, não podiam mais ser alcançado por seus algozes, estando protegidos das violência e perseguições.

Ao final da Idade Média, começaram a surgir movimentos de refugiados de forma sistemática, “a exemplo dos muçumanos expulsos da Península Ibérica durante o século XVI, por motivo de sua origem no Império Otomano” (BARROS, 2015, p. 47).

Porém, somente a partir do início do século XX o refúgio ganha efetiva proteção na comunidade internacional, já que a sociedade internacional teve que enfrentar o problema de movimentos massivos (mais de 1,5 milhões de pessoas deslocadas e refugiadas) em decorrência do fim da Primeira Guerra Mundial, da Revolução Russa e da queda do Império Otomano.

Com a criação da Liga das Nações, no período após a Primeira Guerra, esta se comprometeu com a temática dos refugiados, apesar da proteção a aquelas pessoas não constar formalmente em seu estatuto. Neste período, acreditava-se que o problema do movimento massivo de pessoas dava-se por questões pontuais, que, tão logo, fossem sanadas, seriam resolvidas. Tratando o tema em caráter temporário e emergencial que se extinguiria quando sanadas as hostilidades, que causavam o deslocamento.

Nesse sentido, foram criados diversos órgãos que visavam tratar da problemática de segmentos específicos de refugiados e com prazos definidos para o término de suas atividades. Como exemplo, podemos citar o Alto Comissariado para os Refugiados Russos, criado em 1921, e com competência inicial limitada as pessoas de origem russa. Porém, com o passar do tempo, identificou-se que indivíduos de outras nacionalidades também necessitavam da proteção jurídica internacional despendida aos refugiados.

Assim, em 1924, o órgão teve sua competência alargada para possibilitar o atendimento e proteção de refugiados armênios. Em 1927, a competência do Alto Comissariado Russo é novamente alterada para que o órgão pudesse “avaliar solicitações de refugiados assírios, assírios-caldeus, turcos e montenegrinos” (JUBILUT, 2007, p. 76). Em 1929, órgão passa a ser subordinado à Liga das Nações, já que suas atividades tinham previsão estatutária para término em 1931.

Avançando, para atender as necessidades dos refugiados judeus alemães, foi criado em 1936 o Alto Comissariado para os Refugiados Judeus provenientes da Alemanha, tendo sua competência alargada para proteger judeus provenientes da Áustria em 1938. Tal órgão apresentava data limite para encerramento de suas atividades no final do ano de 1938. Em função disso, foi criado naquele ano o Alto Comissariado da Liga das Nações para os Refugiados que tinha como objetivo ampliar e centralizar em um único órgão a proteção aos refugiados.

Com o advento da Segunda Guerra Mundial o problema dos refugiados tomou proporções ainda maiores, tornando ineficiente as ações do Alto Comissariado da Liga das Nações para os Refugiados, uma vez que houve o deslocamento de dezenas de milhões de pessoas para diversas partes do mundo. Assim, o órgão perdurou apenas até 1946, com a extinção oficial da Liga das Nações.

Para tratar dos problemas dos refugiados pós Segunda Guerra Mundial, foi criado em 1945, pelos aliados, a Administração das Nações Unidas para Socorro e Reconstrução (UNRRA). Tal órgão tinha caráter temporário e encarregou-se, principalmente, das tarefas de repatriação. Em 1948 a UNRRA foi substituída pela Organização Internacional dos Refugiados (OIR) que tinha como missão essencial auxiliar no retorno dos refugiados aos seus países de origem, entretanto, “na prática, dedicou-se mais a cuidar do reassentamento de refugiados que não podiam ser repatriados” (SOARES, 2012, p. 45).

Em substituição da OIR, foi criado, em 1950, o Alto Comissariado das Nações Unidas (ACNUR), para o qual foi transferida a tarefa de proteção internacional aos refugiados. Tal organismo, criado no âmbito do Secretariado da ONU, é uma instituição internacional, apolítica, humanitária e social. Como os outros órgãos criados para tratar a temática, o ACNUR, teve, a priori, seu

mandato estipulado em três anos. Mas em face da manutenção da crise dos refugiados, têm sido renovado a cada cinco anos. Assim, o ACNUR é, até hoje, o órgão responsável pela proteção dos refugiados (JUBILUT, 2007).

Até então, não havia nenhum instrumento internacional normativo sobre o tema que definisse os parâmetros das pessoas consideradas refugiadas, bem como o alcance da proteção internacional disponibilizada e a busca de soluções duráveis para esses casos. Apenas em 1951 a ONU elaborou uma Convenção para regulamentar a situação jurídica dos refugiados, definindo “em caráter universal a condição de refugiado, estabelecendo seus direitos e deveres, bem como instituindo obrigações aos Estados Membros de respeitar o Estatuto dos Refugiados e internalizarem em seus ordenamentos essas normas de proteção” (SOARES, 2012, p. 47). Já nos termos da Convenção de 1951, temos a definição de refugiado:

Art. 1º - Definição do termo “refugiado”

A. Para fins da presente Convenção, o termo “refugiado” se aplicará a qualquer pessoa:

2) Que, em conseqüência 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, se encontra 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 conseqüência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

B. 1) Para fins da presente Convenção, as palavras “acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951”, do artigo 1º, seção A, poderão ser compreendidos no sentido de ou

a) “Acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 na Europa”; ou

b) “Acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 na Europa ou alhures”; (ONU, 1951)

Mais uma vez destaca-se o caráter temporal que se dava a temática ligada aos refugiados, ao delimitar o tempo em que resguardaria o direito àquelas pessoas de serem reconhecidas como refugiadas.

Com o decorrer do tempo, percebeu-se que o problema continuava por razões diversas das previstas pela Convenção, assim, buscando ampliar o limite temporal e geográfico deste conceito foi criado o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados datado de 1967.

Após a adoção da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, verificou-se, principalmente nos âmbitos regionais africano e sul-americano, o esforço

de ampliar e estender o conceito de refugiado. Destacando-se, assim, a Convenção da Organização da Unidade Africana de 1969, que conduz os aspectos específicos da temática dos refugiados na África. Por meio da Convenção da OUA, o conceito de refugiado é ampliado para atender as peculiaridades da Região, estendendo “a proteção a todas as pessoas que são compelidas a cruzar as fronteiras nacionais em razão de agressão estrangeira ou perturbação da ordem pública, independentemente da existência do temor de perseguição” (PIOVESAN, 2015, p. 131).

Já na América Latina, em 1984, foi adotada a Declaração de Cartagena, criada em função da crise de refugiados que ocorria na área da América Central. Apesar de não possuir efeito vinculante, a Declaração de Cartagena foi adotada por diversos países latino-americanos e do Caribe que “reiteram a importância da definição prevista pela OUA e acrescentam as noções de “violência generalizada” e “violação maciça dos direitos humanos” como fundamentos para o reconhecimento da condição de refugiado” (ALMEIDA; SEVERO, 2015, p. 556).

2.4. O refúgio no ordenamento jurídico brasileiro

Embora o Brasil tenha aderido em 1960 à Convenção de 1951, o país só começou a desenvolver uma política de proteção internacional aos refugiados duas décadas depois. Em 22 de julho de 1997, promulgou a Lei Federal 9.474 que “além de abranger os princípios previstos pela Convenção de 1951 e pelo Protocolo de 1967, incorpora a definição ampliada pela Declaração de Cartagena” (ALMEIDA; SEVERO, 2015, p. 559). Assim, o art. 1º da Lei 9.474/97 estabelece a definição de refugiado adotada pelo Estado Brasileiro:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo 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. (BRASIL, 1997)

Além de estabelecer os critérios de reconhecimento do *status* de refugiado, a legislação brasileira determina os procedimentos para esse reconhecimento, sendo criado um órgão competente para tratar do tema, o Comitê Nacional para Refugiados (CONARE). Assim: “Cabe ao CONARE analisar os pe-

didados de refúgio, deferindo ou não a condição de refugiados, assim, como decidir a cessação e a determinação da perda do *status*” (ALMEIDA; SEVERO, 2015, p. 558). Ressalte-se que este órgão é estruturado de forma tripartite, compondo-se do governo, da Sociedade Civil e da ONU, por meio do ACNUR.

O pedido de refúgio pode ser solicitado a qualquer autoridade, principalmente, por prática, a qualquer posto do Departamento da Polícia Federal, sendo esta competente para instaurar o processo de reconhecimento do *status* de refugiado. Após a instauração do processo, a Polícia Federal encaminhará o pedido para apreciação do CONARE, que entrará em contato com o solicitante para agendar entrevista, cujo objetivo é coletar informações que esclareçam as circunstâncias da vida dos requerentes, verificando se são determinantes para seu reconhecimento na condição de refugiados. A visão doutrinária é de que:

O regime imposto pela Lei brasileira faz do procedimento de reconhecimento da condição de refugiado uma questão técnico-jurídica, que se debate em um devido processo legal. O instituto da proteção internacional de refugiados possui natureza humanitária e não deve ser um simples instrumento da política exterior, da política migratória, nem da política criminal de um Estado. Seu alcance deve refletir um processo justo, eficiente, rigoroso e técnico de reconhecimento, ou não, da condição de refugiado (GONZÁLES, 2010, p. 56).

Durante todo o período de análise realizada pelo CONARE até sua decisão final, o solicitante e sua família, se dela estiver acompanhado, permanecerão em território nacional e terão direito a emissão de carteira de trabalho provisória, emitida pelo Ministério do Trabalho, para que tanto o requerente quanto seus familiares possam exercer atividades remuneradas no país, conforme disposto no art. 21 da Lei 9474/97 e a Resolução Normativa nº 15 do CONARE, de 27 de Julho de 2012.

Tal direito concedido aos solicitantes do refúgio possibilita o acesso destes ao trabalho, forma digna de “suprir suas necessidades mais imediatas enquanto se toma uma decisão sobre sua solicitação de reconhecimento da condição de refugiado” (GONZÁLES, 2010, p. 57). Até mesmo porque, tal procedimento pode demorar meses, e neste ínterim, os solicitantes apenas teriam acesso a programas limitados de assistência financiados pelo ACNUR e seus parceiros implementadores ou pelas organizações da sociedade civil.

Ainda sobre o procedimento para o reconhecimento da condição de refugiado, a Lei 9474/97, estabelece em seu artigo 23 que a Polícia Federal “procederá com as eventuais diligências requeridas pelo CONARE devendo averiguar todos os fatos cujo conhecimento seja conveniente para uma justa e rápida decisão”. Após a fase de instrução, a autoridade competente elaborará relatório a ser encaminhado ao CONARE, que decidirá pelo reconhecimento

ou não da condição de refugiado. Destaque-se que tal decisão é “considerada ato declaratório e deverá estar devidamente fundamentada”, nos termos do artigo 26 da legislação supra (BRASIL, 1997).

Com o deferimento do pedido de reconhecimento da condição de refugiado, este deverá ser registrado junto ao Departamento de Polícia Federal, onde assinará termo de responsabilidade e solicitará sua cédula de identidade. Em caso de indeferimento, o solicitante poderá impetrar recurso da decisão junto ao Ministro de Estado da Justiça, no prazo prescricional de 15 (quinze) dias, contados do recebimento da notificação. Durante o período de apreciação do recurso, é permitido que ao solicitante e seus familiares permaneçam em território brasileiro. A parte final da Lei 9474/97 trata das soluções duráveis ao refúgio. Sobre o tema, temos o seguinte ensinamento:

[...] o refúgio sempre é uma situação temporária, onde o fracasso da proteção de um indivíduo pelo seu país de origem, de nacionalidade ou se residência habitual provocou sua saída ao exterior. Falhando a proteção do país de origem, a única alternativa do indivíduo perseguido é buscar a proteção dentro da comunidade internacional. Por isso, a Convenção de 1951 prevê a todos os seus signatários essa obrigação jurídica de receber e de proteger refugiados em seus territórios (BARRETO, 2010, p. 195).

Assim, visto o caráter temporário da temática, a legislação brasileira prevê soluções duráveis ao refúgio, seguindo os preceitos do Estatuto do ACNUR. Para tanto temos: a repatriação, a integração local e o reassentamento. A repatriação, isto é, o retorno dos refugiados aos seus países de origem, quando cessado as causas que originaram o refúgio, é caracterizada pela voluntariedade. Entretanto, tal solução durável deve ser tratada com cautela, já que pode haver uma insegurança física, social, psicológica ou material do indivíduo, que mesmo voluntariamente, opta pela repatriação (BARRETO, 2010).

A integração local é caracterizada por ações voltadas para inserção cultural e social do refugiado na comunidade recebedora. Já o reassentamento é uma opção para aqueles refugiados “que não puderam se integrar à comunidade do primeiro asilo ou que, mesmo já tendo sido reconhecidos como refugiados, ainda não conseguiram findar o ciclo de violência que ensejou o deslocamento forçado” (ALMEIDA; SEVERO, 2015, p. 560).

2.5. Panorama atual do refúgio: a situação está se complicando

De acordo com o relatório anual Tendências Globais do ACNUR, publicado em junho de 2016, temos aproximadamente 65,3 milhões de pessoas deslocadas por guerras e conflitos em 2015, o que representa um aumento de quase 10% comparado com o total de 59,5 milhões registrado em 2014. Ainda,

de acordo com o relatório, “esta é a primeira vez que o deslocamento forçado ultrapassa o marco de 60 milhões de pessoas” (ACNUR, 2016).

Atualmente há uma média de 24 (vinte e quatro) pessoas deslocadas a cada minuto, enquanto que em 2005, a média registrada pelo ACNUR era de 6 (seis) por minuto, ou seja, por dia trezentos e sessenta pessoas são forçadas ao refúgio.

O ano de 2015 gerou 12,4 milhões de novos deslocados em decorrência de conflitos e perseguições, dos quais 8,6 milhões de pessoas foram forçadas a abandonar seus lares deslocando-se para outras partes de seus países de origem, e 1,8 milhões de pessoas tiveram que cruzar a fronteira de seus Estados a procura de segurança. O relatório anual Tendências Globais revela ainda que:

[...] o universo de 65,3 milhões inclui 21,3 milhões de refugiados ao redor do mundo, 3,2 milhões de solicitantes de refúgio e 40,8 milhões deslocados que continuam dentro de seus países. Com o aumento de 2,6 milhões de casos apenas em 2015, na comparação com os dados de 2004, conclui-se que o mundo assiste a um recorde de deslocados internos. O ACNUR estima a existência de pelo menos 10 milhões de apátridas até o final de 2015, embora os dados enviados pelos governos indiquem a presença de 3,7% em 78 países (ACNUR, 2016).

Dentre os países analisados pelo relatório, os que mais geraram refugiados foram a Síria com 4,9 milhões de refugiados, o Afeganistão com 2,7 milhões e a Somália com 1,1 milhão. Apenas esses Estados totalizam mais da metade dos refugiados sob o mandato do ACNUR. No tocante ao deslocamento interno, destacam-se a Colômbia com 6,9 milhões, a Síria com 6,6 milhões, o Iraque com 4,4 milhões e o Iêmen, que em 2015, foi o país que mais registrou novos deslocados internos, registrando 2,5 milhões de pessoas, número que representa 9% de sua população (ACNUR, 2016). Outros dados identificados pelo relatório, revelam que:

Entre os países receptores, a Turquia é o país que mais abriga refugiados – um total de 2,5 milhões. O Líbano, mais do que qualquer outro país, tem a maior concentração de refugiados em seu território: são 183 para cada mil habitantes. Em proporção ao tamanho de sua economia, a República Democrática do Congo (RDC) é o país que acolhe maior número de refugiados: 471 por dólar de seu Produto Interno Bruto (PIB) per capita. Ainda assim, o país igualmente figura como origem de refugiados e deslocados internos. Nos países industrializados, 3,2 milhões aguardavam no final de 2015 a resposta a suas solicitações de refúgio – o maior número já registrado pelo ACNUR (ACNUR, 2016).

As informações divulgadas pelo ACNUR mostram que cerca da metade dos refugiados são crianças, fato que exige esforços concentrados para tratar

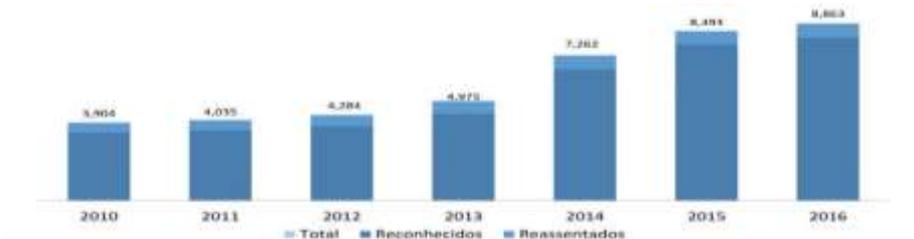
de suas necessidades e minimizar o impacto do deslocamento forçado em cima delas. O Secretário Geral da ONU, a respeito do tema, advertiu que “estamos enfrentando a maior crise de refugiados e deslocados do nosso tempo. Acima de tudo, esta não é apenas uma crise de números; é também uma crise da solidariedade” (MOON, 2016, p. 05).

3. O PERFIL DOS REFUGIADOS QUE CHEGAM NO BRASIL: UMA ANÁLISE ENTRE OS ANOS DE 2010 A 2015

A análise dos dados sobre o refúgio no Brasil além de nos mostrar o perfil dos refugiados reconhecidos, bem como dos solicitantes de refúgio, nos possibilita verificar mudanças no cenário ocasionadas pelo agravamento de crises humanitárias como a Guerra na Síria, por exemplo, que levou o governo brasileiro “tomar medidas que facilitassem a entrada desses imigrantes no território e sua inserção na sociedade brasileira” (BRASIL, 2016a). Assim, nota-se a mudança no perfil dos refugiados, que, anteriormente, era formada em sua maioria por colombianos e angolanos e hoje é composta por maioria síria.

Neste sentido, consoante os dados mais recentes divulgados pelo Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), órgão ligado ao Ministério da Justiça, o Brasil abrigava em 2010 um total de 3.904 refugiados reconhecidos. Em abril de 2016 o total chegou a 8.863, o que representa um aumento de 127% no acumulado de refugiados reconhecidos, incluindo reassentados (BRASIL, 2016b).

Gráfico 1 - Refugiados reconhecidos no país



Fonte: BRASIL (2016b)¹

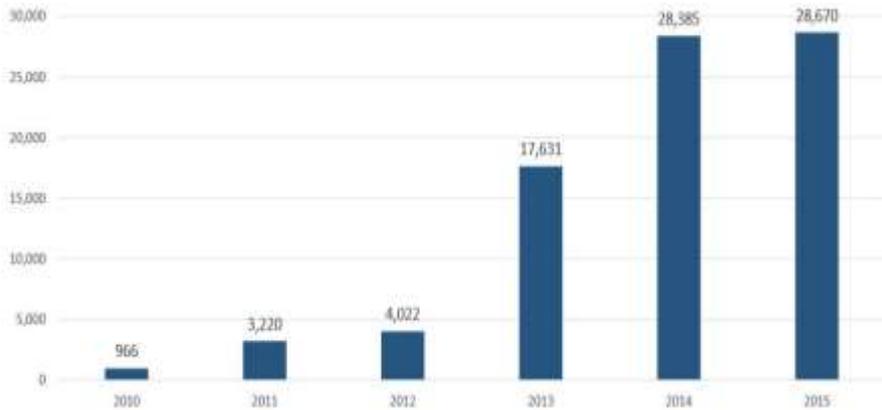
O gráfico acima demonstra que o país registrou um aumento de 2.868% nas solicitações de refúgio nos últimos cinco anos, que passamos de 966, em 2010, para 28.670 refugiados, em 2015.

Entretanto, destaca-se que tal cifra mostra-se em desarmonia com a quantidade de pessoas que vieram para o Brasil no mesmo período, ou seja, há uma discrepância entre o número de solitantes e a concessão de benefícios,

¹ Dados extraídos do documento disponibilizado pelo Ministério da Justiça, intitulado “Sistema de Refúgio Brasileiro - Desafios e perspectivas”, em Maio de 2016.

tendo em vista, que em muitos casos a pessoa não solicitou a proteção do refúgio, estando, portanto, em uma situação irregular em nosso país.

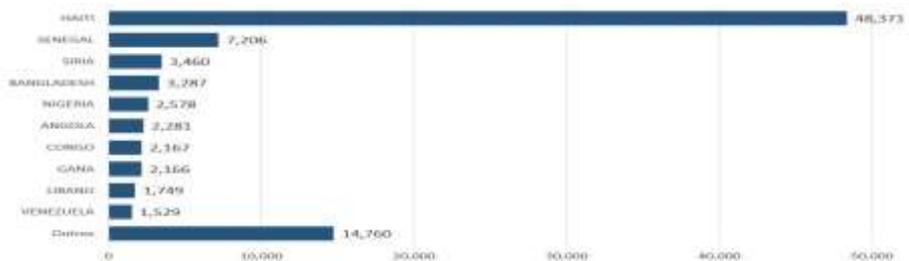
Gráfico 2 - Solicitações de Refúgio (entradas por ano)



Fonte: BRASIL (2016b)

O ranking das nacionalidades de solicitantes de refúgio ao Brasil, entre os anos de 2010 a 2015, é liderado pelos haitianos, com 48,3 mil solicitações no período, seguido pelos senegaleses e sírios, com 7,2 mil e 3,4 mil, respectivamente. Na mesma época, o país registrou número significativo de requisições de países como Bangladesh, Nigéria, Angola, Congo, Gana, Líbano e Venezuela. Apesar do elevado número de solicitantes haitianos, estes, em sua grande maioria, não preenchem aos critérios para o reconhecimento da condição de refugiados dispostos na Lei 9.474/97.

Gráfico 3 - Solicitações de refúgio por país de origem (total acumulado)

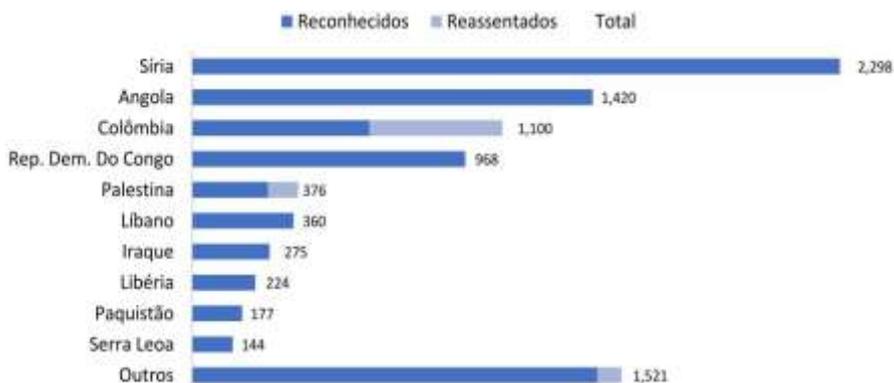


Fonte: BRASIL (2016b)

Nota-se, que no acumulado até 2015 o Brasil reconheceu a condição de refugiados a pessoas de 79 nacionalidades, destacando-se os sírios que totalizam 2.298 refugiados, os angolanos com 1.420, os colombianos com 1.100, os congoleses com 968 e palestinos com 376.

Observa-se, ainda, que a crise humanitária que tem se agravado em decorrência da Guerra na Síria, fez com que o governo brasileiro tomasse medidas que facilitaram o ingresso de imigrantes oriundos daquele país. Como consequência, temos um aumento significativo de refugiados sírios principalmente no ano de 2014, fato que alterou o perfil de nacionalidade dos refugiados reconhecidos no Brasil, que anteriormente era formado em sua maioria por angolanos e colombianos (REIS, 2016).

Gráfico 4 - Refugiados reconhecidos no Brasil por país de origem (total acumulado)



Fonte: BRASIL (2016b)

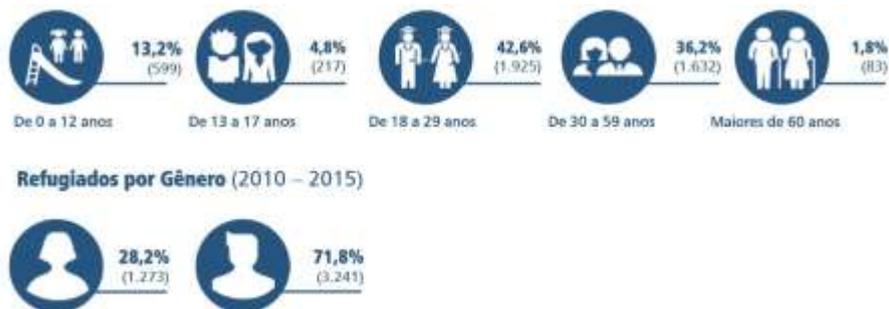
O elevado número de refugiados sírios, reconhecidos no país, justifica-se pela Resolução nº 17 do CONARE, datada de 20/09/2013, que “garante a concessão de visto especial a pessoas afetadas pelos conflitos armados na Síria e região que desejem chegar ao Brasil buscando refúgio” (ACNUR, 2014). A Resolução tinha validade inicial de 2 anos, tendo sido prorrogada por igual período em setembro de 2015. Em outubro daquele ano foi firmado um acordo de cooperação entre o CONARE e a ACNUR com o intuito de:

[...] garantir mais eficiência ao Brasil no processo de concessão de vistos especiais a pessoas afetadas pelo conflito na Síria. O objetivo da parceria foi definir procedimentos e ações conjuntas, identificar pessoas, familiares e casos sensíveis, além de auxiliar as unidades consulares brasileiras na emissão de documentos, processamento célere e seguro ao conceder vistos especiais nas representações consulares brasileiras da Jordânia, do Líbano e da Turquia – países que fazem fronteira com a Síria (BRASIL, 2016a).

O relatório sobre refúgio no Brasil (BRASIL, 2016b) traz dados referentes ao número de refugiados por gênero e faixa etária, sendo que das concessões de refúgio dos últimos 5 anos, 71,8% foram para homens e 78,8% dos refugiados reconhecidos no país são adultos, na faixa etária entre 18 a 59 anos. Ou

seja, a maior parte desta população encontra-se potencialmente apta ao mercado de trabalho, restando verificar se estão conseguindo empregos ou se encontram entraves neste quesito.

Gráfico 5 - Perfil dos refugiados (total acumulado)



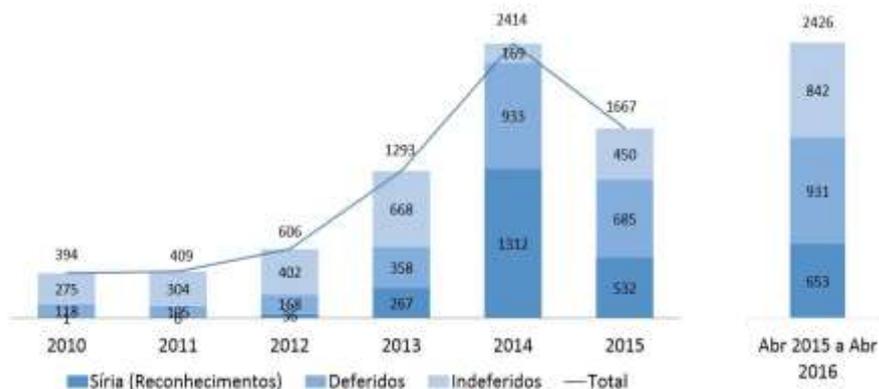
Fonte: BRASIL (2016b).

Outros dados importantes apresentados no relatório (BRASIL, 2016b) dizem respeito ao número de processos julgados por ano, no período de 2010 a 2015, onde se observa um aumento substancial na quantidade de processos analisados. Em 2010 foram julgados 394 solicitações, das quais foram deferidas apenas 118. Em 2013, o número de processos examinados foi de 1.293, onde 267 foram de reconhecimento da condição de refugiado para sírios e 358 deferimentos para solicitações de outras nacionalidades.

Numa crescente, o ano de 2014 registrou o maior número de processos examinados pelo CONARE e a menor quantidade de indeferimentos das solicitações de reconhecimento de refúgio, já que dos 2414 processos julgados apenas 169 requisições foram negadas. Aquele ano registrou também o maior número de reconhecimento da condição de refugiado para sírios, no total de 1312 solicitações deferidas. Em 2015, a quantidade de processos apreciados mostra-se menor, apenas 1667, dos quais 450 foram indeferidos. Das solicitações de refúgio deferidas naquele ano, 532 foram para pessoas de origem síria.

Note-se, que se comparado ao ano de 2014 houve uma sensível diminuição na concessão de refúgio para os solicitantes sírios em 2015, se destacando que “[...] entre os fatores está um fluxo maior desses cidadãos em direção a países europeus. A expectativa, no entanto, é que, se não houver avanços nas negociações de paz para o conflito, o número de chegadas ao Brasil volte a crescer substancialmente” (REIS, 2016).

Gráfico 6 - Quantidade de processos decididos por ano, 2010-2015



Fonte: BRASIL (2016b)

Conforme as informações divulgadas pelo CONARE, o Brasil negou o reconhecimento da condição de refugiado em 6.817 processos de 2010 até abril de 2016. Os países de origem que mais tiveram as solicitações indeferidas neste período foram a Colômbia com 680, Romênia com 657 e Angola com 570 requisições negadas. No tocante ao gênero e faixa etária dos solicitantes de refúgio que tiveram seus pedidos indeferidos, os dados apresentados mostram que 93,2% dos requisitantes eram adultos entre 18 a 59 anos e 82,7% eram homens. Quanto as causas dos indeferimentos das solicitações de reconhecimento da condição de refugiados, o órgão alega decorrerem da ausência do preenchimento dos requisitos preconizados no artigo 1º da Lei 9.474, de 22 de julho de 1997 (BRASIL, 2016b).

Por fim, cabe destacar que embora exista grande número de haitianos no território brasileiro, cerca de 85 mil pessoas, segundo dados oficiais, a maior parte deles não se enquadram nos requisitos previstos na legislação brasileira para concessão do reconhecimento da condição de refugiado, sendo despendido a estes indivíduos um tratamento diferenciado. “Para eles, há um visto especial humanitário, que permite que os habitantes do país da América Central, assolado por um terremoto em 2010, permaneçam no Brasil” (REIS, 2016). Tal benefício foi instituído pelo Conselho Nacional de Imigração (Cnig) por meio da Resolução Normativa 97 em 2012, tendo sua validade prorrogada até outubro de 2016.

4. OS BENEFÍCIOS PROPORCIONADOS AOS REFUGIADOS NO BRASIL

O Brasil, frente a atual crise de refugiados, tem adotado medidas que visam auxiliar a proteção destas pessoas em seu território, “considerado um país solidário, vem se inserindo cada vez mais em ações humanitárias em prol da defesa e da proteção dos refugiados” (PACIFICO; MENDONÇA, 2010, p.

170). A temática tem estado presente na pauta de discussão da Presidência da República nos últimos anos, que tem apresentado medidas junto ao cenário internacional, a exemplo da Resolução Normativa editada pelo CONARE, em 2013, que permitiu a emissão de vistos especiais às pessoas afetadas pelo conflito na Síria. Na visão do Presidente do CONARE, Beto Vasconcelos:

O Brasil tem adotado uma postura solidária e firme no propósito de garantir políticas inovadoras na área de imigração. E o país tem se colocado aberto a atuar junto à comunidade internacional a fim de diminuir o sofrimento de refugiados diante da pior crise humanitária desde a II Guerra Mundial. Nossa política de vistos especiais continuará. Estudaremos novas formas de reassentamento em parceria com a iniciativa privada e estaremos abertos a construir outros mecanismos para enfrentar o drama de cerca de 20 milhões de pessoas refugiadas no mundo (BRASIL, 2016a).

Com os holofotes voltados à crise dos refugiados, os governantes do Estado brasileiro têm se pronunciado no sentido de ratificar a participação do país em medidas acolhedoras aos que necessitam do instituto do refúgio. Assim, destaca-se o discurso da ex-presidente Dilma Rousseff, em setembro de 2015, gravado para as redes sociais:

Mesmo em momentos de dificuldade, de crise como estamos passando, teremos nossos braços abertos para acolher os refugiados. Aproveito para reiterar a disposição do governo para receber os que, expulsos de suas pátrias, para aqui queiram vir viver, trabalhar e contribuir para a prosperidade e a paz do Brasil.

Na mesma linha, tem sido o posicionamento do Presidente Michel Temer, que ao discursar na ONU, em 20 de setembro de 2016, enfatizou:

Temos plena consciência de que o acolhimento de refugiados é uma responsabilidade compartilhada. Estamos engajados em iniciativas de reassentamento de refugiados de nossa região, com especial atenção para mulheres e crianças. Em nosso país, mesmo antes do reconhecimento de sua condição migratória, os refugiados têm acesso universal a emprego e a serviços públicos de educação e saúde. E trabalhamos com as Nações Unidas para assegurar agilidade aos procedimentos de concessão desse status. Também com nossos irmãos latino-americanos estamos empenhados em múltiplas iniciativas em favor dos refugiados.

Os discursos apresentados, dos presidentes de Estado, coadunam-se com as diretrizes ratificadas pelo Brasil sobre a temática em 2014, quando o país sediou o evento de comemoração do 30º aniversário da Declaração de Cartagena sobre os Refugiados de 1984. Na ocasião, foi aprovada a Declaração e o Plano de Ação do Brasil, onde os Governos da América Latina, com a colaboração do ACNUR e de outros organismos internacionais, bem como da sociedade civil e da comunidade internacional, se comprometeram a atender aos

desafios de proteção e implementar “programas para facilitar soluções sustentáveis para os refugiados e as pessoas deslocadas e apátridas, durante a década 2015-2024” (GUTERRES, 2015, p. 17).

O Brasil tem se mostrado “um país atrativo para as pessoas que fogem de perseguições, de desastres naturais ou mesmo da pobreza” (PAMPLONA; PIOVESAN, 2015, p. 48), colocando-se como um país acolhedor de refugiados junto ao cenário internacional. Neste sentido, o Ministério das Relações Exteriores divulga que “a legislação brasileira reconhece aos refugiados o direito ao trabalho, à educação, à saúde e à mobilidade no território nacional, entre outros direitos, permitindo, assim, que reconstruam suas vidas no país” (BRASIL, 2016c). Entretanto, não relatam quais as iniciativas realizadas pelo governo para que o dispositivo legal seja efetivado.

O Ministério da Justiça e Cidadania, em resposta ao pedido de informação nº 09200000816201627, que visava ter ciência sobre quais os benefícios sociais oferecidos pelo Estado brasileiro para os refugiados abrigados em seu território, cientificou que:

A nossa Constituição Federal de 88 no Caput do seu artigo 5º reza que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Ainda, de acordo com a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, em seu artigo 23, diz que “Os Estados Contratantes darão aos refugiados que residam regularmente no seu território o mesmo tratamento em matéria de assistência e de socorros públicos que é dado aos seus nacionais”.

Destarte, fica claro que os estrangeiros residentes no país gozam dos mesmos direitos de um brasileiro nato ou naturalizado (BRASIL, 2016d).

O referido pedido de informação visava ainda obter os dados da quantidade de refugiados que receberam os benefícios sociais no período de 2011 a 2015, e neste tocante, o órgão respondeu que:

Os benefícios sociais mencionados no item 3 são concedidos pelos diversos órgãos ligados à Administração Pública Direta e Indireta das três esferas do poder público brasileiro (Federal, Estadual e Municipal) e judiciário; não havendo qualquer ingerência deste Comitê em relação aos serviços e direitos concedidos. O Comitê faz a sensibilização diante esses órgãos, explicando sobre a peculiar situação da condição de refugiado (BRASIL, 2016d).

Embora a informação do Ministério da Justiça e Cidadania seja de que os refugiados gozam dos mesmos direitos de um brasileiro nato, podendo,

desta forma, utilizar-se dos benefícios sociais que a estes são colocados à disposição, o órgão alega não ter conhecimento da quantidade dos benefícios sociais de fato usufruídos por estas pessoas, já que tais benefícios são concedidos pelos diversos órgãos ligados à Administração Pública Direta e Indireta das três esferas do público brasileiro.

Assim, foi direcionado o pedido de informação nº 37400004192201604 ao Ministério da Previdência Social questionando sobre a quantidade de refugiados no Brasil que receberam algum tipo de benefício da previdência social no período de 2011 a 2015 e quais os benefícios da previdência social são oferecidos pelo Estado Brasileiro para os refugiados abrigados em seu território. Para tais indagações o órgão se manifestou informando:

Em resposta ao pedido de informação em referência, informamos que não temos a informação de refugiados que estejam trabalhando no Brasil ou que tenham a condição de segurado da Previdência Social. Ressaltamos que não existe nenhum impedimento de um refugiado ser filiado à Previdência Social, desde que ele contribua na forma de empregado ou contribuinte individual. Entretanto, nos sistemas da Previdência Social, não é possível identificar se a pessoa tem a condição de refugiada. Além disso, esclarecemos que não existe um benefício previdenciário para essa população até o momento (BRASIL, 2016e).

Não há, portanto, nenhum benefício previdenciário específico para a população de refugiados recebidas pelo Estado Brasileiro, embora se reconheça o direito a pessoa refugiada à aposentadoria, desde que preenchidos os requisitos de contribuição previstos na legislação pátria. Sob o aspecto previdenciário, o Brasil firmou acordos multilaterais no âmbito do Mercosul (Decreto Legislativo n.º 451/2001), e Ibero americano, além de acordos bilaterais, onde estabelece reciprocidade em matéria previdenciária, permitindo que os estrangeiros e refugiados residentes no país oriundos da Argentina, Cabo Verde, Chile, Espanha, Grécia, Itália, Luxemburgo, Paraguai, Portugal, Alemanha, Bélgica, Japão e Uruguai, possam contar o tempo de contribuição para presidência em seus países de origem (BARBOZA; BACK, 2016).

Inexiste, ainda, qualquer programa característico de auxílio financeiro voltado para os refugiados, sendo estes inseridos nos programas de transferência de renda criados para atender a população nacional. De acordo com o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, o país, em julho de 2015, contava com a inserção de aproximadamente 400 imigrantes sírios no programa Bolsa Família (BANDEIRA, 2015). Ressalte-se que apesar da legislação brasileira não distinguir brasileiros e estrangeiros no tocante à participação em programas sociais, a efetiva inclusão desse grupo acaba por esbarrar em dificuldades com a burocracia na comprovação das documentações exigidas:

[...] existem diversas políticas públicas que não beneficiam os refugiados porque seus mecanismos de acesso desconhecem esta condição jurídica. Questões como o acesso de refugiados à moradia popular, Benefício de Prestação Continuada, validação de diplomas e participação em concursos públicos, tropeçam em entaves burocráticos ou mesmo normativos, em sua maioria, pautados pelo desconhecimento e insipiência do ordenamento jurídico referente ao refúgio no Brasil (SAMPAIO, 2010, p. 37).

Neste sentido, Seixas (2014) demonstra que existem contradições entre o que define de hospitalidade primeira e hospitalidade documental, que evidenciam um distanciamento entre a prática e o discurso institucional. Tal fato, acarreta situações de vulnerabilidade dos imigrantes que, mesmo sendo atendidos, não alcançam o acolhimento adequado, visto que lhes é negado ou dificultado por longo período de tempo, o acesso à documentação e ao acolhimento anunciado.

Decisões recentes do judiciário brasileiro demonstram que a inserção dos refugiados em benefícios sociais tem encontrado entaves de efetivação, tendo que ser garantida por meio do acesso à justiça, conforme podemos extrair da divulgação da Defensoria Pública da União:

Uma decisão da Justiça Federal em Canoas (RS), publicada no dia 20 de abril, determinou que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) concedesse benefício assistencial a um refugiado da Palestina que vive no Brasil desde 2007. A conquista contou com a atuação da Defensoria Pública da União (DPU), que ingressou com uma ação contra a autarquia previdenciária após o pedido de auxílio ser negado administrativamente. A ação pedia que o INSS concedesse o benefício assistencial a contar da data do requerimento administrativo (BRASIL, 2015).

A decisão em evidência versa sobre o caso de um refugiado palestino, com mais de setenta anos, que veio morar no país por meio do Programa de Reassentamento Solidário do ACNUR. A Defensoria Pública da União revela no pleito que o assistido enfrenta inúmeras dificuldades por não falar o idioma do país, viver sozinho e depender de doações para realizar suas refeições. Diante da situação apresentada, o INSS apresentou resposta arguindo que:

[...] atualmente, em razão de tratados internacionais, é ofertada saúde aos estrangeiros residentes no Brasil, garantindo a reciprocidade ao brasileiro que mora no exterior e desde que haja reembolso anual por parte do país de origem. Entretanto, afirmou que o mesmo não existe no âmbito da assistência social e que, portanto, não teria fonte de custeio para esse tipo de pagamento (BRASIL, 2015).

No caso em tela, foi realizada pela Justiça Federal uma perícia socioeconômica onde restou comprovada a situação de pobreza vivida pelo refugiado,

tendo o juiz federal fundamentado sua decisão no sentido de garantir o benefício de recebimento de um salário mínimo ao solicitante, em virtude deste preencher os requisitos legais:

Segundo o laudo, “o amparo assistencial condiz com seu objetivo, sendo ele destinado a amparar e proteger aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade e situação econômica que põe em risco sua própria subsistência”. O juiz Guilherme Maines Caon, da 3ª Vara Federal, em sua sentença, apontou que a Constituição da República garantiu o recebimento mensal de um salário mínimo à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que não possuem condições financeiras para prover seu sustento. “Não há restrição à concessão do benefício assistencial ao idoso estrangeiro, conforme a Lei Maior e recente julgado do TRF4”, afirmou o magistrado. Para ele, “tratando-se o autor de um refugiado, regularmente instalado em território brasileiro, é aplicável o art. 23 da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, que dispõe que os refugiados terão, em matéria de assistência e socorros públicos, o mesmo tratamento dado aos nacionais” (BRASIL, 2015).

Ainda consoante a Defensoria Pública da União, a Justiça Federal de Florianópolis garantiu a concessão do Benefício de Prestação Continuada à um refugiado angolano que vive em comprovada situação de vulnerabilidade social e sem capacidade laborativa em decorrência de uma cegueira bilateral. O INSS havia negado o benefício ao refugiado por se tratar de estrangeiro. Abaixo evidenciamos trecho da divulgação da DPU:

No Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), o angolano teve negada a concessão do benefício assistencial, por ser estrangeiro. Ele procurou auxílio jurídico gratuito na DPU, que ajuizou ação solicitando o pagamento do BPC/Loas. Durante o processo, as perícias médicas e de assistente social confirmaram a deficiência visual e a situação de necessidade de V.B.E., que vive com mais quatro compatriotas que também não têm renda fixa, dependendo da ajuda de terceiros para sobreviverem.

A sentença da juíza federal substituta Ana Cristina Kramer, favorável a V.B.E., foi confirmada pela 2ª Turma Recursal após recurso do INSS. Conforme a juíza federal relatora, Eliana Paggiarin Marinho, “a circunstância de ser o Autor estrangeiro não pode ser impedimento à concessão de benefício assistencial à luz do disposto na Constituição Federal, em seu art. 5º, que assegura ao estrangeiro residente no país o gozo dos direitos e garantias individuais em igualdade de condição com o nacional”. (BRASIL, 2016f)

Situações como as apresentadas, em que os refugiados não conseguem usufruir das garantias oferecidas pelo governo brasileiro, violam o princípio básico da igualdade e não discriminação, que nas palavras de Trindade (2014,

p. 25) é “uma distinção arbitrária ou injustificável (sem nenhuma justificativa) e, portanto, inadmissível. Sua proibição ocorre em relação ao exercício de todos os direitos consagrados como imanentes à pessoa humana”.

O princípio da igualdade e não discriminação está intimamente ligada à proteção de indivíduos e grupos pessoas em situação de vulnerabilidade, assim, o entendimento doutrinário é de que:

Desde meados da década de noventa até o presente (1994-2014), as atenções se concentraram nos desafios da condição de pessoas afetadas tanto por tensões e distúrbios internos como pelo empobrecimento e a pobreza crônica, tanto nas migrações como não documentados 10 (em particular crianças desacompanhadas e mulheres), e as vítimas do tráfico de pessoas. Os vitimados são submetidos a condições sub-humanas de vida, quando sobrevivem (TRINDADE, 2014, p. 25).

Em nossa Carta Magna, temos consagrado no caput do artigo 5º, o princípio da igualdade, visto o referido dispositivo aduzir que: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...” (BRASL, 1988), ou seja é assegurado ao estrangeiro, residente no país, o gozo dos direitos e das garantias individuais, em igualdade de condições com o nacional. Nestes termos, os refugiados estão amparados constitucionalmente em seu direito à igualdade e não discriminação.

As pessoas que buscam valer-se do instituto do refúgio carregam uma bagagem marcada por tragédias e dificuldades, e o país ao se colocar como uma nação acolhedora de tais indivíduos não pode limitar-se apenas na facilitação de sua entrada no território nacional. Deve ser responsável também pela “adoção das medidas necessárias para garantir um refúgio seguro e os meios adequados para sobrevivência dessas pessoas no território brasileiro com dignidade e autosuficiência” (SOARES, 2012, p. 183).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Internacional dos Refugiados desenvolveu-se desde sua positividade na década de 50, além de ser tratado do âmbito internacional, por meio da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, também tem sido debatido em âmbitos regionais, a exemplo da Declaração de Cartagena de 1984. Por seu caráter humanitário, o Direito Internacional dos Refugiados destaca-se pelas ações em prol da defesa da dignidade da pessoa humana.

O estudo sobre a temática ganha destaque posto que o cenário atual, relatado pelo ONU, demonstra que está instalada uma crise de refugiados, posto que existem um total de 65,3 milhões de pessoas sob o mandato do Alto

Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). E, as análises prospectivas não fazem referência a uma reversão desse quadro, ao contrário, projetam um aumento desse número.

Nesta perspectiva, o estudo realizou uma análise de como o instituto jurídico do refúgio é tratado no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, constatou-se que o Brasil além de ser signatário da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, possui uma legislação própria sobre o assunto, a Lei 9.474/97, que incorporou a definição ampliada de refugiados trazida pela Declaração de Cartagena de 1984. A referida legislação cria um órgão competente para tratar o tema, o Comitê Nacional para Refugiados (CONARE) que é estruturado de forma tripartite, compondo-se do governo, da sociedade civil e da ONU, por meio do ACNUR.

O objetivo central do trabalho era verificar quais os benefícios sociais que os refugiados aceitos no Brasil têm direito. Nesta linha, observou-se que o país teve um aumento significativo tanto do número de solicitantes de refúgio como de refugiados, nos últimos cinco anos. Tal fato justifica-se pelas medidas tomadas pelo governo brasileiro de colocar-se como um país acolhedor à refugiados no cenário internacional, a exemplo da Resolução nº 17 do CONARE de 2013 que garante a concessão de visto especial a pessoas afetadas pelos conflitos armados na Síria e região e que desejam vir ao país em busca de refúgio.

Percebe-se que o governo brasileiro ressalta que a legislação pátria reconhece aos refugiados o direito ao trabalho, à educação, saúde e à mobilidade no território nacional, facilitando a reconstrução de suas vidas no país. Entretanto, não é dedicado a tais pessoas nenhum programa característico de auxílio financeiro, sendo facultado a sua inserção em programas de transferência de renda criados para atender a população nacional. Também inexistente qualquer benefício previdenciário específico para tal grupo social, embora se reconheça o direito à aposentadoria a pessoa refugiada, desde que preenchidos os requisitos legais.

Deste modo, o objetivo proposto neste estudo foi alcançado ao identificar que não há nenhum benefício social ou previdenciário específico aos refugiados abrigados no Estado brasileiro. E, apesar da legislação brasileira não instituir distinção entre brasileiros e estrangeiros residentes no país, garantindo a estes os mesmos direitos de seus cidadãos, o que se observou no desenvolvimento do trabalho foi que os refugiados reconhecidos pelo Estado brasileiro encontram entraves na efetivação destes direitos tendo muitas vezes que valer-se do judiciário para conseguir usufruir de algum benefício.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS. ACNUR. **Sírios terão visto humanitário para entrar no Brasil**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/>

portugues/noticias/noticia/sirios-terao-visto-humanitario-para-entrar-no-brasil/>. Acesso em: 16 out. 2016.

AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS. ACNUR. **Deslocamento forçado atinge recorde global e afeta uma em cada 113 pessoas no mundo**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/deslocamento-forcado-atinge-recorde-global-e-afeta-uma-em-cada-113-pessoas-no-mundo/>>. Acesso em: 17 set. 2016.

ALMEIDA, Guilherme Assis de; SEVERO, Thais Lara Marcos. Direitos dos Refugiados no Ordenamento Brasileiro e no Direito Internacional. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Org.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: ATLAS, 2015. p. 554-561.

ARENDRT, Hannah. **Nós, os refugiados**. Tradução Ricardo Santos, Covilhã, Portugal: LusoSofiapress, 2013. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/20131214hannah_arendt_nos_os_refugiados.pdf> Acesso em: 15 maio 2016.

BANDEIRA, Luiza. Sem programa específico para refugiados, Brasil coloca centenas de sírios no Bolsa Família. **BBC Brasil**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/10/sem-programa-especifico-para-refugiados-brasil-coloca-centenas-de-sirios-no-bolsa-familia.html>>. Acesso em 19 out. 2016

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; BACK, Alessandra. A Proteção Normativa dos Refugiados Políticos na América Latina e no Brasil. In: GEDIEL, José Antônio Peres (Org.); GODOY, Gabriel Gualano (Org.). **Refúgio e Hospitalidade**. Curitiba: KAIRÓS, 2016. p. 87-117.

BARRETO, Luiz Paulo Teles F. **Das diferenças entre os Institutos Jurídicos do Asilo e do Refúgio**. Disponível em: <<http://www.migrante.org.br/index.php/refugiados-as2/133-das-diferencas-entre-os-institutos-juridicos-do-asilo-e-do-refugio>> acessado em 20 set. 2016.

BARRETO, Luiz Paulo Teles F. A Lei Brasileira de Refúgio - Sua história. In: **Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas**. BARRETO, Luiz (org). 1ª ed. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.

BARROS, Miguel Daladier. Direitos Humanos e Refugiados 70 Anos Após a Segunda Guerra Mundial. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, v. 19, n. 431, 2015.

BRANCO, Mariana. **Dilma: Brasil “está de braços abertos” para receber refugiados**. EBC, Brasília, 07 set. 2015. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/noticias/2015/09/dilma-brasil-esta-de-bracos-abertos-para-receber-refugiados>. Acesso em 23 out. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 ago. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm>. Acesso em: 01 ago. 2016

BRASIL. Defensoria Pública da União. **Refugiado palestino obtém direito a benefício assistencial no RS**. Disponível em: <<http://dpu.jusbrasil.com.br/noticias/198654663/refugiado-palestino-obtem-direito-a-beneficio-assistencial-no-rs>>. Acesso em 24 out. 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. **Brasil tem quase 9 mil refugiados de 79 nacionalidades**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/brasil-tem-quase-9-mil-refugiados-de-79-nacionalidades-1>>. Acesso em: 16 out. 2016a.

BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. Comitê Nacional para Refugiados - CONARE. **Sistema de refúgio brasileiro: desafios e perspectivas**. Brasília: Ministério da Justiça, 2016b.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Refugiados e CONARE**. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/153-refugiados-e-o-conare>>. Acesso em: 23 out. 2016c.

BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. Pedido de informação [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <vivianicriativa@gmail.com> em 28 set. 2016d.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. Pedido de informação [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <vivianicriativa@gmail.com> em 23 set. 2016e.

BRASIL. Defensoria Pública da União. **Angolano com deficiência visual obtém direito a benefício assistencial na Justiça**. Disponível em: <<https://dpusc.wordpress.com/tag/beneficio-assistencial/>>. Acesso em 24 out. 2016f.

CARNEIRO, Wellington Pereira. A declaração de Cartagena de 1984 e os desafios da proteção internacional dos refugiados, 20 anos depois. In: SILVA, Cesar Augusto S. (org.). **Direitos Humanos e Refugiados**. Dourados: Ed. UFGD, 2012.

FANTAZZINI, Orlando. **Políticas Públicas para Migrações Internacionais—Migrantes e Refugiados**. Brasília: ACNUR, IMDH & Fantazzini, 2005. Disponível em: <http://dhnet.org.br/dados/livros/dht/livro_migracoes_fantazzini.pdf>. Acesso em 30 set. 2016.

GODOY, Gabriel Gualano de. A crise humanitária na Síria e seu impacto no Brasil. **Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania**. Brasília, v. 5, n. 5, p. 83-92. 2010. Disponível em: <<http://www.migrante.org.br/index.php/component/booklibrary/1180/view/53/Publica%C3%A7%C3%B5es/71/caderno-de-debates-09-refugio-migracoes-e-cidadania>>. Acesso em: 24 out. 2016.

GONZÁLEZ, Juan Carlos Murillo. A importância da lei brasileira de refúgio e suas contribuições regionais. In: BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (org.). **Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas**. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.

INSTITUTO DE MIGRAÇÕES E DIREITOS HUMANOS - IMDH. **Visto humanitário aos imigrantes haitianos é prorrogado até 2016**. Disponível em <<http://www.migrante.org.br/index.php/migracao-haitiana2/266-noticia-visto-humanitario-aos-imigrantes-haitianos-e-prorrogado-ate-2016>>. Acessado em 17 out. 2016.

INSTITUTO DE MIGRAÇÕES E DIREITOS HUMANOS - IMDH. **Glossário**. Disponível em:

<http://www.migrante.org.br/index.php/glossario#m>. Acesso em: 01 out. 2016.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. Convenção relativa ao estatuto dos refugiados de 1951, de 28 de julho de 1951. Genebra. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1>. Acesso em: 14 set. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. Protocolo de 1967 relativo ao estatuto dos refugiados, de 31 de janeiro de 1967. Nova Iorque. Disponível em: <<http://www.acnur.org/>>. Acesso em: 17 maio 2016.

PACÍFICO, A. M. C. P.; MENDONÇA, R. L. A proteção sociojurídica dos refugiados no Brasil. **Textos & Contextos**, Porto Alegre, v. 9, n.1, p. 170-181, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REIS, Thiago. Sírios já representam 1/4 dos refugiados no Brasil. **Portal G1**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/04/sirios-ja-representam-14-dos-refugiados-no-brasil.html>>. Acesso em 16 out. 2016

SAMPAIO, Cyntia. Programa brasileiro de reassentamento solidário: evolução e reflexões para seu fortalecimento. **Cadernos de Debates Refúgio, Migrações**

e **Cidadania**, Brasília, v. 9, n. 9, p. 19-39, 2014. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2011/Caderno_de_Debates_5.pdf?view=1>. Acesso em: 24 out. 2016

SANTIAGO, Jaime Ruiz de. O Direito Internacional dos Refugiados em sua relação com os Direitos Humanos e em sua evolução histórica. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEYTRIGNET Gérard; SANTIAGO, Jaime Ruiz de. **As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana. Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direito dos Refugiados**. São José da Costa Rica, Brasília: IIDH, Comitê Internacional da Cruz Vermelha e ACNUR, 1996.

SEIXAS, Raimundo J. S. **Soberania hobbesiana e hospitalidade em Derrida**: estudo de caso da política migratória federal para o fluxo de haitianos pelo Acre. Dissertação de Mestrado. UNIEURO. Brasília. 2014.

SOARES, Carolina de Oliveira. **O direito internacional dos refugiados e o ordenamento jurídico brasileiro**: análise da efetividade da proteção nacional. Maceió: UFAL, 2012.

TEMER, Michel. Veja a íntegra do discurso de Temer na abertura da assembleia da ONU. **Portal G1**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/09/veja-integra-do-discurso-de-temer-na-abertura-da-assembleia-da-onu.html>>. Acesso em 16 out. 2016.

TRINDADE. Antonio Augusto Cançado. **O Longo Caminho da Humanização do Direito Internacional**: Uma Década de Consultas do Alto Comissariado das Nações Unidas (ACNUR). Memórias do Trigésimo Aniversário da Declaração de Cartagena Sobre Refugiados. ACNUR. Quito: 2015. p. 18-36. Disponível em: <<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2016/10335>>. Acesso em: 24 out. 2016.

* **Submetido em: 25 mar. 2017. Aceito em: 4 jan. 2018.**



O IMPOSTO SOBRE VALOR AGREGADO (IVA) COMO MECANISMO DE ALAVANCAGEM DA LIBERALIZAÇÃO COMERCIAL NO MERCOSUL

*Alice Rocha**
*Vítor Pereira Capeli***

Resumo

O imposto sobre o valor agregado (IVA) pode ser apontado como um importante instrumento de reforço a liberalização comercial no Mercosul. Frente as fragilidades do sistema multilateral e a necessidade de uma maior integração regional, os Estados devem buscar cada vez mais elementos de alavancagem do comércio entre eles. Para isso, permanece válida a experiência bem-sucedida de alguns blocos como fonte de inspiração para reformas e melhorias nos sistemas que participam. Nesse sentido, a experiência de utilização do IVA dentro do modelo da União Europeia pode ser interessante para os parceiros do Mercosul, apesar de alguns obstáculos e entraves para a efetiva utilização deste instrumento dentro do bloco mercosuliano.

Palavras-chave

Mercosul. Imposto sobre valor agregado. IVA. União Europeia. Liberalização.

THE TAX ON VALUE ADDED (VAT) AS A MECHANISM FOR LEVERAGE OF COMMERCIAL LIBERALIZATION IN MERCOSUR

Abstract

The Value added tax (VAT) can be seen as an important instrument to strengthen trade liberalization in Mercosur. In view of the weaknesses of the multilateral system and the need for greater regional integration, States should increasingly seek to leverage trade between them. To

* Professora da Graduação e Pós-graduação stricto sensu em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e da Faculdade Processus. Doutora em Direito Internacional Econômico pela Aix-Marseille Université, França, (revalidado pela Universidade Federal do Ceará – UFC). Mestrado em Direito das Relações Internacionais pelo UniCEUB. Graduação em Direito pelo UniCEUB e Graduação em Relações Internacionais e Ciência Política pela Universidade de Brasília-UnB. Email: rochaalice@yahoo.com.br.

** Mestrando em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília (UNI-CEUB). Especialista em Direito Tributário pelo IBET (Instituto Brasileiro de Estudos Tributários). MBA em Planejamento Tributário e Sucessório pela FUCAPE Business School. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Graduando em Ciência Política pela Universidade de Brasília (UNB). Advogado Militar na Assessoria Parlamentar do Comandante da Aeronáutica.

this end, the successful experience of some blocks as a source of inspiration for reforms and improvements in the participating systems remains valid. In this sense, the experience of using VAT within the model of the European Union may be interesting for Mercosur partners, despite some obstacles to the effective use of this instrument within the Mercosur block.

Keywords

Mercosur. Value added tax. VAT. European Union. Liberalization.

1. INTRODUÇÃO

Exaurido o progresso permitido pelos recursos disponíveis no âmbito do GATT 47 (General Agreement on Tariffs and Trade, de 1947), a OMC (Organização Mundial do Comércio) surge em 1994 como resposta de governança para o sistema internacional de comércio. O novo organismo melhorou a eficácia do sistema, permitiu aumento do número de signatários e a emergência de novos atores como participantes dos fóruns de política comercial no campo internacional.

As negociações comerciais no âmbito do GATT e da OMC se dão a partir de rodadas de negociações, sendo a Rodada Uruguai considerada uma das mais bem-sucedidas, sobretudo por ter marcado seu desfecho pelo início da OMC. A rodada atual de negociação é a Rodada Doha, também conhecida como Rodada de Doha para o desenvolvimento que se iniciou em 2001 com uma agenda bastante abrangente, mas que acabou sendo reduzida ao tema da facilitação do comércio.

A OMC é uma organização de defesa do comércio multilateral, mas que deixou sempre prevista a possibilidade de acordos regionais como mecanismos de facilitação da integração entre os Estados e consequente liberalização comercial entre eles. Todavia, a formação destes acordos deveria ser uma exceção à regra do multilateralismo, mas acabou ganhando uma proporção muito grande. Parte disso devido a um sentimento de pessimismo generalizado em relação ao multilateralismo, onde muitas vezes verifica-se uma disfunção entre a demanda por regras e sua oferta na OMC, ocasionando dúvidas sobre o papel e a efetividade da organização enquanto fórum de negociação¹.

Com os obstáculos das negociações multilaterais, o anseio dos Estados por tratativas regionais que levem ao fortalecimento das economias envolvidas aumenta, inclusive como uma forma de melhorar o desempenho de força política no enfretamento multilateral. Vale ressaltar que o interesse dos Estados na formação desses acordos vai além das implicações políticas, visto que o aspecto financeiro ocupa um lugar importante nas análises de viabilidade e interesse por que passaram, e passam, os processos de integração regional e,

¹ BOUZAS, Roberto; ZELICOVICH, Julieta. La Organización Mundial de Comercio, los acuerdos megaregionales y los usos estratégicos del regionalismo. In: Estudios de economía aplicada. Vol. 32-3, 2014. pp 963-994.

claramente, encontra-se no viés tributário a principal materialização dos obstáculos a serem superados.

De modo específico, no âmbito do MERCOSUL, 25 anos desde a assinatura do Tratado de Assunção não foram suficientes a entrelaçar de vez os regimes jurídicos dos países membros. Muito embora haja previsões no sentido da harmonia fiscal no texto do documento constitutivo, ainda se está um tanto quanto longe de se poder denominar o bloco de um verdadeiro Mercado Comum. Aliás, quicá União Aduaneira, conforme se apresentará logo mais adiante.

Em estágio longínquo, bastante à frente do bloco sulino, a União Europeia desponta no cenário mundial como mais avançado sistema de integração regional. E, no que é mais caro ao presente artigo, logrou êxito na superação do obstáculo fiscal pela implementação do Imposto sobre Valor Agregado (Adicionado) de base comunitária, desobstruindo o fluxo de mercadorias e serviços entre Estados membros.

Comparadas as realidades, e na busca de se conferir efetividade à integração regional na América do Sul, que ainda persiste com imperfeições nos mecanismos unificadores, serviria de exemplo a tributação aos moldes europeus? Que dificuldades políticas teriam que ser superadas em âmbito brasileiro para a implementação do modelo IVA? Enfim, seria válida a análise do modelo europeu não no sentido de simplesmente implementar um transplante de regimes, mas sim uma fonte de inspiração para um regime adaptado a realidade dos Estados membros do Mercosul.

2. O SISTEMA MULTILATERAL E A REGIONALIZAÇÃO ESTRATÉGICA

Enfrentadas as atrocidades de duas guerras mundiais e vivenciadas ao extremo, como nunca antes, as experiências do compartilhamento de objetivos supranacionais, restava alicerçado o surgimento do fenômeno da globalização. E, no mesmo substrato, também o embrião do que viria a ser uma importante estratégia de atuação neste novo mundo globalizado: a integração regional.²

Partindo-se da implantação do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), em 1947, assentavam-se os fundamentos da busca do livre comércio entre os Estados, definindo-se regras para o respectivo comportamento em âmbito comercial com vistas a combater práticas protecionistas. Dessa forma,

² “O uso do termo integração a determinados fenômenos de economia internacional é recente e próprio da segunda metade do século, reconhecendo-se existir antecedentes, tanto de associações como de outros tipos de vínculos de cooperação entre nações, com registros anteriores à Segunda Guerra Mundial. Tal terminologia reporta-se a um processo que envolve duas ou mais economias dirigidas a constituir um espaço econômico de maior dimensão internacional”. OLIVEIRA, Odete Maria de. União Européia, Processos de Integração e Mutação. Curitiba: Juruá, 2002. pp. 33

permitia-se ao mundo reconstruir-se economicamente, normatizando internacionalmente o estímulo ao intercâmbio seguro de riquezas por meio do compromisso à eliminação progressiva de barreiras e ao respeito de um arcabouço regulatório.

Para tal, estabelecem-se princípios como o do “tratamento nacional” e da “cláusula de nação mais favorecida”, previstos já nos primeiros artigos do GATT47. Trata-se de definir, respectivamente, que o produto de origem estrangeira deve receber o mesmo tratamento dado um produto nacional, bem assim como que o tratamento preferencial concedido a certo membro deve ser estendido aos demais, sendo vedados privilégios exclusivos a específicos participantes.

Todavia, o artigo XXIV do GATT autoriza a formação subsidiária de uniões aduaneiras e zonas de livre comércio, desde que instituídas com o objetivo de facilitar o comércio entre os territórios constituintes, e não para erguer barreiras ao comércio de outros membros com esses mesmos constituintes.

É nessa trilha, autorizada, que surge o “Velho Regionalismo” (ou “Primeiro Regionalismo”), atinente ao estabelecimento de benefícios restritos à liberalização local de tarifas e intercâmbios comerciais, e de que são exemplos as criações das antigas CECA (Comunidade Econômica do Carvão e do Aço) e da ALALC (Associação Latino Americana de Livre Comércio).

Sem dúvida, o novo ambiente a que se evoluiu a partir de então, de maior fluidez e intercâmbio de todos os fatores de produção, no início do curso do que hoje já se denomina revolução técnico-científica-informacional, demandou dos atores nacionais ampliação do fortalecimento em âmbito regional para alcançar melhor capacidade de competição a nível mundial.

Evolui-se, então, para o que se denomina “Novo Regionalismo” (ou “Segundo Regionalismo”), de que são exemplos os novos acordos regionais celebrados a partir da década de 1990, que passam a desenvolver a integração regional não só como mercado favorecido, mas também como plataforma de inserção política e econômica a nível global.

Citem-se, aqui, o Tratado Norte Americano de Livre Comércio (NAFTA), o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), além da própria consolidação da União Europeia em si pelo Tratado de Maastricht de 1993, após a inclusão de nações menos desenvolvidas como a Grécia, em 1981, e Portugal e Espanha, em 1986.

Em tal nova fase, fortalecem-se laços políticos geograficamente próximos pela via do entrelaçamento econômico, a ponto de proporcionar ganhos de expressão em foros internacionais de negociação tais quais a OMC, além do próprio estímulo ao crescimento econômico em si. Incluem-se, aqui, aproximações assimétricas de poder, tanto entre países hegemônicos e seus vizinhos

menos expressivos (relações típicas norte-sul), como por nações em desenvolvimento entre si, a fim tanto de se garantir maior protagonismo no cenário global, quanto de se promover o desenvolvimento pela redução de custos e atração de investimentos externos.³

Não surpreende, pois, o aumento do número de acordos preferenciais das últimas três décadas, o que evidencia o ainda crescente vigor do regionalismo: 23 acordos por ano em oposição a quatro durante o GATT 47, e atualmente mais de trezentos acordos em vigor.⁴ Contudo, o dado mais relevante sobre a explosão do regionalismo nas três últimas décadas não seria o número de acordos firmados, mas sim o seu uso estratégico por parte de atores-chave que encontram dificuldades de modelar as regras internacionais por meio dos canais tradicionais oferecidos pela institucionalidade multilateral.⁵

O que se nota, atualmente, pois, é já o surgimento de um “Regionalismo do Século XXI”, pós formação de blocos comerciais tradicionais como União Europeia, Mercosul ou NAFTA no âmbito do que se denominava então de “Novo Regionalismo”.⁶

Esses novos acordos possuem uma maior cobertura temática, já que incluem não só a eliminação de barreiras ao comércio, mas também novas regras para serviços e propriedade intelectual, por exemplo. Esses acordos poderiam inclusive ser utilizados como *template* ou laboratórios de ensaio de regras e temáticas que poderiam ser posteriormente incorporadas às negociações multilaterais, utilizando o regionalismo como estratégia de avanço da sua agenda. Estes novos acordos preferenciais valem-se da coordenação muito mais fácil em um ambiente com reduzido número de atores, para responder à demanda por instrumentos mais apropriados aos novos desafios. Têm como foco a harmonização das políticas nacionais que, caso não integradas, aumentam barreiras e fricções ao comércio, aumentam o custo de fazer negócios no exterior e limitam a mobilidade do capital.

³ Nesse sentido: “A Integração se coloca como imperativo categórico de sobrevivência e inserção competitiva no mundo atual, globalizado tanto economicamente como na circulação da informação. Mais do que gesto de boa vontade ou política de boa-vizinhança, como em outras eras, exige-se a colocação ativa nessa temática – tanto mais por parte de país que se pretende potência, e que, adequadamente, quer ver reavaliada sua posição no cenário internacional, quando se redefinem papéis de esferas de influência, no mundo pós-guerra fria.” CASELLA, Paulo Borba. Instituições do Mercosul: estudos da integração. Brasília: Senado Federal. Porto Alegre: Associação Brasileira de Estudos da Integração, 1997, vol. 14, pp.17.

⁴ Para maiores informações ver: https://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/rt_a_pta_e.htm Acesso em 03 mai 2017.

⁵ BOUZAS, Roberto; ZELICOVICH, Julieta, op.cit., loc. cit.

⁶ CELLI JÚNIOR, Umberto. A organização mundial do comércio e o regionalismo do século XXI. Densidades, v. 9, 2012, pp.94. Disponível em: <http://www.inmercociudades.org/download/otros/50.pdf> Acesso em: 01 dez 2016.

Um dos riscos desse “Regionalismo do Século XXI”, seria a intensificação de assimetrias na capacidade dos Estados de criar e estabelecer novas disciplinas. Isso porque, nesse cenário de novas regras já estabelecidas por acordos regionais entre atores internacionais de peso gigante, é possível que muitos países em desenvolvimento tenham limitadas as opções de atualização de seus marcos regulatórios, em dependência da ação daqueles atores economicamente mais influentes. Outro risco é que a proliferação de novas regras regionais mine a universalidade das regras multilaterais e progressivamente as coloque de lado.

3. A CONTROVERTIDA INTEGRAÇÃO DENTRO DO MERCOSUL

O desenvolvimento de bases regionais de intercâmbio favorecido de fatores de produção amplia, privilegiadamente, mercados nacionais, ao mesmo tempo que oportuniza exposição controlada à concorrência estrangeira, limitando os riscos dos efeitos mais danosos da globalização. Além disso, fortalecer-se em blocos regionais pode propiciar ganho de influência política e poder de barganha em foros internacionais de negociação comercial. Mas isso só é possível se atingidos níveis confiáveis de livre circulação de pelo menos bens e serviços, e tal tarefa requer, necessariamente, adequada regulação jurídica intrabloco.

Com base nesta teoria, passo a passo caminhou a Europa, por exemplo, de harmonização à unificação de normas nos mais diversos aspectos, desde a liberalização do comércio de carvão e aço até a regulação de diretrizes econômicas gerais: tributação, câmbio, inflação, gasto público etc. Assim é que se reergueu o Continente das cinzas das guerras, com países individualmente arrasados, para o papel de co-protagonista da economia mundial. Com mercados de matérias-primas integrados, não só se atenuaram as tensões belicosas pelo domínio das respectivas fontes, como também se aumentaram gradativamente os níveis produtivos, ao ponto de se alcançar finalmente patamar de excedente produtor e exportador líquido.

Da soma de vantagens competitivas dentro do bloco europeu nasceu uma potência unificada, com fragilidades econômicas compensadas entre os próprios membros que obtiveram acesso privilegiado a novos mercados, tanto consumidores quanto fornecedores, entre si mesmos, antes da expansão global.

Mesmo tendo sido essa, na esteira do exemplo europeu, a estratégia fundante do MERCOSUL desde sua origem, a de potencializar vantagens econômicas dos países membros a ponto de permitir melhores condições de dis-

puta comercial em cenário global, não se vislumbrou acompanhamento suficiente de instrumentalização jurídica que proporcionasse às nações do bloco o intercâmbio facilitado.⁷

O Tratado de Assunção prevê em seu artigo primeiro “O compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração”⁸. Todavia, uma das áreas com maior carência de harmonização legislativa é a tributária, existindo ainda uma grande lista de exceções à Tarifa Externa Comum, bem como ainda não se logrou alcançar completa livre-circulação de bens e serviços⁹.

O Mercosul possui uma integração controvertida no sentido em que seus Estados membros mantêm políticas concernentes aos setores automotivo e açucareiro, nos quais ainda persistem mecanismos como “cotas de importação”. Entretanto, por já ter superado a barreira da livre-circulação de pelo menos 80% dos bens comercializados intrabloco, definida pelo antigo GATT 47, pode-se considerar, sim, o Mercosul como Zona de Livre-Comércio.¹⁰

Vale ressaltar que o Mercosul possui a pretensão de se tornar uma União Aduaneira que requer a adoção de uma pauta aduaneira comum, unificando a tributação sobre importação de bens e serviços oriundos de países não-membros via estabelecimento de uma Tarifa Externa Comum (TEC). Todavia, permanece extensa a lista de exceções dos países membro à TEC do bloco, razão pela qual se considera como uma “união aduaneira imperfeita”.

Nas palavras do Itamaraty:

“O bloco pode ser caracterizado como uma união aduaneira em fase de consolidação, com matizes de mercado comum, com eliminação dos entraves à circulação dos fatores de produção, bem

⁷ “Desejando configurar-se como Mercado Comum, O Mercado Comum do Sul, regulado pelos tratados constitutivos terá de fazer face a questões estruturais: para poder alcançar a integração, sob a configuração de mercado comum, terão de ser colocados os fundamentos, legais e institucionais, que permitam desenvolver o processo, economicamente bem encetado e bem sucedido, de forma a criar mecanismos institucionais e operacionais estáveis, que assegurem a tecnicidade da solução de controvérsias e a continuidade das políticas de integração.” CASELLA, Paulo Borba, op.cit. pp.13.

⁸ Tratado de Assunção, 1991. Disponível em: http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1270491919.pdf - Acesso em 01 dez 2016.

⁹ <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/integracao-regional/686-mercosul>. Acesso em 02 dez 2016. “Em pouco mais de vinte anos, o Mercosul provou ser um grande sucesso em termos econômico-comerciais. [...] O comércio intrabloco corresponde a cerca de 15% do total global do Mercosul e reduziram-se quase totalmente as tarifas para comércio entre os países do bloco.”

¹⁰ Informação disponível em <http://www.camara.leg.br/mercosul/blocos/introd.htm>. Acesso em 03 dez 2016.

como pela adoção de política tarifária comum em relação a terceiros países, por meio de uma Tarifa Externa Comum (TEC).¹¹

Aponta o MRE para o conceito de Mercado Comum que nas palavras de Faria constitui a forma mais avançada e complexa de integração econômica, “essencialmente porque não visa apenas à liberalização dos fluxos comerciais, mas sim à plena liberdade de circulação de bens, pessoas, serviços e capitais. [...] Diante das liberdades envolvidas no Mercado Comum, outras medidas conjuntas tornam-se necessárias, seja para harmonizar condições desiguais, seja para melhor conduzir políticas econômicas”.¹²

Esse configura o objetivo institucional a ser alcançado pelo Mercosul, já que prevê em seu Tratado original menciona “A coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes - de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e comunicações e outras que se acordem -, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes”.

Neste ponto, especificamente, residiria, doutrinariamente, a diferença entre o objetivo do Mercosul e o degrau seguinte na escala da integração. Muito embora haja previsão de coordenação de políticas nas mais variadas áreas, não há previsão de uma autoridade supranacional competente para tal. Não se alcança o nível de União Econômica e Monetária por caber, ainda, aos próprios “Estados-Partes” as negociações e definições das políticas setoriais nacionais.

No caso da União Europeia, especificamente, há delegação de capacidades e competências nacionais quanto à regulação de políticas econômicas (fiscal, cambial, monetária, socioeconômicas etc.), sendo essas definidas e coordenadas por uma autoridade supranacional competente para tal. Daí dizer-se ter logrado chegar no nível de União Econômica e Monetária, mesmo que a ausência de consensos doutrinários sobre conceitos possa interferir na exata configuração nesse patamar. Seguramente, porém, sobra arcabouço institucional ao bloco para fortalecer a ideia de integração econômica total: o Banco Central Europeu na direção da política monetária e cambial, o próprio Euro em si, o Tribunal de Contas da União Europeia, além das funções legislativas e executivas de caráter geral desempenhadas pelo Conselho da União Europeia, pelo Parlamento Europeu, pela Comissão Europeia e pelo Conselho Europeu.

Quanto ao Mercosul, muito embora tenha sido concebido para alcançar o patamar de Mercado Comum, sabe-se estar atualmente distante disso. Ainda

¹¹ <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/integracao-regional/686-mercosul>. Acesso em 03 dez 2016.

¹² FARIA, José Angelo Estrela. O Mercosul: princípio, finalidade e alcance do Tratado de Assunção. Brasília: Ministério das Relações Exteriores do Brasil, 1993. p. 40.

que haja também instituições mercosulinas como o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum, a Comissão de Comércio, o Parlasul etc., não são comparáveis aos órgãos congêneres europeus. Isso não só na teoria, mas também na prática, visto que além de se tratar de blocos com objetivos institucionais diversos, ainda é muito duvidosa a real força executória das diretivas e dos planos de ação do Mercosul.

4. O REFORÇO DA LIBERALIZAÇÃO NO MERCOSUL PELO VIÉS TRIBUTÁRIO

Além das dificuldades políticas no âmbito da integração regional, especificamente quanto ao viés fiscal carece o Mercosul de previsão normativa harmonizadora que instrumentalize os próximos passos do processo aglutinador. Não que inexista normatização alguma quanto ao comércio de bens e serviços intra-Mercosul. O que se observa, contudo, é que por vezes tão significativas são as exceções e os regimes especiais que o próprio objetivo final da liberalização comercial dentro do bloco resta seriamente comprometido.

A harmonização pode ser definida como a adoção de regras que tendem a assegurar o bom funcionamento do mercado comum e as normas que devem se conformar com as legislações nacionais. Ou seja, seria uma legislação em duas velocidades: uma comunitária, imposta aos Estados e outra nacional que criaria direitos e obrigações aos particulares, conforme as normas comunitárias.¹³

Aliás, fundamental apontar que Mercado Comum não se faz simplesmente com tributação nacional equivalente a utilizada entre membros do bloco. É essencial que os modelos sejam ao menos similares, haja vista que burocracia fiscal, aduaneira, também cria obstáculos ao livre fluxo econômico entre países.

E, nesse ponto, cabe ao Brasil a maior responsabilidade pelos entraves do avanço da integração. Isso devido ao emaranhado da legislação tributária nacional. Não só pelas exações previstas em si, mas pelas competências tributárias instituídas na Constituição brasileira. Ora, dividir-se entre os três entes federativos, União, Estados e Municípios a prerrogativa de tributar o consumo engessa maiores investidas da República quanto à harmonização da tributação internacional. Especialmente quando se observa que, no plano interno, todos os demais membros do bloco já adotam modelos de Imposto sobre Valor Agregado ou Adicionado, mesmo que com nuances particulares em cada país.

A ideia não é de retirar a competência do Presidente da República para tratar de tributos estaduais ou municipais em seara internacional. Trata-se de representação nacional, como chefe de Estado, e não da União enquanto esfera

¹³ DIZ, Jamile Bergamachine Mata. "Harmonização tributária no Mercosul: da utopia à realidade." Revista de Informação Legislativa, a. 37, n. 146, abr/jun 2000, p. 196.

política federal, isto parece claro. Entretanto, no cenário político brasileiro interno, mexer na esfera federativa em matéria tributária atrai não só questões orçamentárias com consequências bastante relevantes, como também reforça preocupações quanto ao próprio pacto federativo em si, especialmente quanto à autonomia entre os três entes de governo: Municípios, Estados e União.

O modelo europeu pode ser apontado como uma fonte inspiradora na questão da harmonização no campo tributário. Nesse tem-se o chamado Sistema Comum do Imposto Sobre Valor Acrescentado, sob a égide atualmente da “Diretiva IVA” (Diretiva 2006/112/CE)¹⁴, mas que remonta aos idos da década de 1960, como aponta Clotilde Celorico Palma¹⁵:

“O embrião deste imposto encontra-se nos impostos sobre o volume de negócios bruto das empresas adoptados no início do séc. XX em alguns países europeus, entre eles a França e a Alemanha.

A concepção do modelo comunitário do IVA, tal como resultou das primeiras Diretivas IVA de 1967 e foi depois consagrado na Sexta Diretiva de 1977, deve-se a este inspetor de finanças francês, conhecido como o pai deste imposto. Com efeito, Maurice Lauré, através do aperfeiçoamento do imposto à produção, mantendo os respectivos mecanismos essenciais, criou uma espécie tributária que incidia apenas no valor acrescentado dos produtos.”

A “Diretiva IVA”, para além de definir elementos da respectiva Regra-Matriz de Incidência Tributária em si, discorre em fase preambular sobre 67 “considerando” (s) que enunciam prescritivamente a *ratio essendi* de toda a tributação intracomunitária propriamente dita. Apenas para ater-se ao núcleo teórico, válido colacionar quatro dessas “considerações” genéricas, verdadeiras fontes teleológicas do sistema:

“(4) A realização do objectivo de criação de um mercado interno pressupõe a aplicação, nos Estados-Membros, de legislações respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios que não falseiem as condições de concorrência e não impeçam a livre circulação de mercadorias e serviços. Por conseguinte, é necessário realizar uma harmonização das legislações respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios mediante um sistema de imposto sobre o valor acrescentado (IVA), a fim de eliminar, tanto quanto possível, os factores que possam falsear as condições de concorrência, tanto no plano nacional como no plano comunitário.

¹⁴ Texto integral disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32006L0112> Acesso em 03 maio 2017.

¹⁵ PALMA, Clotilde Celorico. Introdução ao imposto sobre valor acrescentado. – 6a ed. Lisboa, 2014 – (Cadernos IDEFF).

(5) Um sistema de IVA atinge o maior grau de simplicidade e de neutralidade se o imposto for cobrado da forma mais geral possível e se o seu âmbito de aplicação abranger todas as fases da produção e da distribuição, bem como o sector das prestações de serviços. Por conseguinte, é do interesse do mercado interno e dos Estados-Membros adoptar um sistema comum que se aplique igualmente ao comércio a retalho.

(6) É necessário proceder por fases, uma vez que a harmonização dos impostos sobre o volume de negócios implica, nos Estados-Membros, modificações das suas estruturas fiscais e consequências significativas nos domínios orçamental, económico e social.

(7) O sistema comum do IVA deverá, ainda que as taxas e isenções não sejam completamente harmonizadas, conduzir a uma neutralidade concorrencial, no sentido de que, no território de cada Estado-Membro, os bens e os serviços do mesmo tipo estejam sujeitos à mesma carga fiscal, independentemente da extensão do circuito de produção e de distribuição. (grifou-se)”

Quanto à definição específica, o artigo 1º da mencionada Diretiva IVA bem define no geral a incidência do tributo em questão:

“2. O princípio do sistema comum do IVA consiste em aplicar aos bens e serviços um imposto geral sobre o consumo exactamente proporcional ao preço dos bens e serviços, seja qual for o número de operações ocorridas no processo de produção e de distribuição anterior ao estágio de tributação.

Em cada operação, o IVA, calculado sobre o preço do bem ou serviço à taxa aplicável ao referido bem ou serviço, é exigível, com prévia dedução do montante do imposto que tenha incidido directamente sobre o custo dos diversos elementos constitutivos do preço.”

No Sistema do IVA europeu, passo a passo desenvolvido desde as primeiras previsões datadas de 1967, fronteiras fiscais vão paulatinamente sendo abolidas, passando-se a tributar produtos transacionados entre Estados membros diversos, como se nacionalmente comercializados. Evidente que o caminho da harmonização passa por definir alguns regimes especiais e, também, por estipular alíquotas mínimas, nem sempre havendo igualdade nominal de um país a outro.

Não obstante, da análise do modelo europeu, nota-se a toda evidência o alvo bem definido na coesão harmônica entre as taxações dos diversos membros, seja internamente, seja no comércio entre nações, de modo tanto a impedir concorrências desleais quanto protecionismos fiscais.

De um modo geral, quanto às alíquotas, assim funciona o IVA comunitário segundo divulga o “Serviço das Publicações da União Europeia” na base de dados eletrônica EUR-Lex:

“A UE adotou regras gerais em matéria de IVA, mas a aplicação destas regras pode variar de país para país. [...]

A taxa de IVA normal a aplicar por todos os países da UE aos bens e serviços não pode ser inferior a 15%. Os países da UE podem aplicar uma ou duas taxas reduzidas não inferiores a 5% a bens ou serviços específicos enumerados no anexo III da diretiva. São, além disso, aplicáveis, em determinadas condições, diversas disposições em derrogação destas regras (taxas inferiores, taxas reduzidas sobre outros bens ou serviços, etc.).¹⁶ (publicação traduzida seguindo o português de Portugal)

Para os fins da presente análise e no que toca à essência da promoção da verdadeira integração regional também pelo viés tributário, um último destaque cabe ser feito. Trata-se da adoção, em regra, do “Princípio do Destino” como base a aferir sujeição passiva ou critério espacial. Em simples palavras, aos exatos e singelos termos expostos pela Comissão Europeia:

Em princípio, todos os bens e serviços estão sujeitos ao pagamento do IVA, incluindo na venda ao consumidor final. Isso significa que poderá ter de pagar o IVA em qualquer fase do processo de produção, como, por exemplo, aquando da compra de componentes, de operações de montagem, do transporte marítimo, etc.

Para as empresas estabelecidas na UE, a maioria das vendas e compras realizadas na UE estão sujeitas ao IVA.

[...]

Se a sua empresa vender bens a outra empresa e esses bens forem enviados para outro país da UE, não deve cobrar IVA, desde que o cliente tenha um número de identificação para efeitos de IVA.

[...]

A empresa pode deduzir o IVA pago sobre as despesas relacionadas com essa venda (bens/serviços adquiridos especificamente para fins dessa venda).

[...]

Se a sua empresa vender e enviar bens para consumidores de outro país da UE, deve registar-se nesse país e cobrar o IVA à taxa aplicável no mesmo, exceto se o valor total das vendas nesse país

¹⁶ Serviço das Publicações da UE. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URI-SER%3A131057>. Acesso em 09 dez 2016.

no ano em curso não atingir o limite fixado pelo país (35000euros ou 100000euros).

[...]

Se a sua empresa comprar e receber bens de outro país da UE para fins comerciais, deve calcular o IVA sobre a operação à taxa em vigor no seu país, como se tivesse ela própria vendido esses bens. Em princípio, esse montante pode ser deduzido posteriormente.

[...]

Se a sua empresa vender bens a clientes estabelecidos em países que não pertencem à UE, não deve cobrar IVA, embora possa deduzir o IVA pago sobre as despesas relacionadas com a venda (bens/serviços adquiridos especificamente para fins dessa venda).

[...]

Se a sua empresa comprar bens relacionados com a sua atividade a um fornecedor estabelecido num país que não pertence à UE, regra geral, deve pagar o IVA no local da importação (podendo deduzi-lo na sua próxima declaração de IVA se fizer vendas tributáveis).¹⁷

Ou seja:

- sujeito passivo/critério espacial de destino para aferição de relação jurídica tributária principal em transações intra-UE.
- Importação de fora da UE também sujeita ao IVA no país de destino.
- Exportação a não membro da UE isenta de IVA, sendo autorizada porém a dedução de IVA relativa a fases anteriores, não cumulatividade.

Fazendo uma correlação com a experiência do Mercosul, duas dificuldades genéricas podem ser constatadas no que toca à deficiência de harmonização fiscal efetiva para transações intra-bloco: diferenças quanto a alíquotas nominais aplicadas pelos países de destino e quanto à burocracia tributária.

Para o primeiro problema, tem-se que o peso efetivo da tributação “sobre importação” varia de membro a membro, carecendo o sistema de definições mais objetivas quanto a limites mínimos e, quiçá, máximos. Em relação ao segundo item apontado, nota-se que, à exceção do Brasil, todos os demais membros adotam o conceito IVA em seus regimes de tributação, ainda que as receitas possam ser subdivididas internamente após a cobrança na importação.

¹⁷ Comissão Europeia via http://europa.eu/youreurope/business/vat-customs/cross-border/index_pt.htm. Acesso em 09 dez 2016.

O Brasil, diferentemente, adota a tripartição da competência de tributação sobre consumo, fazendo incidir exações federais (IPI, PIS/COFINS-Importação), Estadual (ICMS-Importação) e Municipal (ISS-Importação), por exemplo, em transações internacionais. Se já é burocraticamente difícil ao contribuinte brasileiro corretamente apurar e recolher tais tributos em transações internas é ainda mais difícil aos estrangeiros compreender a infinidade de siglas para projeções de custo, preço de mercado etc. Ora, se o objetivo é criar um Mercado Comum de fato, irrestrito ao máximo à livre-circulação de bens e serviços entre membros, como insistir em tamanha discrepância tributária?

É certo que defensores do atual sistema poderiam alegar que, feitos os cálculos, a tributação brasileira se assemelha em peso à dos demais Estados membros. Mas, mesmo em o sendo, significa facilitação ao livre-comércio? Aponta para o objetivo institucional do Mercosul? Parece aos mais sensatos que não.

E quanto à tripartição de competências ser cláusula federativa pétrea da Constituição Federal? Ora, não seria mais uma questão política passível de ser resolvida pela distribuição regrada de receitas oriundas da cobrança conjugada desses tributos em um IVA-Mercosul? Ou seria um SIMPLES-Mercosul?

O problema político da autonomia dos entes federativos já foi enfrentado e perfeitamente contornado pela instituição do SIMPLES Nacional, que nada mais é que verdadeiro novo tributo, único, integrando diversos outros federais, estaduais e municipais, com base de cálculo diversa desses. Nem por isso julgado inconstitucional, já que regido por um sistema conjunto que envolve as três esferas de governo: o Comitê Gestor do SIMPLES Nacional.

Outra solução poderia estar na uniformização das regras no Mercosul.¹⁸ Todavia, isso se mostra inviável pela premissa de que cada tribunal nacional poderia interpretar o tratado de modo diverso. Afinal de nada adiantaria ter normas idênticas, com sistema de solução de controvérsias diferentes. O ideal seria uma corte regional para resolver as controvérsias relacionadas a tais normas uniformes¹⁹ ou a partir da chamada harmonia decisória²⁰ que traria um mandamento implícito no tratado exigindo que o Estado ao adota-lo tome conhecimento das decisões de outro Estado.

¹⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. "Harmonização Tributária no Mercosul." Revista Direito Mackenzie. N. 2, ano 1, 2000, p. 171.

¹⁹ TÓRRES, Heleno Taveira. Mercosul e o conceito de harmonização na tributação das rendas de empresas. In: Dejalma de Campos (coord.) O sistema tributário e o Mercosul. São Paulo: LTr, 1998, p. 318.

²⁰ VOGEL, Klaus. Harmonia decisória e problemática da qualificação nos acordos de bitributação. In: Eduardo Schoueri e Fernando A. Zilveti (coords.). Direito tributário, estudos em homenagem a Brandão Machado. São Paulo: Dialética, 1998. P. 71.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, conclui-se muito além do fato do sistema IVA-UE ser bastante apto a servir de exemplo para o destrancamento do Mercosul rumo ao atingimento da meta de formação de um Mercado verdadeiramente Comum. O IVA é considerado o melhor tributo para fins de coordenação tributária,²¹ visto que pode legitimamente ser deduzido das exportações. O GATT prevê que um tributo desta natureza pode ser legalmente restituído nas fronteiras, por ajustes tributários no momento da exportação.²²

O impulso ao Mercosul perpassa questões de economia política, diretamente afetas a inclinações ideológicas dos governos dos países membros que ainda pouco estão dispostos, de fato, a caminhar mais firmemente rumo a concessões de soberania nacional para o alcance de diretivas gerais e eficazes a todo o bloco.

O temor de perda de soberania parece infundado e irreal, vez que muitos deles possuem uma “soberania virtual”, entre eles o Brasil. O processo de integração poderia justamente contribuir para aprofundar laços e fortalecer a região, muitas vezes entregue e interesses alienígenas e puramente exploradores.²³

No fundo, infelizmente, trata-se de duvidar da própria vontade soberana dos membros do Mercosul na consecução do objetivo a que se propôs a criação do bloco: livre-circulação de bens, serviços, pessoas e capital.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. Visão global da fiscalidade no Mercosul: tributação do consumo e da renda. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.) **O direito tributário no Mercosul**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BOUZAS, Roberto; ZELICOVICH, Julieta. La Organización Mundial de Comercio, los acuerdos megaregionales y los usos estratégicos del regionalismo. In: **Estudios de economia aplicada**. Vol. 32-3, 2014. pp 963-994.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. <http://www.camara.leg.br/mercosul/blocos/introd.htm>. Acesso em 03 dez 2016.

²¹ NAKAYAMA, Juliana Kiyosen. Imposto sobre o valor agregado (IVA) e harmonização tributária e fiscal no MERCOSUL. *Scientia Iuris*, v. 4, 2000, p. 375.

²² AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. Visão global da fiscalidade no Mercosul: tributação do consumo e da renda. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.) **O direito tributário no Mercosul**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 42.

²³ DIZ, Jamile Bergamarchine Mata. “Harmonização tributária no Mercosul: da utopia à realidade.” *Revista de Informação Legislativa*, a. 37, n. 146, abr/jun 2000, p. 202.

CASELLA, Paulo Borba. **Instituições do Mercosul: estudos da integração**. Brasília: Senado Federal. Porto Alegre: Associação Brasileira de Estudos da Integração, 1997, vol. 14, pp.17.

CELLI JÚNIOR, Umberto. A organização mundial do comércio e o regionalismo do século XXI. **Densidades**, v. 9, 2012, pp.94. Disponível em: <http://www.inmercociudades.org/download/otros/50.pdf> Acesso em: 01 dez 2016.

Comissão Europeia *via* http://europa.eu/youreurope/business/vat-customs/cross-border/index_pt.htm. Acesso em 09 dez 2016.

DIZ, Jamile Bergamarchine Mata. “Harmonização tributária no Mercosul: da utopia à realidade.” **Revista de Informação Legislativa**, a. 37, n. 146, abr/jun 2000.

FARIA, José Angelo Estrela. **O Mercosul: princípio, finalidade e alcance do Tratado de Assunção**. Brasília: Ministério das Relações Exteriores do Brasil, 1993. p. 40.

MRE. <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/integracao-regional/686-mercosul>. Acesso em 02 dez 2016.

NAKAYAMA, Juliana Kiyosen. Imposto sobre o valor agregado (IVA) e harmonização tributária e fiscal no MERCOSUL. **Scientia Iuris**, v. 4, 2000.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **União Européia, Processos de Integração e Mutação**. Curitiba: Juruá, 2002. pp. 33

PALMA, Clotilde Celorico. **Introdução ao imposto sobre valor acrescentado**. – 6ª ed. Lisboa, 2014 – (Cadernos IDEFF).

SCHOUERI, Luís Eduardo. “Harmonização Tributária no Mercosul.” **Revista Direito Mackenzie**. N. 2, ano 1, 2000.

Serviço das Publicações da UE. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISER%3A131057>. Acesso em 09 dez 2016.

Texto integral disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32006L0112> Acesso em 03 maio 2017.

TÔRRES, Heleno Taveira. Mercosul e o conceito de harmonização na tributação das rendas de empresas. In: Dejalma de Campos (coord.) **O sistema tributário e o Mercosul**. São Paulo: LTr, 1998.

Tratado de Assunção, 1991. Disponível em: http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwn_1270491919.pdf - Acesso em 01 dez 2016.

VOGEL, Klaus. Harmonia decisória e problemática da qualificação nos acordos de bitributação. In: Eduardo Schoueri e Fernando A. Zilveti (coords.).

Direito tributário, estudos em homenagem a Brandão Machado. São Paulo: Dialética, 1998.

WTO. https://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/rta_pta_e.htm Acesso em 03 mai 2017.

*** Submetido em: 14 maio 2017. Aceito em: 13 nov. 2017.**



A CONTRADIÇÃO FUNCIONAL DO PRINCÍPIO DE RELATIVISMO NA OBRA POLÍTICA E JURÍDICA DE HANS KELSEN

*Mateus Di Palma Back**
*Sandra Regina Martini***

Resumo

O presente artigo se dedica a recuperar e criticar, partindo-se do contexto das obras do autor, um princípio teórico fundante do método descritivo de Hans Kelsen. Apontamos, num primeiro momento, como esse mesmo princípio de relativismo desenvolve funções contraditórias ao informar ora a teoria jurídica, ora a teoria política de Kelsen. O problema deriva especificamente do modo como este princípio informa uma descrição científica da interpretação jurídica e uma descrição igualmente científica da democracia. Após, especulamos sobre como Kelsen constrói esse posicionamento teórico, dividido então em relativismo teórico e ético, a partir de uma posição científica centrada na posição fundamental do idealismo transcendental kantiano. Posteriormente, descrevemos como esse princípio se relaciona com a concepção de democracia e também com a teoria da interpretação jurídica as quais Kelsen constrói em diferentes momentos. Por fim, reafirmamos a conclusão acerca da contradição funcional do princípio de relativismo na obra de Kelsen: simultaneamente como disposição democrática e instrumento de impotência teórica frente à uma autocracia jurisdicional.

Palavras chave

Relativismo. Democracia. Interpretação.

* Possui graduação em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (2013). Mestrado em Direito na linha Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização, no Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da Universidade do Vale do Rio Sinos (2016). Professor temporário de Direito Tributário na UNESC.

** Possui graduação em Ciências Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1983), mestrado em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1997), doutorado em Evoluzione dei Sistemi Giuridici e Nuovi Diritti pela Università Degli Studi di Lecce (2001), Pós-doutorado em Direito (Roma Tre, 2006) e Pós-doutorado em Políticas Públicas (Universidade de Salerno, 2010). Professora do Centro Universitário Ritter dos Reis (Uniritter). Professora-visitante no programa de pós-graduação em Direito da UFRGS (PPGD).

Abstract

The present article is dedicated to recovering and criticizing, starting from the context of the works of the author, a theoretical principle based on the descriptive method of Hans Kelsen. We point out, at first, how this same principle of relativism develops contradictory functions in informing both Kelsen's legal theory and political theory. The problem stems specifically from the manner this principle informs a scientific description of legal interpretation and an equally scientific description of democracy. Afterwards, we speculate about how Kelsen constructs this theoretical positioning, now divided in theoretical and ethical relativism, from a scientific position centered on the fundamental position of Kantian transcendental idealism. Subsequently, we describe how this principle relates to the concept of democracy and also to the theory of legal interpretation which Kelsen constructs at different times. Finally, we reaffirm the conclusion about the functional contradiction of the principle of relativism in Kelsen's work: simultaneously as a democratic disposition and an instrument of theoretical impotence in the face of a jurisdictional autocracy.

Keywords

Relativism. Democracy. Interpretation.

1. INTRODUÇÃO

Hans Kelsen, que por toda parte é reconhecido como um dos juristas e politólogos mais importantes do século passado, é também um que não falhou em um suscitar admiradores e seguidores, alguns dentre os quais levariam seu legado adiante de forma primorosa, além de, principalmente, críticos, dentre os quais se reconhece aqueles que fazem uma má construção da sua teoria e também aqueles plenamente justificados. Senão cumprir seu propósito principal, esse artigo ainda deverá servir para ilustrar como essas resistências não foram sem razão. Dentre os objetos de polêmica da sua teoria normativista do direito, condensada praticamente em sua integralidade na segunda edição da sua obra magna, a Teoria Pura do Direito (1960), um tema que não falhou em provocar o desconforto dos juristas foi o seu oitavo e último capítulo, onde Kelsen tratou sobre o ato de interpretação dos estudiosos do direito e também das autoridades jurídicas.

Tais considerações do oitavo capítulo não surgem descoladas do arsenal lógico-teórico que é construído ao longo de toda a obra, e principalmente do terceiro capítulo nos quais Kelsen funda seu método científico normativo, e também do seu capítulo quinto onde ele desenvolve as suas considerações sobre um segmento teórico de sua teoria pura: a teoria dinâmica do direito. Trata-se, no caso do terceiro capítulo, da diferenciação entre proposição jurídica e norma jurídica, e, no caso do quinto, do estudo sobre o sentido de validade da norma jurídica e, portanto, no que concerne ao aplicador do direito, o sentido de validade da norma jurídica individual.

No entanto, existe uma série de pressupostos lógico-filosóficos que embasam a Teoria Pura do Direito, no tocante ao caráter 'científico' da produção, que contribuem logicamente para as proposições teóricas expressadas na referida polêmica. Parte-se aqui da proposição de que alguns desses pressupostos não foram (ou, ao menos, não com total transparência) evidenciados no bojo da obra, ao passo que outros, ao contrário, o foram.

No caso dos pressupostos menos evidentes, nos interessamos sobremaneira pelo relativismo – como diria Kelsen – filosófico, ou, talvez, relativismo teórico, que é aquela postura de relativo ceticismo com relação à crença, à potência dos empreendimentos científicos e, de maneira geral, às proposições de verdade com as quais se pode atinar com. Já quanto aos pressupostos explícitos, dentre aqueles que se encontram na própria Teoria Pura do Direito, nos interessamos aqui pelo relativismo axiológico, ou relativismo ético, postura análoga e logicamente consequente da anterior, na qual o proponente se opõe, dessa vez, às concepções absolutistas não de verdades, mas de valores. Inclusive, entendendo-se essa última categoria de modo bastante abrangente. Para Kelsen, a postura de negação da verdade absoluta, assim como a de negação do valor absoluto, significam a mesma coisa: a negação lógica do metafísico e do transcendente.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROBLEMA

Antes de prosseguir com a apresentação das posturas filosóficas ora problematizadas, é necessário advertir que o presente capítulo serve para a construção de uma estrutura argumentativa de onde serão resgatados argumentos para uma fundamentação posterior.

A primeira postura – a de relativismo filosófico geral – contribui somente tangencialmente para a construção da Teoria Pura do Direito, de maneira que, caso não fosse de importância para esse artigo, poderíamos até desprezar a sua incidência na mesma e nos focarmos somente na consequência do relativismo axiológico. O seu sentido é evocado somente no que tange ao posicionamento construtivista de Kelsen em admitir-se que a verdade acerca de um determinado objeto, como bem o próprio objeto, são sempre relativos aos modos ou métodos de concepção; métodos esses que podem ser falíveis, como muitas vezes se demonstram especialmente nos exemplos acarretados pelos fracassos explicativos das assim chamadas ciências naturais. Dizemos que poderíamos até desprezar essa postura porque ela não contribui em nada com relação a própria construção do método normativo senão como uma espécie de cláusula de cautela, de possibilidade de erro. De fato, o normativismo deve a sua construção muito mais ao pressuposto de dualismo metodológico (distinção lógica entre os princípios de imputação e causalidade) que é posterior à discussão do posicionamento do próprio cientista.

A segunda postura – a de relativismo axiológico – é muito mais relevante para a construção interna do método normativo jurídico de se observar o próprio direito. Trata-se da impossibilidade, defendida por Kelsen, de se constatar valores morais absolutos. Precisamente a impossibilidade que motiva a separação conceitual entre direito e moral, mas também entre direito e justiça. E, aqui, com ênfase no ‘conceitual’, pois mesmo Kelsen não poderia admitir que não haja uma conexão necessária entre direito e moral, mas tão somente que eles se mantêm conceitualmente distintos. O que isso significa para Kelsen é que, uma vez que não há uma concepção absoluta e universalmente válida de moralidade, não se pode logicamente fazer confundir os valores de moral e imoral com os valores objetivamente verificáveis de jurídico e antijurídico e muito menos fazer depender um juízo de valor de outro.

Aliás, essa diferença conceitual se sustentaria mesmo se fosse demonstrável a existência de valores morais não somente objetivos (caso específico da moral positiva), mas mesmo absolutos. Se essa diferenciação já não fosse possível, em um primeiro cenário, teríamos um caos conceitual onde a imputação do jurídico já não serviria de nada, senão como um conceito de equívoco frente a moral necessária; alternativamente, num segundo cenário, poderíamos ter uma defesa ideológica do valor do direito, um positivismo ético, ou seja, a reclamação de que o que é jurídico é, também, moral. No fim, é a própria separação conceitual entre direito e moral que permite ao ator político posicionar-se por um direito que ele considere ‘bom’, no particular, ou ‘justo’, no geral. Em Kelsen, essa distinção conceitual decorre justamente das posturas relativistas antes assinaladas.

Agora, a razão para a consideração de tais posturas ser importante para esse trabalho é justamente em virtude do lugar que elas ocupam dentro das produções de Kelsen acerca do fenômeno da democracia. Especificamente aqui, no discurso que relaciona forma de estado e visão de mundo. Quer dizer, Kelsen não somente defende uma visão explicitamente dicotômica de formas de estado, na qual ele opõe diretamente democracia e autocracia, mas também argumenta existir, neste mesmo esquema descritivo, uma disposição ou preferência geral entre os relativistas pela forma democracia, ao passo que os absolutistas manifestariam uma disposição muito mais evidentemente autocrática. Tal se manifestaria, inclusive, evidenciado nos regimes ditatoriais observados ao largo do século passado. A distinção geral que se faz entre relativistas e absolutistas abrange tanto a maneira de tratamento da verdade (absolutistas e relativistas filosóficos *stricto sensu*) quanto a de tratamento dos valores (absolutistas e relativistas axiológicos).

Da maneira, aliás, como Kelsen expõe, surge a impressão de que essas duas tendências acompanham-se, mas é preciso relevar que isso não é necessariamente verdade. O próprio Immanuel Kant, como também será abordado, talvez seja um exemplo que carregue tendências absolutistas (com relação ao

campo axiológico) e tendências relativistas (com relação ao campo gnosiológico). Além disso, mesmo Kelsen admitia essa correlação somente de maneira geral, mas observa que haveriam fatores que poderiam frustrar as expectativas de correspondência funcional entre essas preferências designadas, como veremos mais adiante. O que importa é que Kelsen argumenta existir essa correlação entre a forma de estado democracia com o que passa-se a chamar, desde já, princípio de relativismo.

No entanto, tal correlação acaba não manifestada no desenvolvimento da construção da sua teoria jurídica quando, no anteriormente aludido capítulo oitavo da Teoria Pura do Direito, Kelsen acaba contornando o problema da discricionariedade do julgador. O julgador, que é aplicador do direito, para Kelsen, inevitavelmente cria o direito em todo e qualquer ato de interpretação. É claro que ele se encontra numa situação na qual ele tende a se conformar nos limites de uma certa moldura interpretativa (conceito que será revisitado no seu próprio momento), mas ocorre que nada impede que ele viole os limites semântico-interpretativos dessa moldura e ponha um direito inédito, desvinculado totalmente do conteúdo das normas precedentes, e, no entanto, perfeitamente de acordo com o sentido normativo de produção da norma jurídica individual sendo, portanto, uma decisão jurídica.

Então a teoria normativa do direito elaborada por Kelsen, a mesma teoria que foi concebida mediante o princípio de relativismo, termina sem defesa perante a ocorrência de um ato inegavelmente político que não referenda a vontade democrática e nem se conforma perante as orientações que esta teria deixado. Na verdade, graças ao relativismo axiológico de Kelsen, a sua própria teoria do direito não pode recorrer à um discurso axiológico para, sob qualquer pretexto (de correção, de princípio, de ponderação, entre outros), prevenir que a decisão discricionária seja considerada pelo julgador. Em última instância, a orientação relativista da teoria kelseniana não tem defesa contra a instalação da autocracia na jurisdição; não tem defesa perante a discricionariedade de um absolutista – seja filosófico ou axiológico. E isso porque não pode recorrer ao constrangimento que o desrespeito à moral impõe àqueles que ajam contra suas determinações, ou melhor, às determinações de um discurso moralmente valorativo.

De todo modo, apresentou-se até aqui uma contextualização do argumento que é o fio condutor da exposição que segue. Tal exercício é necessário pois existe um risco de estranhamento entre os pontos de contato que relacionam 1) pressupostos epistemológicos, 2) formas de estado e 3) a temática da interpretação na Teoria Pura do Direito.

Essa contextualização serve simultaneamente para postular essa contradição decorrente do princípio de relativismo, e também para apresentar e justificar uma estrutura argumentativa. Portanto, eis como procederá essa exposição: primeiramente, introduzir-se-á o princípio de relativismo e como esse

adentra a obra de Hans Kelsen, e isso requer, no caso do relativismo filosófico, que nos lembremos da origem teórica de Kelsen no agora longínquo kantismo; em um segundo momento, deverá ser sintetizada a oposição que Kelsen faz entre democracia e autocracia, bem como a correlação que estas sustentam com as mundividências relativistas e absolutistas; seguindo a lógica dessa exposição precedente, há que se demonstrar, ao final do trabalho, como Kelsen chega à questão da interpretação e como ela se resume na impossibilidade de contornar a discricionariedade manifesta politicamente como forma de autocracia jurisdicional ou juízo autocrático.

3. O PRINCÍPIO DE RELATIVISMO

O princípio de relativismo é um pressuposto teórico fundamental da teoria pura do Direito, mas também da teoria da democracia em Kelsen. Ao princípio de relativismo corresponde uma atitude filosófica geral que preconiza que as assertivas (de verdade) científicas são produtos de uma observação subjetiva, ainda que metodologicamente controlada. Melhor dizendo, a verdade é um produto humano e, desse modo: plural, contingente e falível. O relativismo filosófico se apresenta como uma cláusula de cautela, ou seja, a nota de roda pé implícita em todo o trabalho acadêmico onde se lê: ‘Atenção! Todo este trabalho pode estar errado’. É a exigência de que a observação contém a sua própria negação. Desse posicionamento – e, portanto, nos domínios conceituais do princípio de relativismo – surge um outro que lhe é acessório, o qual determina que, igualmente, nenhum juízo ético possui caráter absoluto. E a lógica é a mesma, o sujeito precisa estar disposto a admitir que todas as normas morais de conduta que ele observa, respeita e promove, podem estar equivocadas; uma atitude, segundo Kelsen, eminentemente democrática. O que buscaremos neste item é encontrar o tratamento teórico dado ao princípio de relativismo (filosófico *stricto sensu* e ético) que informa a teoria pura do Direito.

No caso do relativismo ético, sabemos que poderíamos rastreá-los em virtude de suas heranças teóricas, ora a neokantiana, ora a neopositivista¹. No entanto, Kelsen faz um bom trabalho em desenvolver os seus argumentos com um rigor lógico de tamanha clareza que ele pouco precisa referenciar, a título de esclarecimento, as origens de sua concepção. Por essa razão, dada nossa proposta, pouco nos beneficiaríamos fazendo esse resgate nós mesmos.

No caso específico do relativismo filosófico, contudo, pouco pode ser colhido diretamente de seus escritos aos quais tivemos acesso. Mas como é um valor relativista que é vinculado simultaneamente ao método normativo –

¹ “E, no que toca ao seu relativismo ético, tema aqui abordado, Kelsen efetivamente o fundamenta, em distintas ocasiões, ora com argumentos neokantianos, ora com argumentos neopositivistas.” (VENERIO, 2010, p.82)

principalmente por guardar relação com o relativismo axiológico – e à predisposição democrática, é certo que ele precisa ser referido neste trabalho. Daí nos valem da sua forte conexão com idealismo transcendental² de Kant³ para formularmos o ponto do seu relativismo, até porque este surge como um pressuposto lógico da teoria construída por Kelsen e também de todo o seu desenvolvimento teórico – como por exemplo, na fundação de seu construtivismo normativista⁴.

3.1. Origens kantianas do relativismo teórico incorporado por Kelsen

É importante mencionar, de início, que as acusações de relativismo decorrem muito mais acertadamente como consequência das características de teoria idealista, como era a kantiana, do que das exigências teóricas que Kant impunha para a possibilidade de uma razão pura.

Enquanto uma doutrina idealista, e não materialista (nem agnóstica)⁵, do conhecimento, na Crítica da Razão Pura estava implícita a ideia de que a realidade observada não era uma realidade **real**, senão meramente uma realidade **representada**⁶. É da própria conotação do idealismo que se implica que o que se concebe e compreende parte necessariamente de um ‘conjunto de ideias’, embora essa construção apareça nas diversas teorias idealistas em denotações distintas, como, por exemplo, ‘complexo de sensações’, ‘imagens’ ou simplesmente fenômenos (por isso: fenomenologia). Isso era um traço comum mesmo às correntes idealistas das quais Kant buscava se afastar, como o que ele chamava de idealismo dogmático ou o idealismo empírico (KANT, 2012, p.

² “Por idealismo transcendental de todos os fenômenos, contudo, entendo a doutrina segundo a qual nós os consideramos, em seu conjunto, como meras representações, não como coisas em si mesmas, e o tempo e o espaço, de acordo com isso, são apenas formas sensíveis de nossa intuição, e não determinações ou condições, dadas por si mesmas, dos objetos como coisas em si mesmas. A esse idealismo se opõe um realismo transcendental que considera o tempo e o espaço como algo dado em si (independentemente de nossa sensibilidade).” (KANT, 2012, p.331, parênteses no original)

³ “É necessário lembrar que Kelsen é um neokantista, formado e informado no criticismo transcendental que ele aplica com grande rigor no campo da Ciência jurídica.” (REALE, 2002, p.458)

⁴ Sobre isso, ver: “Como neokantiano, Hans Kelsen concebera, inicialmente, as normas como *esquemas de interpretação* da experiência social possível, a experiência que só é propriamente jurídica enquanto referida a normas de Direito, cuja validade não resulta de sua correspondência aos fatos, nem do conteúdo que possam ter, mas tão somente da sua situação no interior do sistema, ligando-se à uma norma superior, por nexos puramente lógicos, e assim sucessivamente, até alcançar a *norma fundamental* recebida como pressuposto da ordem jurídica positiva [...]” (REALE, 2002, p.466, *italico* no original)

⁵ “Para o materialista, é o mundo exterior de que as nossas sensações são imagens, que é ‘dado de facto’. Para o idealista, é a sensação que é ‘dada de facto’, e o mundo exterior é declarado ‘complexo de sensações’. Para o agnóstico a sensação é igualmente ‘dada imediatamente’, mas não vai mais além, nem na direção da teoria materialista [...] nem na direção da teoria idealista” (LÉNINE, 1975, p.97, *grifos* no original)

⁶ Vide nota 2.

231-238) representados respectivamente por George Berkeley e Renée Descartes.

A estratégia propriamente kantiana foi a de transpor o acento da relação sujeito-objeto desde o objeto cognoscível (a representação, o fenômeno, a ideia) até o sujeito cognoscente, fazendo, então, o primeiro passar a depender logicamente do segundo enquanto condição de existência. O sujeito, desta perspectiva, deixa de desempenhar uma relação passiva perante seu objeto na relação de conhecimento, e ocupa o lugar do legislador do mundo, construtor do objeto de conhecimento. Nesse sentido, o famoso giro copernicano⁷ de Kant não passou da reafirmação da exigência teórica de que “o eu penso tem de poder acompanhar todas as minhas representações” (KANT, 2012, p.129). Se o que se tem no fenômeno são representações, é lícito dizer que são representações-para-o-sujeito. Qualquer pretensão de objetividade não pode se dar fora desse esquema conceitual. Nos parece que a relação de conhecimento que Kant realmente inaugura é a de sujeito-subjetividade, que, dito de outra forma, é: o *subjectum* e a sua própria atividade.

Se a realidade apreensível se dá no nível fenomênico (da representação), a realidade real (inapreensível) se dá no mundo noumênico⁸, o qual, se existe, é inacessível. O conhecimento do real seria impossível e nós somente teríamos acesso às nossas representações falíveis e superáveis que podem corresponder (em maior ou menor grau) ou não à essa realidade.

Eis aí a origem das acusações de relativismo – ao menos do relativismo kantiano – que, embora alguns, mais cuidados diferem das modalidades do

⁷ “Era isso que Kant chamava significativamente de *revolução copernicana*. Assim como Copérnico supera o sistema ptolomeico, colocando não mais a Terra, mas sim o Sol no centro de nosso sistema planetário, afirmava o filósofo germânico ser necessário romper com a atitude gnoseológica [sic] tradicional. Em lugar de se conceber o sujeito cognoscente como planeta a girar em torno do objeto, pretende Kant serem os objetos dependentes da posição central e primordial do sujeito cognoscente. Esta referencia ao criticismo de Kant visa a mostrar a correlação essencial que existe entre o problema do objeto e o do método, até ao ponto de subordinar-se um problema ao outro: – uma ciência viria a ser o seu método, porque o sujeito que conhece, ao seguir um método, criaria de certa maneira, o objeto, como momento de seu pensar.” (REALE, 2002, p.77, itálico no original) Isso justificaria a concepção que Reale expõe na nota 4. Sobre a maneira de como a ciência do direito, enquanto método, cria o seu próprio objeto, veremos adiante na breve exposição sobre o método normativo no item IV.

⁸ Na verdade, o que ocorre é que “Kant admite [...] a existência da ‘coisa em si’, mas declara-a ‘incognoscível’, [...] da competência de um domínio completamente diferente, do domínio do ‘além’ (*Jenseits*), inacessível ao saber, mas revelado pela fé.” (LÉNINE, 1975, p.89, grifo e parênteses no original)

subjetivismo ou do ceticismo⁹, outros não fazem ressalvas e associam ao solipsismo e ao ceticismo absoluto¹⁰.

Do que foi dito, não é realmente improvável que Kelsen daqui tenha importado uma certa postura de relativismo teórico, dada a sua própria concepção de relativismo filosófico:

O relativismo filosófico [...] advoga a doutrina empírica de que a realidade só existe no interior do conhecimento humano, e que, enquanto objeto de conhecimento, a realidade é relativa ao sujeito cognoscente. O absoluto, a coisa em si, está além da experiência humana; é inacessível ao conhecimento humano e, portanto, incognoscível. (KELSEN, 2000, p.347-348)

Tal postura cobraria do indivíduo, segundo Kelsen, uma atitude de humildade e reconhecimento da própria falibilidade que, segundo seu argumento, que logo será exposto, são disposições filosóficas de quem se identifica com a democracia enquanto forma de estado. Embora talvez – e **certamente** na concepção do próprio Kelsen – essa postura não chegue a desenvolver num ponto de um ceticismo absoluto ou num solipsismo¹¹, basta que se observe, através do discurso teórico kantiano, que foi trazido à baila, a grade de pressupostos lógicos que viriam a orientar o pensamento construtivista do jurista austríaco.

⁹ “[...] o relativismo baliza o conhecimento humano, excluindo de suas possibilidades a esfera do absoluto, mas daí não resulta que o relativismo possa ser considerado cético. Os relativistas declaram que se conhece parcialmente, mas sustentam a certeza objetiva do pouco que se conhece, até que não se prove a sua invalidade.” (REALE, 2002, p.162)

¹⁰ “[...] basear a teoria do conhecimento no relativismo, é ficar infalivelmente condenado ao ceticismo absoluto, ao agnosticismo e ao sofisticado, ou então ao subjetivismo. Como teoria do conhecimento, o relativismo não é apenas a confissão da relatividade dos nossos conhecimentos; é também a negação de qualquer medida, de qualquer modelo objectivo, existindo independentemente da humanidade e do qual se aproxima cada vez mais o nosso conhecimento relativo. Pode-se partindo do relativismo puro, justificar qualquer espécie de sofística, admitir, por exemplo, 'relativamente' que Napoleão morreu ou não morreu a 5 de Maio de 1821; pode-se declarar, como simples 'comodidade' para o homem ou a humanidade, admitir, ao lado da ideologia científica ('cómoda' de um certo ponto de vista), a ideologia religiosa (muito 'cómoda' doutro ponto de vista), etc.” (LÉNINE, 1975, p.120-121, grifo e parênteses no original)

¹¹ “O caráter subjetivo da teoria relativista do conhecimento acarreta dois perigos. O primeiro é um solipsismo paradoxal, isto é, a suposição de que o *ego*, enquanto sujeito do conhecimento, seja a única realidade existente. Essa visão envolveria uma epistemologia relativista numa incoerência. Pois, se for a única realidade existente, o *ego* deve ser uma realidade absoluta. O segundo perigo é um pluralismo não menos paradoxal. Como, segundo esse parecer, o mundo existe apenas no conhecimento do sujeito, o *ego*, por assim dizer, é o centro do seu próprio mundo. Contudo, caso se deva admitir a existência de muitos *egos*, a consequência inevitável parece ser a de que há tantos mundos quanto sujeitos de conhecimento. O relativismo filosófico evita deliberadamente tanto o solipsismo quanto o pluralismo.” (KELSEN, 2000, p.349, itálico no original)

3.2. O papel do relativismo axiológico para a ciência normativa do direito

Outro problema é o relativo ao relativismo axiológico, que – tal como o exemplo do relativismo filosófico que não significa ceticismo absoluto com relação a possibilidade de conhecer mas tão somente fazer depender o conhecimento de uma certa referência – também não significa ceticismo ou absoluta descrença na existência de quaisquer valores, mas tão somente na existência de valores absolutos.

Uma teoria dos valores relativista não significa – como muitas vezes erroneamente se entende – que não haja qualquer valor e, especialmente, que não haja qualquer Justiça. Significa, sim, que não há valores absolutos mas apenas valores relativos, que não existe uma Justiça absoluta mas apenas uma Justiça relativa, que os valores que nós construímos através dos nossos atos produtores de normas e pomos na base dos nossos juízos de valor não podem apresentar-se com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos. (KELSEN, 2006, p.76)

Essa é uma postura que já não é tão evidente na proposição construtivista do método normativista, mas que se encontra ali, logo no que tange a independência conceitual entre os conceitos de direito e moral, no particular, e também entre direito e justiça, no geral. O relativismo axiológico afasta o estudo do direito de ambas essas categorias valorativas, mas isso não quer dizer que elas não se correspondem em certa medida. Atente-se, todavia, que a separação conceitual entre direito e moral é uma que é formal e não substantiva¹².

Para Kelsen, ambas as normas de justiça e as normas morais são normas sociais – como aliás, são também as normas jurídicas – e a diferença consistiria no fato de que enquanto todas as normas de justiça são, de fato, normas morais, nem todas as normas morais são, de fato, normas de justiça. É claro que, enquanto normas sociais, ambas se destinam a prescrever as condutas de outros que não necessariamente os seus enunciadores (ou, proponentes), no entanto enquanto as normas morais *stricto sensu* se dedicam somente ao comportamento singular da pessoa, as normas de justiça (que também são normas morais *latu sensu*) somente são aquelas que “prescreva[m] um determinado tratamento de um indivíduo por um outro indivíduo” (KELSEN, 1998, p.4, itálico no original). E assim, eventualmente podemos dizer que dada norma jurídica, seja uma norma jurídica geral (uma lei ordinária, por ex.) ou uma norma jurídica individual (uma sentença, um ato administrativo, por ex.) são justos ou injustos, ou que a predileção de uma mãe por um filho sobre o outro é justa

¹² “Sob estes pressupostos, a afirmação de que o Direito é, por sua essência, moral, não significa que ele tenha um determinado conteúdo, mas que ele é norma e uma norma social que estabelece, com o caráter de devida (como devendo-ser), uma determinada conduta. Então, neste sentido relativo, todo Direito tem caráter moral, todo o Direito constitui um valor moral (relativo).” (KELSEN, 2006, p.74, parênteses no original)

ou injusta, ou até mesmo as expectativas morais que um indivíduo tem sobre o comportamento de outra são justas ou injustas; todos esses exemplos constituem uma prescrição de tratamento de um indivíduo por outro. O exemplo de Kelsen é ainda mais ilustrativo:

A norma: 'não devemos suicidar-nos' pode ser considerada uma norma moral que proíbe tal conduta em razão dos seus maus efeitos sobre a comunidade. Mas essa norma não pode ser uma norma de justiça, pois não descreve um determinado tratamento de um homem por parte de outro homem. Quer dizer: o suicídio pode ser julgado imoral, mas não injusto. No entanto, o fato de se inumarem os suicidas, não num cemitério comum, mas em separado, ou de se punir a tentativa de suicídio por ser considerado como justo ou injusto, isto é, ser apreciado segundo uma norma que prescreve um determinado tratamento aos homens, o impões ou proíbe – e, assim, constitui o valor justiça, tem o caráter de uma norma de justiça. (KELSEN, 1998, p.4, grifos no original)

Dito isso, saibamos que quando nos referimos à norma moral, nos referimos à norma moral *latu sensu* e que o relativismo axiológico ou ético se refere à mesma categorização abrangente de normas. Porque a diferença fundamental que nos interessa aqui não é a que se põe entre normas de justiça e normas morais em sentido estrito, mas entre normas morais e normas jurídicas.

Nesse sentido, “[o] Direito e a Moral não se podem distinguir essencialmente com referência à produção ou aplicação das suas normas” (KELSEN, 2006, p.70), visto que ambos podem ser produzidos consuetudinariamente ou via autoridades positivamente constituídas (sem contar que Kelsen não distingue realmente produção e aplicação de normas, como veremos mais tarde). Uma solução seria recorrer-se à referência aos valores moral/imoral ou *Recht/Unrecht* atribuídos respectivamente pela Moral e pelo Direito; tal esforço depende de se poder fazer referência à ao menos um dos sistemas normativos postos e de, respeitando o método normativo kelseniano, realizar o exercício de rastrear o sentido de validade da atribuição até a pressuposição de uma norma fundamental jurídica ou de justiça (que envolve todo um outro problema). Essa seria a maneira normativista de resolver esse problema.

Entretanto, a solução para esse problema de diferenciação poderia é claro se dar por muitas vias – como a do funcionalismo ou a do convencionalismo, por exemplo – e, surpreendentemente, Kelsen recorre imediatamente à uma que não envolve o emprego de seu método normativo, mas recorre à um tipo de estruturalismo ou formalismo. Formalismo porque trata-se de uma diferença relativa não ao conteúdo do que se prescreve mas à forma como são prescritas as diferentes normas; no caso da norma jurídica, esta se dá “ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado” (KELSEN, 2006, p.71). E estruturalismo porque se trata da definição da norma jurídica em face

da norma moral (que já definimos aqui: é desprovida de caráter coercitivo¹³) através de um dos elementos estruturantes da norma jurídica, a sanção¹⁴, que é melhor estudada nos estudos kelsenianos sobre a teoria estática do direito, na qual não nos deteremos nesse trabalho. O fato é que Kelsen, traido momentaneamente seu método normativo, vincula o direito, mais do que à uma ordem normativa objetivamente válida, conceitualmente à possibilidade de violência.

Ao que tudo indica, essa evasão pouco satisfatória do seu próprio normativismo¹⁵ teria servido somente para desvincular-se conceitualmente o Direito da Moral, para que o estudo do primeiro – realizado pela Jurisprudência – não se possa confundir com o estudo da segunda – realizado pela ética (KELSEN, 2006, p.67). Ocorre que o relativismo axiológico desempenha o mesmo papel de desvinculação conceitual sem que se precise recorrer ao exame (aliás, bastante sociológico) de coerção social assentada na possibilidade de emprego da força. É o próprio Kelsen que levanta o argumento que, aliás, já demonstra sua relação com o criticismo transcendental kantiano:

Rejeitando, do ponto de vista do conhecimento científico, o pressuposto de uma essência transcendente, existente para além de toda a experiência humana, isto é, a existência de um absoluto em geral e valores absolutos em particular, e apenas reconhecendo a validade de valores relativos, a validade do direito positivo não pode, do ponto de vista de uma teoria científica do direito, ser

¹³ “Há um modo de definir as normas morais que se refere precisamente à sanção. Afirma-se que são morais aquelas normas cuja sanção é puramente interior. Por sanção, entende-se sempre uma consequência desagradável da violação, cujo fim é prevenir a violação ou, no caso em que a violação seja verificada, eliminar as consequências nocivas. A única consequência desagradável da violação de uma norma moral seria o sentimento de culpa, um estado de incômodo, de perturbação, às vezes de angústia, que se diz, na linguagem da ética, ‘remorso’ ou ‘arrependimento’.” (BOBBIO, 2014, p.154-155, grifos no original)

¹⁴ “Conforme tive ocasião de dizer alhures, Kelsen nunca teve dúvidas sobre o fato de que a técnica do controle social própria do Direito consistisse na ameaça e na aplicação de sanções negativas, isto é, daquelas sanções que infligem um mal àqueles que executam ações socialmente indesejáveis. Toda vez que repete sua definição do Direito como ordenamento coercitivo, ele faz questão de precisar que o Direito é assim porque está em condições de provocar o mal, mesmo que seja sob a forma de privação de bens, ao violador das normas. Ordenamento coercitivo e ordenamento baseado em sanções negativas são sinônimos em sua linguagem.” (BOBBIO, 2006, p.118)

¹⁵ “Verificou-se que o normativismo kelseniano caracteriza a sanção como a privação devida de certos bens: vida, saúde, liberdade, etc., feita por um órgão da comunidade; assim, a sanção é vista como um ato de coerção devido. Mas, a definição de coerção que Kelsen oferece é extranormativa. É fruto de um estudo comparativo de todos os ordenamentos jurídicos existentes ou que tenham existido. Assim, o conceito de coerção devida surge de um estudo empírico e não estrutural; surge a partir de uma análise por meio da qual se define a estrutura lógica das normas e proposições jurídicas e se indica um dos elementos materiais das ordens jurídicas. Como se pode, portanto, construir uma teoria pretensamente rigorosa a partir de um elemento tão pouco delimitado? Por certo, a definição de sanção, em Kelsen, é circular.” (WARAT, 1983, p.95)

posta na dependência de sua relação com a justiça. (KELSEN, 1998, p.69)

Ou seja, vem da própria concepção científica kantiana da qual Kelsen dispõe que se rejeite trabalhar a questão da moral de maneira inclusiva ou dogmática. Situação, aliás, em que difere do próprio filósofo alemão¹⁶. O pressuposto de que rejeitar qualquer ‘essência transcendente’ não é outra coisa que a rejeição de aceitar a apreensibilidade do mundo noumênico. Qualquer construção que transcenda o sujeito como instancia epistemológica é rejeitada de imediato como a-lógica, como metafísica. Desta razão, a impossibilidade de um valor – como um de justiça – absoluto é exigência lógica; o absoluto se torna não somente a marca do dogmatismo, mas impensável de toda forma. Para a jurisprudência, a conclusão que se tira disso é:

É de per si evidente que uma Moral simplesmente relativa não pode desempenhar a função, que consciente ou inconscientemente lhe é exigida, de fornecer uma medida ou padrão absoluto para a valoração de uma ordem jurídica positiva. Uma tal medida também não pode ser encontrada pela via do conhecimento científico. (KELSEN, 2006, p.76)

Em última medida, se não se pode validar o direito a partir de nenhuma estrutura de valor que não seja a sua própria (jurídico/antijurídico), o sentido de validade de qualquer norma jurídica – e inclui-se aí aquelas normas jurídicas individuais – passa a ser exclusivamente uma norma jurídica hierarquicamente superior (ou, no caso de outras teorias, uma norma jurídica de reconhecimento), que por sua vez recorre à outra norma jurídica que lhe preceda e assim sucessivamente. Todos conhecemos a resposta (nem tão) final que Kelsen fornece para esse enigma: a norma fundamental gnosiológica. Mas esta não nos interessa de imediato, teremos a oportunidade de aludi-la mais adiante.

As bases dos relativismos, que na verdade não passam de um único princípio de relativismo, estão postas. Cumpre agora saber o local que elas ocupam no quadro democrático de forma de estado ou, ao menos, como esses estão relacionados. Como Kelsen os relaciona.

¹⁶ “O mesmo poder-se-ia dizer de Kant, que é relativista no plano da razão pura, declarando a impossibilidade do conhecimento absoluto, mas se revela dogmático no plano da Ética, sustentando que o homem, na vida prática, deve obedecer imperativos categóricos, que não se revelam à razão teórica, mas à *vontade* pura, descortinando-lhe o mundo noumenal” (REALE, 2002, p.160, *italico no original*). Há também a crítica do próprio Kelsen: “Kant, seguindo os passos de Hume, demonstrou em sua filosofia da natureza a futilidade de toda especulação metafísica, mas reintroduziu em sua ética o conceito de absoluto, o qual tão sistematicamente excluía de sua filosofia teórica” (KELSEN, 2000, p.354).

4. DEMOCRACIA E RELATIVISMO

Para que se reconheça a lógica por traz de tal relação, é preciso que remetamos à certas ideias que se vinculam à concepção kelseniana de democracia de maneira muito mais imediata: o princípio de liberdade e o princípio de tolerância; descolada dessas categorias, mal se pode compreender a relação que Kelsen acusa existir entre democracia e o princípio de relativismo.

Como o princípio de tolerância não é senão uma consequência da transformação sofrida pelo princípio de liberdade desde a liberdade natural até a liberdade política, a lógica do discurso nos impele a começar por este segundo.

4.1. O princípio de liberdade

Concebamos inicialmente o princípio majoritário – o qual Kelsen também trabalha nos seus escritos –, que é aquele que determina, numa democracia moderna, que a vontade da maioria deve prevalecer sobre a vontade de uma minoria política. Não se pode supor, como muito comumente se o faz, que tal princípio seja derivado do princípio de igualdade¹⁷ – tido aqui simplesmente como aquela postura qual determina que todas as pessoas estão em condição natural de igual valor – pois ele simplesmente “pressupõe que as vontades dos indivíduos sejam iguais” (KELSEN, 2000, p.31); a partir daí, como se justificaria que a vontade da maioria prevaleça sobre a da minoria, se é que ambas são iguais e a diferença que se observa não é no valor das ideias mas na sua regularidade numérica em um dado espaço amostral de indivíduos? Não se pode aceitar que a **força da maioria** seja o critério para superar a validade legal – o direito – da igualdade da minoria.

O princípio majoritário só pode ser justificado pelo princípio da liberdade e somente sob a concepção de que, se não se pode manter todos livres (assegurar o livre arbítrio, o ‘faço-o-que-eu-quiser’ de todos), pode-se ao menos manter a maioria livre¹⁸, quer dizer, é possível manter a vontade da maioria como coletivamente vinculante, como vontade geral. Como se pode obser-

¹⁷ “Seria impossível justificar o princípio majoritário com a opinião de que uma quantidade maior de votos tem mais poder do que poucos votos. Da pressuposição puramente negativa de que um indivíduo não vale mais do que o outro não se pode deduzir, positivamente, que a vontade da maioria é a que deve prevalecer. Se procurarmos deduzir o princípio de maioria exclusivamente da ideia de igualdade, esse princípio terá o caráter puramente mecânico, aliás, absurdo, criticado pelos adversários da democracia. Afirmar que os mais numerosos são os mais fortes seria transformar em máxima defeituosa um dado da experiência, e a fórmula “a força supera o direito” só seria superada se fosse elevada ao estado de regra de direito.” (KELSEN, 2000, p.31-32, grifos no original)

¹⁸ “Há apenas uma ideia que leva, por um caminho racional, ao princípio majoritário: a ideia de que, se nem todos os indivíduos são livres, pelo menos o seu maior número o é, o que vale dizer que há necessidades de uma ordem social que contrarie o menor número deles.” (KELSEN, 2000, p.32)

var, esse princípio de liberdade já não é aquele mais instintivamente imaginado como ausência de coerção, mas um remodelado para possibilitar o convívio social.

Para se tornar uma categoria social, o símbolo da liberdade deve passar por uma mudança fundamental de significado. Não mais deve denotar a negação de qualquer ordem social, um Estado da natureza caracterizado pela ausência de qualquer tipo de governo, e deve assumir o significado de um método específico de instituir a ordem social, de um tipo específico de governo. (KELSEN, 2000, p.168)

A sociedade já é inescapavelmente uma ordem coercitiva, quer dizer, o convívio social presume o inevitável choque de vontades individuais e, portanto, prescinde de procedimentos para a superação desse atrito político; procedimentos que inevitavelmente culminam numa ordem social de coerção – aliás, uma redundância. A solução procedimental da democracia foi a de fazer depender a vontade política da organização social de um princípio majoritário, que por sua vez depende dessa remodelagem da ideia de liberdade (liberdade natural → liberdade social; liberdade anárquica → liberdade democrática). Uma autocracia, que é a forma de estado qual Kelsen opõe à democracia, teria seus próprios procedimentos de conformação da vontade política de organização social; talvez uma investidura jusnaturalista supostamente racional ou divina de poderes em uma autoridade magnânima, numa sabedoria superior.

4.2. O princípio de tolerância

Todavia, o princípio de liberdade não implica no abandono do princípio da igualdade. A existência factual da democracia depende, na verdade, da composição de ambos os princípios numa síntese.

Como observamos anteriormente, o exercício do princípio majoritário presume a imposição da vontade de uma maioria sobre ela própria e sobre uma minoria que não desejaria, se possível, tal imposição. Pois bem, numa democracia é mister a preservação de tal minoria política para que a prática dialética da discussão, tão própria da democracia¹⁹, permaneça ocorrendo.

De um ponto de vista psicológico, a síntese de liberdade e igualdade, característica essencial da democracia, significa que o indivíduo, o ego, deseja liberdade não apenas para si mesmo, mas também para os outros, para o *tu*. (KELSEN, 2000, p.180, grifos no original)

¹⁹ “Tendo em vista que a permanente tensão entre maioria e minoria, governo e oposição, resulta no processo dialético tão característico da formação democrática da vontade do Estado, pode-se afirmar com razão: democracia é discussão.” (KELSEN, 2000, p.183)

Essa é a origem do princípio de tolerância, que só pode haver num regime democrático. É o que difere uma democracia factual de mera 'ditadura da maioria', onde se preconiza a destruição de uma minoria divergente e, portanto, a neutralização da diferença. Aliás, um problema que Kelsen coloca na raiz da diferenciação entre democracia e autocracia:

Neste ponto destaca-se uma nítida diferença entre o tipo real da democracia e o da autocracia, já que, no regime autocrático, não há possibilidade de meio-termo entre direções políticas opostas na formação da vontade do Estado ou, pelo menos, essa possibilidade é bastante rara, visto serem praticamente impossíveis uma corrente e uma contracorrente políticas. (KELSEN, 2000, p.75)

A conservação da minoria – que aliás depende de certo mantimento da antiga concepção de liberdade natural, como 'ausência de coerção', na medida em que preconiza limites à potência do governo de atuar sobre as liberdades individuais das minorias (KELSEN, 2000, p.183) – implica que haja uma disposição geral de tolerância não somente da minoria pela maioria, mas uma tolerância geral entre os indivíduos tidos como iguais, pois ao mesmo tempo que um indivíduo se situa, num campo da discussão política (como, por exemplo, desarmamento da população civil), na condição de maioria, em outro campo particular (como, por exemplo, a finalidade extrafiscal do imposto sobre o fumo), ele poderá acabar se situando enquanto minoria. Afinal, a vida política permite toda espécie de suposta contradição.

Nesse sentido, democracia implica ambas: liberdade significando coexistência coercitiva (co-coerção) e igualdade significando tolerância perante a diferença.

4.3. Princípio de relativismo e democracia

A relação existente entre relativismo filosófico e democracia decorre da conexão interior que se verifica entre política e filosofia, entre o posicionamento perante a realidade assumido pelo sujeito simultaneamente politizante e filosofante. Esse é um pressuposto no qual Kelsen foi particularmente insistente²⁰.

Para Kelsen, tanto a política quanto a filosofia se resumem à forma de relacionar-se sujeito e objeto. Na filosofia, a relação sujeito-objeto refere-se a um sujeito cognoscente e um objeto cognoscível; **trata-se, portanto, de uma**

²⁰ Trata-se de um argumento que apareceu relativamente não-modificado em *Forma de estado y visión del mundo* (KELSEN, 2003, p.243), *Essência e valor da democracia* (KELSEN, 2000, p.105), *Fundamentos da democracia* (KELSEN, 2000, p.161) e *Absolutismo e Relativismo na filosofia política* (KELSEN, 2000, p.348).

relação de conhecimento. Ao passo que na política a relação sujeito-objeto refere-se ao sujeito dominador e o objeto dominado; **trata-se, portanto, de uma relação de dominação.**

Para evitar os mal-entendidos com relação ao significado dessa analogia, algumas observações preliminares se fazem necessárias. Uma vez que, como aqui apontado, o centro da política e das teorias do conhecimento e do valor é a relação entre sujeito e objeto, a natureza do sujeito politizante e filosofante, a disposição original deste deve exercer uma influência decisiva sobre a formação das concepções a respeito de sua relação com o objeto de dominação, bem como o de conhecimento e avaliação. A raiz comum do credo político e do filósofo, a natureza de seu ego, ou seja, o modo como esse ego experimenta a si mesmo em sua relação com o outro, que também reivindica sua condição de ego, e com a coisa que não faz tal tipo de reivindicação. (KELSEN, 2000, p.162)

Nunca é demais lembrar aqui daquelas reflexões acerca da epistemologia kantiana que realizamos anteriormente, temos que ela pode ser considerada evidentemente relativista. Associamos aqui o relativismo filosófico kelseniano, portanto, ao criticismo transcendental kantiano. Nesse, a posição do sujeito perante a verdade absoluta é a posição do sujeito cognoscente perante o mundo noumênico, da coisa em si, ou seja: a verdade absoluta é uma impossibilidade, não se aprende essa realidade mesmo que de maneira parcial – a coisa em si é inapreensível. A consequência dessa noção para o sujeito politizante que se põe perante o objeto de dominação é que as concepções valorativas que ele concebe são falíveis, substituíveis e, de um ponto de vista exterior, de igual valor às concepções diferentes. Tal como o sujeito que concebe a realidade somente como uma realidade fenomênica, é evidente que ele não tem maneira de posicionar-se diferentemente diante do que representa, mas isso não o isenta de erro. Assim também o é o indivíduo axiologicamente relativista perante seu semelhante, ele não tem como evitar subscrever seus próprios valores, mas reconhece não somente que seus valores podem substituídos por outros, mas que os valores de seu semelhante, quanto à pretensão de universalidade, são tão válidos quanto os seus próprios. Essa, ao menos, parece ser a ideia de Kelsen.

Si nos preguntamos cuál es el tipo de carácter que corresponde a una tal actitud política [democrática], en la que el deseo de libertad está modificado por el sentido de igualdad, la respuesta es, evidentemente, aquella persona en quién la experiencia de sí mismo no es tan fundamental ni tan rotundamente diferente de las demás experiencias, las experiencias de los demás, las experiencias del no-sí mismo, que su mismo sea incapaz en quienes sienten con él que el tú quiera ser un sí mismo, y reconocido como tal. (KELSEN, 2003, p.248, observação entre chaves não presente no original)

Já ao absolutismo filosófico, podemos corresponder, segundo às expectativas kelsenianas, talvez, à um materialismo dogmático²¹. Mesmo materialistas, em geral, que acreditam que aquilo que conhecem é mesmo a realidade real, podem admitir que não conhecem a realidade toda – portanto, admitindo também a falibilidade de suas concepções –, por isso estamos relevando o absolutismo a título de materialismo dogmático, que crê que aquilo que se conhece é a verdade definitiva do mundo. Para Kelsen, tal atitude filosófica desenrola – na atitude política – numa indisposição, numa intolerância para se lidar com a opinião divergente sobre a verdade dos valores. A consequência final dessa intolerância é a prática de dominação:

Cuanto más fuerte es la voluntad de dominar, más pequeño es el valor que se da a libertad. La negación absoluta de este valor, la superlativización de la dominación, es la idea de autocracia. En ella, la orden gubernamental procede de un sola persona, a la que todas las demás están subordinadas – y no participan bajo ningún concepto en la formación de la voluntad – y que se alza por encima de ellas, y contra ellas, como ente que, por ser único, es completamente distinto, como su señor y dirigente. La radical desigualdad entre quien dirige y los que son dirigidos, es el supuesto apriorístico de esta forma de Estado, que corresponde, en el sentido caracterológico, al tipo de persona que posee una muy acentuada conciencia de sí misma. (KELSEN, 2003, p.249)

O próprio Kelsen não viria a conceber essa correlação entre visão de mundo e forma de estado senão como uma determinação genérica, como sói dizer. Kelsen mesmo advertiu sobre fatores externos que poderiam desequilibrar essas tendências, sobre a possibilidade de uma forma de estado ser exaltada no imaginário popular como uma espécie de moda passageira, e até mesmo de que existem aqueles que, independentemente da forma de estado que se manifeste, em virtude da sua insatisfação generalizada, sempre advogarão por aquilo que não existe, pela forma de estado contrária àquela manifesta no contexto da sua revolta particular. Mas, também, para Kelsen, “estos son espíritus inferiores, cuya, ausencia no haría cambiar mucho el panorama” (KELSEN, 2003, p.247). No fim, os eventuais percalços não alteram a convicção kelseniana na validade de suas conclusões.

Apesar da suposta predisposição natural para a democracia, às consequências do relativismo axiológico para uma teoria do direito – à de Kelsen – foram a impossibilidade de essa se posicionar perante a discricionariedade dos agentes públicos em geral, e dos juízes em particular, como veremos adiante.

²¹ “O absolutismo filosófico é a concepção metafísica da existência de uma realidade absoluta, i.e., uma realidade que existe independentemente do conhecimento humano.” (KELSEN, 2000, p.347)

5. CIÊNCIA JURÍDICA E RELATIVISMO

Para entender melhor como Kelsen se aproxima da temática da interpretação, precisaremos rapidamente recuperar certos pressupostos da construção de seu método normativo. Trataremos primeiramente de apresentar a sua distinção entre proposição jurídica e norma jurídica de maneira breve e pragmática, de forma à associar tais categorias aos cientistas jurídicos e às autoridades do direito. Depois, iremos apresentar, também de modo célere, como uma norma jurídica – mesmo uma norma individual – retira seu fundamento de validade de outra norma jurídica (e da sua inserção no ordenamento jurídico). Por fim, as consequências dessas construções para o tratamento da interpretação em Kelsen.

5.1. Proposições jurídicas e normas jurídicas

Trata-se de categorias fundamentais para a teoria normativa do direito de Hans Kelsen. Lembremos aqui que o fato da proposta de Kelsen consistir em uma ciência normativa não implica que essa seja uma ciência prescritiva (como o termo parece sugerir), mas que seja uma **ciência descritiva de uma realidade normativa**²². A norma jurídica funciona como um esquema de interpretação – um esquema valorativo de interpretação – através do qual se concebe uma dada realidade fenomênica. Dessa maneira, uma ciência normativa do direito tem por pressuposto que uma dada subtração não é um furto nem um arresto antes que essa situação não seja confrontada com uma ordem normativa; da mesma maneira uma folha de papel contendo certas prescrições só passa a ser uma sentença quando satisfaz certas condições normativas que permitam essa concepção – mesmo um juiz de direito pode fundamentar e ordenar a reclusão de um réu num processo corrente que essas determinações não configurarão uma sentença caso essa não esteja de acordo com certos pressupostos normativos (esteja ela publicada e anexada ao processo judicial adequado, por exemplo).

Para isso, uma ciência jurídica tem que saber, ao menos, distinguir entre as normas jurídicas, das quais prescindem para observar (constituir um objeto) a realidade jurídica, e as prescrições jurídicas, através das quais constroem²³

²² “Dado que as duplas ‘normativo-explicativo’ e ‘prescritivo-descritivo’ não se sobrepõem, não há nada de contraditório em afirmar, como faz Kelsen, que a ciência jurídica é ao mesmo tempo descritiva e normativa: descritiva no sentido de que não prescreve; normativa no sentido de que aquilo que descreve não são fatos, mas normas, é descritiva não do que existe, mas do que deve ser. Enquanto *Sollsätze*, as proposições que caracterizam a ciência jurídica distinguem-se por um lado dos *Seinsätze* próprios das ciências sociais (causais), e, por outro, das *Sollnormen* de qualquer sistema normativo.” (BOBBIO, 2006, p.58, grifos e parênteses no original)

²³ “Também é verdade que, no sentido da teoria do conhecimento de Kant, a ciência jurídica como conhecimento do Direito, assim como todo o conhecimento, tem caráter constitutivo e, por conseguinte, ‘produz’ o seu objeto na medida em que o apreende como um todo com sentido.” (KELSEN, 2006, p.82, grifos no original)

efetivamente o que é observado. A possibilidade de confundi-las se resume no fato das duas poderem apresentarem-se em enunciações idênticas, e, não obstante, a segunda (proposição) é um juízo hipotético sobre a dada realidade jurídica enquanto a primeira (norma) é a própria manifestação mandamental. As duas desempenham funções evidentemente distintas:

Na distinção entre proposição jurídica e norma jurídica ganha expressão a distinção que existe entre a função do conhecimento jurídico e a função, completamente distinta daquela, da autoridade jurídica, que é representada pelos órgãos da comunidade jurídica. (KELSEN, 2006, p.81)

A distinção funcional que diferencia norma jurídica de proposição jurídica reflete no exercício daqueles que se deslançam ou a descrever as normas jurídicas ou a prescrevê-las. Aos primeiros correspondem os juristas, cientistas do direito; ou, melhor dizendo, corresponde a própria ciência jurídica. Seu papel é descrever o Direito de maneira a esclarecer sua orientação imputativa, ou seja, descrever o direito no seu sentido de norma, de dever ser e não de ser, mas descrevê-lo somente. O cientista do direito descreve-o mesmo quando não possui autoridade para prescrevê-lo, e de seu ofício decorre que ele esteja certo ou errado. Aos segundo correspondem as autoridades jurídicas – juízes, cartorários, escrivães, policiais, administradores públicos, legisladores e qualquer espécie de funcionário público, realmente, no tanto de autoridade que lhe for juridicamente atribuído –, essas detêm a função não de explicar o Direito, mas de produzi-lo, prescrevê-lo. E, de fato, prescrevem-no, independentemente da circunstancia de conhecê-lo bem ou mal.

Kelsen determina que, ao passo que prescrições jurídicas podem ser verdadeiras ou falsas, como qualquer juízo hipotético, as normas jurídicas só podem ser válidas ou inválidas. Vale, contudo, a reflexão: as normas jurídicas, na verdade, só podem ser válidas. Na ocorrência de que um juízo hipotético se frustrate, nada faz com que ele tenha deixado de ser um juízo (nem hipotético) de nenhuma maneira. Quanto às normas jurídicas, essas só são de fato jurídicas quando são objetivamente válidas. Quando inválidas, nada são. Uma norma inválida é um não-evento, um que não é constituível pela ciência normativa. Kelsen sabia que, mesmo a norma declarada inválida (mesmo com efeitos ditos *ex tunc*) deve ter, para tanto, sido válida em algum momento. Portanto, não podemos falar em normas inválidas (pois são não-normas) mas podemos falar em normas invalidáveis.

O que torna uma norma **válida** então?

5.2. Teoria dinâmica e sentido normativo de validade da norma

A resposta para essa pergunta, para Kelsen, seria: **uma outra norma válida; ou seja, uma outra norma jurídica**. Essa conclusão é uma premissa da

teoria dinâmica do direito, que é um segmento da Teoria Pura do Direito que se dedica a estudar a norma jurídica no seu sentido de produção e aplicação (KELSEN, 2006, p.80) – aplicação que, para Kelsen, não passa também de produção do direito. Somente uma tal exigência constitui que o juízo de validade deva depender de confrontar o fato com o seu esquema de interpretação normativo. Ou seja, assim como as normas jurídicas são condição para que se observe qualquer outro fato como sendo jurídico, também a validade da própria norma depende desse mesmo método de observação.

Sendo assim, o sentido de validade de uma norma jurídica é concedido (mesmo que essa seja efetivamente produzida por um ato de vontade, como é) objetivamente por outra norma jurídica hierarquicamente superior cuja validade depende da constatação de outra norma jurídica ainda que conceda a essa o seu próprio sentido de validade. O relacionar-se entre normas jurídicas superiores mais gerais com normas cada vez mais inferiores (ou logicamente posteriores, pois dependem de normas logicamente – não necessariamente também cronologicamente – anteriores que lhe concedam juridicidade), compartimentalizadas e até individuais constitui um sistema, ou ordenamento escalonado no qual todas essas normas encontram-se relacionadas numa cadeia imputativa perfeitamente rastreável.

Um dos aspectos mais significativos da descrição desse acusado sistema, ordenamento ou cadeia de produção normativa é justamente a circunstância de cada norma jurídica, enquanto fator simbólico de produção normativa, estar disponível para a observação corriqueira. Melhor dizendo: a norma jurídica é empiricamente verificável, está dada, posta. A ciência do Direito se ocupa somente de normas positivas. Isso não diz respeito aos atos de vontade dos quais resultam normas jurídicas objetivas, mas ao enquadramento normativo disponível. O processo de observação de normas postas acompanha um processo silogístico que prescinde, além do ato de vontade de uma autoridade enquanto uma premissa menor, de outra norma jurídica posta enquanto uma premissa maior – uma norma de competência, portanto. Essa nova norma posta é reconhecível enquanto jurídica em virtude de um novo exercício silogístico que alcance uma norma jurídica superior e assim segue. A regressão silogística que descreve o sentido de produção de uma norma jurídica segue, desse modo, no sentido contrário da distribuição de competência normativa, e no sentido contrário da distribuição do poder.

No entanto, essa regressão silogística que acompanha o sentido de validade da ordem jurídica não pode encerrar-se num *ad infinitum* (como se isso fosse possível) por pelo menos duas boas razões. A primeira é que fica-se sem critério de reconhecimento da norma jurídica, já que o método de reconhecimento é impraticável. A segunda é que muito rapidamente fica-se sem fontes de observação empírica (normas postas hierarquicamente superiores infinitas) para se perscrutar o fundamento de validade da norma estudada que motivou

a verificação. A solução para o reconhecimento de validade da norma é bem o que permite o conhecimento puro do direito: a norma fundamental gnosiológica.

A norma fundamental não é posta, mas pressuposta. A norma fundamental é um pressuposto hipotético de validade da própria ordem jurídica. De toda ela²⁴. A norma fundamental garante assim o conhecimento puro do direito da mesma maneira que as categorias lógico-transcendentais (KELSEN, 2006, p.225) e as intuições puras garantem o conhecimento puro em Kant. Puro, portanto, é perfeitamente entendido como: **anterior à ou independente de tudo o que é empírico**²⁵. Naturalmente esta construção teórica carrega os seus próprios problemas, mas para o que interessa neste momento – identificar o sentido de validade das normas jurídicas –, o tanto que foi apresentado já basta.

Temos o que queríamos, como Kelsen fundamenta normativamente a validade da norma jurídica individual. Resta conhecer os problemas vinculados à sua concepção.

5.3. A interpretação da norma e a possibilidade de discricionariedade

Quanto à interpretação, eis que temos que diferenciar entre uma interpretação autêntica e outra interpretação inautêntica. A interpretação autêntica é aquela que cria o direito (KELSEN, 2006, p.394), é aquela realizada pelas autoridades do direito enquanto no uso de suas atribuições. São interpretes autênticos os legisladores quando interpretam a constituição, por exemplo, para propor norma gerais e também interpretes autênticos os juízes quando aplicam qualquer norma geral – na verdade, aplicar uma norma geral significa, antes de qualquer coisa, criar uma norma individual. A interpretação inautêntica, por outro lado, é aquela que se destina ao conhecimento do direito e uma ou todas as suas possibilidades de realização. A interpretação inautêntica é a interpretação da ciência do direito. Interpretes inautênticos são todos aqueles que se valem da norma jurídica enquanto esquema interpretativo. Até mesmo

²⁴ “Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.” (KELSEN, 2006, p.217)

²⁵ Stanley Paulson (2000, p.33) nos lembra que essa também é uma lição da Crítica da Razão Pura (B3).

legisladores, autoridades administrativas e juízes podem ser interpretes inautênticos, enquanto realizam a interpretação de uma norma qualquer fora do uso de suas atribuições.

Ilustrando: um juiz que interpreta a constituição ao escrever uma sentença (aliás, o que virá a ser uma sentença) realiza uma interpretação autêntica na medida em que essa interpretação inauguraré uma nova norma jurídica. Uma objeção possível é a de que o juiz de direito aplica efetivamente o direito na medida que o conhece. Nessa situação, poderia se dizer que a norma transforma uma interpretação inautêntica em autêntica. Mas não nos esqueçamos do problema central aqui: ao juiz, não há nenhuma necessidade factual de conhecer o direito para aplicá-lo; enquanto juiz, ele tem autoridade para aplicá-lo, seja a aplicação moralmente desejável ou não. Agora, certo mesmo é que o mesmo juiz, se interpreta a mesma norma geral que se apresentaria num processo, mas o faz, por exemplo, como exercício intelectual em um debate, realiza uma interpretação inautêntica, isso porque nenhuma norma individual resulta do seu ato de interpretação.

Em resumo: da interpretação autêntica sempre resulta uma norma jurídica, e da interpretação inautêntica sempre resulta uma proposição jurídica. Por isso tais conceitos são importantes.

Ao interpretar, o intérprete enfrenta sempre uma relativa indeterminação (KELSEN, 2006, p.388-390) quanto ao possível sentido da norma interpretanda, o problema de 'qual é a interpretação correta/adequada'. Essa indeterminação – que afinal é relativa – pode ser de ordem proposital, quer dizer, pode haver um espaço interpretativo propositalmente produzido pelo ato de vontade que colocou aquela norma geral na ordem jurídica; e, também, essa indeterminação pode ser de ordem involuntária, ou seja, pode (e necessariamente vai) haver um espaço semântico involuntariamente produzido pela maneira que a norma mais geral se apresenta enunciativamente. Ambas as ordens de indeterminação compõem o que Kelsen veio a denominar moldura interpretativa, um espaço interpretativo de possíveis significações no qual o aplicador do direito pode e supostamente vai conformar a nova norma jurídica geral ou individual.

O problema surge quando não somente se ignora o potencial significativo dos símbolos construídos pela ordem jurídica enquanto um discurso coerente, mas – e principalmente aqui – quando mesmo Kelsen é obrigado a admitir que o desrespeito à moldura semântica é uma possibilidade. Que a propositura da norma, para Kelsen, seja um ato de vontade e não de conhecimento, e assim não tem nada que a ciência do normativa do direito, que se destina a conhecer o direito, pode fazer com os atos de vontade das autoridades do direito. O problema da adequação da interpretação, para Kelsen, é um problema da razão prática, que consiste justamente naquela parte da filosofia

kantiana que ele abandonou como dogmática, absolutista ou metafísica. A chamada discricionariedade, assim, se torna um problema insolúvel para a Teoria Pura do Direito; e, na verdade aqui, um não-problema já que esse não seria uma problema para a ciência jurídica.

É possível que se afirme que tal orientação é a posição característica do positivismo jurídico, do qual Hans Kelsen é subscrevente:

O positivismo sequer se preocupa em responder tal questão. Para ele, a discricionariedade judicial era uma *fatalidade*. A razão prática – que o positivismo chama de discricionariedade – não poderia ser controlada pelos mecanismos teóricos da ciência do direito. A solução, portanto, era simples: deixemos de lado a razão prática (discricionariedade) e façamos apenas epistemologia (ou, quando esta não dá conta, deixe-se ao alvedrio do juiz – *eis o ovo da serpente gestado desde a modernidade*). (STRECK, 2013, p.102, itálico e parênteses no original)

A discricionariedade, no entanto, sustenta uma despercebida relação com a autocracia. Uma relação que põe o princípio do relativismo, do modo como é trabalhado por Kelsen à perder seus supostos vínculos gerais com a democracia.

6. CONCLUSÃO

Mas por que – e isso precisa ser esclarecido – a possibilidade de discricionariedade judicial teria uma predisposição autocrática ao passo que a discricionariedade legislativa e administrativa não? Na verdade, não estamos afirmando isto.

Quanto às autoridades administrativas e legislativas, que também são autoridades jurídicas e por isso também criam normas – mediante, inclusive, a possibilidade de discricionariedade – através de atos de vontade, tememos que a discussão exija reflexões valorativas posteriores. Especialmente em países nos quais muitas dessas autoridades podem ser constituídas com o recurso ao princípio majoritário, o que implica em aludir-se estruturas e procedimentos que deve(ria)m garantir a legitimidade de certas decisões gerais e particulares. Ora, dizer que ‘uma autoridade eleita democraticamente é autocrática’ talvez seja possível, mas exige um esforço conceitual que não poderá ser esboçado nos momentos finais desse trabalho. Agora, relacionar discricionariedade judicial à uma disposição autocrática é evidentemente mais incontroverso.

A ciência normativa do direito não teria padrões pré-estabelecidos de maneira a poder exigir dessas autoridades qualquer *accountability* justamente em respeito ao seu relativismo axiológico e, portanto, somente o que pode ser feito é o reconhecimento da validade jurídica da decisão discricionária em decorrência da sua vinculação dinâmica e finalística à norma fundamental. Se

instala, assim, na instância judicial, uma autocracia sustentada pela impossibilidade de correção valorativa (através de uma censura crítica) democrática: uma autocracia jurisdicional.

Por um lado, o relativismo axiológico é apontado por Kelsen como disposição para a democracia; mas diante da impossibilidade de se referenciar um discurso valorativo, ele impede o enfrentamento racional do juízo autocrático. E por outro, uma teoria do direito que pudesse fazer referência à valores, e **mesmo valores constituídos pelo discurso estático e coerente do direito positivo**, é a única que poderia garantir (ou ao menos argumentar) a manutenção democrática da jurisdição.

O princípio de relatividade não pode garantir a manutenção democrática da atividade jurisdicional. Eis a sentença. Se é que isso se trata de um problema para a teoria do Direito, (especialmente para Hans Kelsen) este é um outro problema.

REFERÊNCIAS

- KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.
- KELSEN, Hans. **Society and nature: a Sociological Inquiry**. Chicago: University of Chicago Press, 1943.
- _____. **Teoria geral das normas**. Tradução: José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.
- _____. **O problema da justiça**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. **A democracia**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. Forma de Estado y visión del mundo. Tradução: Gertrudis Payás. In CORREAS, Óscar. **El otro Kelsen**. México: UNAM, 2003.
- _____. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. Epílogo. In FEBBRAJO, Alberto. **Verso un concetto sociológico di diritto**. Tradução: Alberto Febbrajo. Milano: Giuffrè Editore, 2010.
- _____. Replica. In FEBBRAJO, Alberto. **Verso un concetto sociológico di diritto**. Tradução: Alberto Febbrajo. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

_____. Una “fondazione” della sociologia del diritto. In FEBBRAJO, Alberto. **Verso un concetto sociológico di diritto**. Tradução: Alberto Frebbrajo. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

LÉNINE, V.I. **Materialismo e Empiriocriticismo**. Lisboa: Estampa, 1975.

PAULSON, Stanley. **Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen**. Tradução: Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

VENERIO, Carlos Magno Spricigo. **A concepção de Democracia de Hans Kelsen**. Criciúma: Editora UNESC, 2010.

* **Submetido em: 30 maio 2017. Aceito em: 4 dez. 2017.**



DOS DIREITOS HUMANOS E DOS CONFLITOS NA SOCIEDADE LÍQUIDA PÓS-MODERNA

*Charlise Paula Colet Gimenez**
*Florisbal de Souza Del'Olmo***
*Rosângela Angelin****

Resumo

O presente artigo, desenvolvido a partir do método de abordagem dedutivo, e método de procedimento sócio-analítico, tem como objetivo abordar os conflitos decorrentes da sociedade líquida pós-moderna e os desafios de humanizar as relações sociais, a partir de uma perspectiva dos direitos humanos. Na sociedade líquida pós-moderna, as polaridades são características permanentes diante da instabilidade nas relações interpessoais, e as ações e estratégias de reação se modificam em velocidade superior à capacidade humana de aprender efetivamente, caracterizando-se a vida líquida pela precariedade e incertezas constantes, provocando fluidez dos valores e a fragilidade nas relações estabelecidas entre os seres humanos, o que afeta a própria interpretação e aplicabilidade dos direitos humanos. Eis o desafio dos direitos humanos na pós-modernidade.

Palavras-chave

Direitos Humanos. Conflitos. Sociedade Líquida. Pós-modernidade.

* Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professora do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado, e do Curso de Graduação em Direito, ambos da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus Santo Ângelo/RS. Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da URI, campus Santo Ângelo/RS. Advogada. E-mail: charliseg@santoangelo.uri.br.

** Especialista em Direito e em Educação. Mestre (UFSC). Doutor em Direito (UFRGS), e Pós-Doutor em Direito (UFSC). Professor do Programa de Mestrado em Direito da URI, Santo Ângelo, RS. Líder do Grupo de Pesquisa registrado no CNPq Tutela dos Direitos e sua Efetividade. Coordenador do Projeto de Pesquisa Direitos Internacionais do Trabalho e o resgate da dignidade e da cidadania. E-mail: florisbaldeolmo@gmail.com.

*** Pós-Doutora pela Faculdades EST, São Leopoldo-RS (Brasil). Doutora em Direito pela Universidade de Osnabrueck (Alemanha). Docente do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* – Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade Regional integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo/RS e da Graduação de Direito dessa Instituição. Coordenadora do Projeto de Pesquisa *Direitos Humanos e Movimentos Sociais na Sociedade Multicultural* e do Projeto de Extensão *O lugar dos corpos das Mulheres na Sociedade: uma abordagem do corpo e da defesa pessoal*. Integrante do Núcleo de Pesquisa de Gênero da Faculdades EST. Integra a Marcha Mundial de Mulheres. E-mail: rosangelaangelin@yahoo.com.br.

Abstract

The present paper, developed through the deductive method of approach, and the socio-analytical method of procedure, aims to analyze the conflicts in the post-modern liquid society and the challenges to humanize the social relations from a human rights perspective. In the post-modern liquid society, the polarities are permanent characteristics in the unstable interpersonal relations, which alter themselves from active to passive, from friend to enemy, from safety to risk, from trustable to fear. It is observed that actions and reaction strategies modify in a higher velocity than the human capacity to effectively learn, so it is affirmed the liquid life is marked by precariousness and constant uncertainties, resulting, in this way, in the values fluidity and the relationships fragility, which affect the own interpretation and applicability of human rights. This is the human rights challenge in the post-modernity.

Keywords

Human Rights; Conflicts; Liquid Society; Post-modernity.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As relações humanas, ao longo do desenvolvimento e evolução societária, sofreram contornos e direcionamentos, alguns convergentes, e outros conflitantes, razão pela qual foram forjadas regras de convivência para garantir, minimamente, um convívio entre os seres humanos. A volatilidade das relações humanas, marcadas pela fragilidade e liquidez de valores, ameaçada pelo medo da expiação, solidifica a urgência como fio condutor da vida em comunidade e a necessidade como valor fundante para a existência do outro.

O conceito de sociedade centra o discurso da sociologia, pois se refere tanto a uma associação social, bem como a um sistema específico de relações sociais. Conceituar sociedade enquanto associação é compreendê-la como estado-nação; e para explicar a natureza das sociedades modernas, deve-se capturar as características específicas do estado-nação – detentor de conceito que contrasta de maneira radical com os estados pré-modernos. Cada época da humanidade reservou condições e situações específicas que permearam as relações de poder entre as pessoas e o Estado, resultando em situações diversas a partir das ideologias dominantes. O desenvolvimento da sociedade líquida pós-moderna tem trazido consigo aspectos muito significativos para a evolução social, em especial, através de descobertas tecnológicas capazes de tratar doenças, aumentar a produção, aumentar o distanciamento entre tempo-espaço, conectando pessoas de todo o mundo.

Por outro lado, essas características anteriormente apresentadas também têm gerado situações preocupantes diante das relações humanas, como o individualismo, o consumismo, a falta de alteridade e respeito às diferenças. Neste trilhar ideológico permeado por uma racionalidade que não considera a complexidade das relações humanas foram sendo destacados caminhos que levam a conflitos, a intolerância, e ao aumento do abismo da desigualdade econômica e social. Ironicamente são essas mesmas sociedades pós-modernas que

primam por um dos princípios basilares dos Estados Democráticos de Direito: a *dignidade da pessoa humana*, supostamente alcançada através do *bem comum* voltado para todos.

É neste contexto que se encontram os Direitos Humanos, criados e apregoados como instrumentos de garantia e viabilização da dignidade da pessoa humana, seja no aspecto protetivo, econômico, social e/ou cultural. Para alcançar a efetivação desses conceitos, é preciso que o Estado, em parceria com a sociedade civil, crie instrumentos e viabilize condições específicas para que a dignidade humana e o bem comum se materializem. É nesse sentido que trilharam os Direitos Humanos nas sociedades atuais, buscando transitar entre o individualismo e os conflitos que giram em torno das relações humanas.

Diante do exposto e, a partir de uma análise de estudo dedutiva, a proposta do artigo versa sobre o seguinte problema: como pensar os Direitos Humanos nas sociedades pós-modernas diante das fragilidades das relações humanas? Para alcançar uma reflexão crítica acerca do questionamento condutor da pesquisa, o trabalho será dividido em duas partes. Num primeiro momento serão abordados aspectos envolvendo uma melhor compreensão em torno das características que permeiam as sociedades líquidas pós-modernas, bem o processo de fluidez e fragilidade das relações humanas. Este estudo se encontra amparado nas teorias do sociológico alemão, Zygmunt Bauman, que defende a categoria de *sociedades líquidas*. Num segundo momento do estudo, em especial a partir de autores como Jacques Derridá, Alain Touraine, Néstor Garcia Canclini, Joaquín Herrera Flores, entre outros, será delineada uma reflexão crítica acerca dos Direitos Humanos, envolvendo aspectos jurídicos, sociais e econômicos.

2. SOCIEDADE LÍQUIDA NA PÓS-MODERNIDADE: FLUIDEZ E FRAGILIDADE DAS RELAÇÕES HUMANAS ¹

Nas sociedades em que as reações das pessoas e suas ações caracterizam-se pela sua superficialidade e pela constante mudança de agir, sentir, portar-se, viver e compreender-se em um contexto social, percebe-se, na mesma proporção e nas mesmas pessoas a produção de medos e incertezas. Compreende-se que as certezas dos seres humanos permanecem o tempo suficiente em que celebridades repentinas permanecem na fama, modas vestem modelos, pessoas são lembradas ou fatos noticiados pela mídia, ou seja, o tempo certo para se tornar esquecível. Vive-se em um mundo moderno com uma única certeza, qual seja, “a de que amanhã não pode ser, não deve ser, não será

¹ No presente estudo, utiliza-se como autor principal e base do pensamento sociológico, Zygmunt Bauman.

como hoje – significa um ensaio diário de desaparecimento, sumiço, extinção e morte”.²

A modernidade nasce com a ideia de que pode ser transformada, referindo-se à rejeição do mundo tal como se apresenta até o momento e à decisão de transformá-lo. Assim, rechaça-se o que “meramente é” em nome do que poderia ser substituído em seu lugar, pois carrega o desejo de se fazer diferente do que se é, de se refazer e se continuar refazendo. Há, portanto, duas opções claramente apresentadas: modernizar-se ou perecer. Por isso, “a história moderna tem sido [...] a história da produção de projetos e um museu/túmulo de projetos tentados, usados, rejeitados e abandonados na guerra contínua de conquista e/ou desgaste que se trava contra a natureza”.³

A corrida pela modernidade assentou seu discurso no lugar seguro, longe do medo, na direção de um mundo impenetrável e livre do destino cego. No entanto, ao invés de ser uma rota de fuga, observa-se a humanidade em um “cemitério de esperanças frustradas”⁴, pois vive em um mundo de temor, incerteza e medo. A modernidade é, desse modo, um estado de perpétua emergência, sendo condição da produção compulsiva e viciosa de projetos, os quais, a seu turno, requerem que os dejetos indesejados sejam varridos para longe, destacando-se que, “Quando se trata de projetar as formas de convívio humano, o refugo são os seres humanos”.⁵

O ser humano vive um medo que orienta seu comportamento como uma ameaça direta à vida ou à integridade, cuja sensação é estar suscetível ao perigo. Passa, assim, uma insegurança – de que o mundo está cheio de perigos que podem o atingir a qualquer momento sem qualquer aviso prévio – e uma vulnerabilidade – no caso de o perigo se concretizar. Os medos se traduzem em ameaças ao corpo e às propriedades; outros, por sua vez, atingem a durabilidade da ordem social e a confiabilidade nela, dependendo a segurança do sustento ou a sobrevivência na aposentadoria ou invalidez; a seu turno, há perigos que ameaçam o lugar da pessoa no mundo, seja sua posição social (hierarquia), identidade (de classe, de gênero, étnica, religiosa), e, ainda, atingem a imunidade à degradação e à exclusão social.

As oportunidades de ter medo estão em abundância na época em que se encontra atualmente, carecendo de certeza, segurança e proteção. Os medos são muitos e as pessoas por eles atingidas são de diferentes categorias sociais, etárias e de gênero. A humanidade, independente de onde estiver, ou onde tiver nascido, compartilha medos, em especial, por não ser previdente, convivendo não somente com os medos de catástrofes capazes de atingir a coletividade, ferindo de forma cega e indiscriminada, aleatória e inexplicável,

² BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008b, p. 12-13.

³ BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008b, p. 12-13.

⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Vidas Desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005b, p. 34.

⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008b, p. 08.

encontrando todos indefesos e despreparados, mas com aqueles que possam atingir a sua individualidade, aqueles que o condenam a sofrer de forma solitária enquanto os demais prosseguem alegres.

A insegurança moderna, em suas diversas facetas, caracteriza-se pelo medo dos crimes e dos criminosos, pois o ser humano, sob a ótica do individualismo, se recusa a confiar – ou não consegue fazê-lo – na constância e na regularidade do tecido social e, por conseguinte, no valor da solidariedade humana. Justifica-se esse comportamento pela insegurança e pela ideia de que o perigo encontra-se em toda a parte são características de uma sociedade marcada pelo dever individual de cuidar de si próprio e de fazer por si mesmo.⁶ A solidariedade, ao ser substituída pela competição, abandona os indivíduos nesses mesmos, entregando-os aos seus próprios recursos, fazendo que com que atinjam o *status* de indivíduos de direito, mas dificultam o alcance do *status* de indivíduos de fato. Assim, “se, entre as condições da modernidade líquida, a desventura mais temida era a incapacidade de se conformar, agora – depois da reviravolta da modernidade líquida – o espectro mais assustador é o da inadequação”.⁷

Toda sociedade produz estranhos, cada uma a sua maneira, seja por não se encaixar em um mapa cognitivo, moral ou estético do mundo.⁸ Os imigrantes lembram aos moradores das cidades coisas que preferiam esquecer. Por isso, são os principais portadores das diferenças que provocam medo, contra os quais são demarcadas fronteiras e gerados conflitos. O estranho é uma incógnita quando analisado sob a perspectiva dos habitantes da cidade, mesmo não sendo declarado objeto de agressão patente ou de ressentimento declarado e ativo, a sua presença é desconcertante, tornando a tarefa de prever os efeitos das ações, e suas chances de sucesso e fracasso, absurdas.⁹ Além dele, a modernidade produz outras pessoas, consideradas supérfluas, sem capacidades produtivas e não podem ser exploradas de maneira profícua. O progresso econômico produziu gente sem perspectiva e nenhum esforço de imaginação é capaz de introduzi-los na sociedade organizada. O que antes era produzido somente na Europa, agora se afirma em todos os países, os quais, além dos imigrantes na busca do pão e da água, também possuem os seus supérfluos, pessoas que não podem ser enviadas a outros lugares.¹⁰

A viscosidade dos estranhos e a política de exclusão decorrem da polarização para a oprimida a que foram negados os recursos de identidade e, por conseguinte, todos os instrumentos de cidadania. “Não é meramente renda e

⁶ CASTEL, Robert. **La Inseguridad Social**. ¿Quéés estar protegido? Buenos Aires: Manantial, 2013, p. 17-33.

⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007, p. 91.

⁸ BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-estar da Pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 27.

⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007, p. 91.

¹⁰ BAUMAN, Zygmunt. **A Arte da Vida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009, p. 81-82.

riqueza, expectativa de vida e condições de vida, mas também – e talvez mais fundamentalmente – o direito à individualidade, que está sendo crescentemente polarizado”.¹¹ A arquitetura do medo e da intimidação tem se espalhado pelos espaços da cidade, transformando-a em áreas extremamente vigiadas, dia e noite. No entanto, com a insegurança, desaparece do espaço público a flexibilidade, a capacidade de surpreender e a oferta da aventura, ou seja, as características da vida urbana.¹²

As comunidades “cercadas” por grades de ferro, cercas elétricas, alarmes e monitoradas, são conquistadas por dinheiro ou crédito suficiente para manter a distância da “confusa intimidade” da vida comum da cidade, que somente tem comunidade em seu nome: “O que seus moradores estão dispostos a comprar ao preço de um braço ou de uma perna é o direito de manter-se à distância e viver livre de intrusos”. Os medos fazem com que as pessoas assumam uma postura defensiva. Por essa razão, o ser humano se coloca atrás de muros, contrata seguranças, dirige veículos blindados, porta armas de fogo e frequenta aulas de artes marciais.¹³ Assim, o isolamento é a função essencial da separação espacial, pois reduz, diminui e comprime a visão do outro, ou seja, suas qualidades e circunstâncias individuais raramente são vistas, uma vez que rotuladas como proibidas. Nesse sentido, observa-se a seletividade social, cuja atuação foca na punição dos indesejados com prisão, marginalizando-os e excluindo-os, por consequência.¹⁴

Percebe-se, nesse rumo, alguns processos contemporâneos decorrentes do capitalismo tardio: a) a estetização radical da cultura, simbolizando a economia, a qual produz uma realidade cotidiana, naturalizando uma rígida e hierárquica ordem social; b) a luta pela ordem contra o caos, a qual criminaliza e desqualifica a pobreza, dos não-consumidores, dos novos impuros; e c) o reforço da herança da escravidão a partir da implantação de um sistema penal no Brasil com características genocidas, seletivas e hierarquizadas.¹⁵

O medo permanece no cotidiano das pessoas e na vida diária das cidades, locais onde os estrangeiros, desde o início, viviam com estreito contato com os demais, sempre enquanto estrangeiros. Sua companhia é inquietante, pois se distingue tanto do amigo quanto do inimigo, uma vez que suas intenções, sua mentalidade e o modo de reagir não são conhecidos, o que faz do seu comportamento algo imprevisível e, por conseguinte, enaltece a incerteza. Ademais, ele representa um risco de dano ou derrota. As situações de risco

¹¹ BAUMAN, Zygmunt. **A Arte da Vida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009, p. 81-82.

¹² BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e Medo na Cidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009b, p. 63-68.

¹³ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007, p. 15.

¹⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**. As Consequências Humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999, p. 114-115.

¹⁵ BATISTA, Vera Malaguti. **O Medo na Cidade do Rio de Janeiro**. Dois Tempos de uma História. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003, p. 106.

tendem a atrair e, da mesma forma, a repelir. Tem-se que é no espaço urbano público que a vida atinge a sua mais completa expressão, com alegrias, dores, esperanças e pressentimentos, características inerentes a ela. “Por esse motivo, os espaços públicos são locais em que atração e rejeição se desafiam (suas proporções são variáveis, sujeitas a mudanças rápidas, incessantes)”.¹⁶

Compreende-se, nessa ótica, que cada reação ao medo, seja por meio de uma fechadura extra na porta diante dos rumores de criminosos de aparência estrangeira, ou de cada revisão da dieta diante dos sucessivos pânicos alimentares, transforma-se o mundo em um lugar mais traiçoeiro e assustador, estimulando cada vez mais ações defensivas, o que, por conseguinte, acrescentam vigor na capacidade do medo de se autopropagar. Utilizam-se as prisões para confinar os membros mais visíveis das multidões perigosas, ao mesmo tempo em que se relacionam as favelas como *locus* do mal, concentração da ameaça ao ser coletivo. O discurso que animaliza o mal busca duas saídas: extermínio ou limpeza, ambas com o mesmo resultado – eliminação. “Os discursos higiênicos conduzem ao extermínio. A pureza e a higiene são o oposto da sujeira e da desordem”.¹⁷

Verifica-se, diante do exposto, que ao primeiro sinal do mal, procura-se uma porta confiável para ser trancada após ser atravessada. Apagou-se a linha entre amigos para a vida toda e inimigos eternos, o que pode gerar uma zona cinzenta entre os papéis atribuídos, pois podem ser trocados instantaneamente e sem esforço. As fronteiras mudam de forma e se movem a cada passo, em um palco montado para novas perfídias, uma vez que os sinais de aflição nunca irão parar de piscar, nem os alarmes de soar.¹⁸

A preocupação com a limpeza e, por conseguinte, com a pureza, supõe varrer o assoalho, estigmatizando os traidores e expulsando os estrangeiros como forma de manutenção da ordem, o que permite a existência de um ambiente conservado e propício para a ação humana. Nesse rumo, não se surpreende que as pessoas comparem os estranhos, no objetivo constante de separar, confinar, exilar ou destruir, aos animais nocivos ou bactérias. Do mesmo modo, não há surpresa no seu comportamento de comparar as suas ações a rotinas higiênicas, ao passo que combatem estranhos como portadores de doenças sob a justificativa de proteção à saúde. Percebe-se, nessa ótica, que a tendência a coletivizar e centralizar atividades de purificação com o fim de preservar a pureza (embora em momento algum extintas ou exauridas) tende a ser substituída por estratégias de desregulamentação e privatização.¹⁹

¹⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007, p. 18.

¹⁷ BATISTA, Vera Malaguti. **O Medo na Cidade do Rio de Janeiro**. Dois Tempos de uma História. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003, p. 116.

¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008b, p. 94-95.

¹⁹ BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-estar da Pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 22.

A visão maniqueísta de mundo, com apelo às armas em uma guerra santa contra forças satânicas que ameaçam o universo, a redução da caixa de Pandora dos conflitos econômicos, políticos e sociais a uma visão do apocalipse não se resumem somente a padrões aiatolás islâmicos, mas a uma tendência mundial que perpassa todo processo de rápida globalização, de regionalização da política, de ressentimento social e batalha por identidade e reconhecimento, ou seja, permeia todas as relações entre as pessoas em um mesmo espaço, embora separados por categorias.

No entanto, “se os seres humanos aceitam e apreciam outros seres humanos e se empenham no diálogo, logo veremos que as diferenças culturais deixarão de ser um *casus belli*”²⁰. A convivência e o respeito à diferença podem ser aprendidos, ressaltada a diversidade de cada pessoa, mas aceita a diversidade do outro. Em um mundo multicultural, impossível sair de casa sem encontrar outras pessoas que possuam idade, sexo, opção sexual, raça, cor, etnia, crença diversas da sua própria.

O indivíduo tende a valorar o outro a partir da sua apresentação no palco da vida diante dele, espectador, e não nela mesma, extraindo-se preconceitos, intolerâncias e a incompreensão da subjetividade do outro. Percebe-se que, na sociedade moderna, para ajustar-se ao conceito de pureza, perde-se progressivamente a sua própria natureza humana (singular e única) para se tornar uma coisa com a qual se relaciona de forma fria, egoísta e superficial. A sociedade líquida é intolerante com tudo que considera como desvio ou não adequado ao comportamento padrão vigente, pois a conduta que não contempla os princípios particulares compreendidos como dignos e puros, atrai para si desprezo ao não reproduzir um pouco daquilo que o outro/digno é. Assim, o diferente aos olhos dos puros é considerado extravagante, merecendo a reprovação e o rótulo de ostensivo. Se o outro responde de forma negativa ao rótulo atribuído, dá o direito aos demais a desprezar a expressão da diferença.

Está-se passando da fase “sólida” da modernidade para a fase “fluida”, denominada assim em razão de que quando derramada em um recipiente apertado, continua mudando de forma até mesmo sob a influência de forças menores. “Num ambiente fluido, não há como saber se o que nos espera é uma enchente ou uma seca – é melhor estar preparado para as duas possibilidades”.²¹ A fluidez das relações humanas faz com que os indivíduos percam constantemente suas identidades, trapaceando quando têm chance ou zombando das regras quando possível. A sociedade líquida, portanto, “deseja apenas que você continue no jogo e tenha fichas suficientes para permanecer jogando”.²² Manifesta-se, aqui, a lógica da sociedade pós-moderna, incapaz de interagir com a diversidade de perspectivas, pois a perspectiva de mudar o outro antes

²⁰ BAUMAN, Zygmunt. **A Arte da Vida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009, p. 89.

²¹ BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005, p. 57.

²² BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005, p. 58.

de si próprio é muito mais confortável. O outro, por si só, carrega a responsabilidade da insegurança e da derrota de que aquele que o vê, não o aceita pela sua diferença.²³ A liquefação dos valores na pós-modernidade suprime a consciência da alteridade e a capacidade de se compreender o outro na sua própria pluralidade de significados e vivências. Prefere-se viver em condições de autoeternizante incerteza à tarefa de construir uma identidade.

Na pós-modernidade, o eu é indefinido, todo eu é possível e o processo de autocriação nunca termina. Por isso, a civilização é responsável pela própria miséria e a pessoa reflete a soma de frustrações que acumula por não suportar os ditames da sociedade. O poder esmagador da sociedade – e, por conseguinte, das restrições em nome da segurança – é tão inquestionável quanto o princípio do prazer, o qual impulsiona o indivíduo na viagem em busca da felicidade. A escolha entre a liberdade e a felicidade não é uma escolha entre o bem e o mal. Os valores são desejáveis e, em toda troca, os ganhos se misturam com as perdas. “A liberdade sem segurança não tende a causar menos infelicidade do que a segurança sem liberdade”. Assim, o indivíduo necessita tanto da liberdade quanto da segurança, sendo o sacrifício de qualquer um deles causador de sofrimento. Por isso, o sacrifício não pode ser evitado, motivo pelo qual a ânsia pela felicidade está fadada à frustração²⁴.

Essa utopia de felicidade é inerente a uma sociedade de caçadores, os quais substituíram os jardineiros, personagens de uma sociedade sólida, que agrada a versão desregulamentada, privatizada e individualizada da atual sociedade. Nesta sociedade, a caça é uma atividade exercida em tempo integral no palco da modernidade líquida, pois as pessoas preferem fugir à necessidade de refletir acerca da sua condição de infelicidade. Por isso, numa sociedade de caçadores, a expectativa do fim da caçada não seduz, ao contrário, aterroriza, pois indica falha pessoal. No entanto, seja qual for a utopia, ela não dá sentido à vida, seja na forma autêntica ou falsa. Apenas auxilia a retirar do pensamento o significado da existência humana²⁵.

Nesse contexto de insegurança e transitoriedade, apresenta-se a comunidade como alternativa tentadora, traduzindo-se em um sonho de tranquilidade, segurança física e paz espiritual. Por outro lado, para aqueles que defendem a liberdade de escolha e a autoafirmação, essa comunidade que guarda lealdade absoluta e apresenta as mesmas entradas e saída revela-se, ao contrário de um sonho, um pesadelo, ou seja, é uma visão do inferno ou da prisão. Para a maioria das pessoas, a ideia de comunidade tem duas faces, “amado ou

²³ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007, p. 15.

²⁴ BAUMAN, Zygmunt. **A Sociedade Individualizada**. Vidas Contadas e Histórias Vividas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p. 58.

²⁵ BAUMAN, Zygmunt. **A Cultura no Mundo Líquido Moderno**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2013, p. 30-33.

odiado, amado e odiado, atraente ou repulsivo, atraente e repulsivo”.²⁶ A comunidade ideal é um mundo total, o qual oferece tudo que possa ser necessário para ter uma vida significativa e compensadora. A comunidade existe e persiste porque nela se unem contra uma escura selva que se forma do outro lado da rua, pois as somas das identidades têm força para banir os medos e as incertezas que cercam o indivíduo.

Embora liberdade e comunidade possam se chocar e entrar em conflito, uma composição sem a adição de ambas não resulta em uma vida satisfatória. A necessidade dos dois ingredientes destaca-se na medida em que a vida, na sociedade globalizada e rapidamente desregulada, cujo resultado é a nova elite cosmopolita, é uma vida de risco e em nenhum outro lugar da sociedade a certeza e a segurança entram em colapso como no território habitado pelos novos cosmopolitas. Nessa ótica, sente-se falta da comunidade porque se sente falta de segurança e de qualidade fundamental para uma vida feliz, pois o mundo atual cada vez oferece menos e mais reluta em prometer. “A atração da comunidade dos sonhos comunitários se funda da promessa da simplificação: levada a seu limite lógico, simplificação quer dizer muita mesmice e um mínimo de diversidade”.²⁷

Para Buber²⁸, é imperativo o renascimento da comunidade da vila, da cooperativa, do companheirismo, da união religiosa; ademais, uma grande associação humana somente pode ser denominada de comunidade quando integrar pequenas comunidades vivas, as quais mantenham a relação direta e vital, de uns com os outros, como seus membros o fazem, e se unem em vista desta associação igualmente de modo direto e vital. Consoante dispõe o referido autor:

La comunidad, a mi entender, se basa en dos fundamentos, reforzadores ambos de las relaciones Yo-Tú. En primer lugar, las comunidades proporcionan lazos de afecto que transforman grupos de gente en entidades sociales semejantes a familias amplias. En segundo lugar, las comunidades transmiten una cultura moral compartida: conjunto de valores y significados sociales compartidos que caracterizan lo que la comunidad considera virtuoso frente a lo que considera comportamientos inaceptables y que se transmiten de generación en generación, al tiempo que reformulan su propio marco de referencial moral día a día.²⁹

A comunidade é condição ontológica do ser humano, opondo-se ao individualismo, bem como ao coletivismo e ao gigantismo estatal. Tem seus va-

²⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005, p. 68.

²⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**. A Busca por Segurança no Mundo Atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003, p. 132.

²⁸ BUBER, Martin. **Sobre Comunidade**. São Paulo: Perspectiva, 2008, p. 56.

²⁹ BUBER, Martin. **Sobre Comunidade**. São Paulo: Perspectiva, 2008, p. 24.

lores pautados no pessoal em detrimento dos valores de mercado, e caracteriza-se pela subsidiariedade, poder local, associativismo e autogestão, além dos princípios da fraternidade, da igualdade e da liberdade³⁰, o que corrobora Bauman³¹ ao afirmar a necessidade de comunidade e liberdade estarem juntas. Quem sabe o ponto de encontro entre liberdade e comunidade esteja no fato de se discutir socialmente os limites das liberdades, ao contrário do que se apregoa na atualidade, ou seja, de que a liberdade é um pressuposto individual.

Salienta-se, também, a primazia dos valores pessoais sobre os valores do mercado em razão de que “comunidade envolve relações de convívio pessoal, intimidade, afeto, solidariedade, compromisso com o bem comum, apoiadas em sentimentos de confiança e reciprocidade”.³² Verifica-se, da mesma forma, que valorizar as instâncias próximas das pessoas aproxima a perspectiva comunitária das teorias do poder local, da cooperação, da autogestão e do terceiro setor. E, ainda, caracteriza-se pela fraternidade, igualdade e liberdade. Fraternidade refere-se à amizade, camaradagem, companheirismo, solidariedade; igualdade corresponde à afirmação da igualdade política, desenvolvimento de políticas orientadas à redução das desigualdades econômicas e sociais, e defesa do Estado de Bem-Estar Social; por sua vez, liberdade real sustenta-se em condições sociais concretas, e a comunidade viabiliza as condições para a liberdade individual.³³

Sustenta-se que os elementos essenciais para se constituir e manter um marco compartilhado consistem em: 1) democracia como valor (não apenas como procedimento); 2) a constituição e sua declaração de direitos; 3) lealdades estratificadas (comunidade própria e geral); 4) neutralidade, tolerância e respeito; 5) limitação da política de identidade; 6) diálogos de toda a sociedade; e 7) reconciliação. Não é possível ser feliz individualmente em uma comunidade infeliz. A sociedade/comunidade contribui na construção da felicidade e do bem-estar daqueles que nela vivem e compartilham, ao passo que transmite segurança (no lugar da liberdade), paridade (no lugar da igualdade) e rede (no lugar de fraternidade).³⁴

³⁰ SCHMIDT, João Pedro. Comunidade e comunitarismo: considerações sobre a inovação da ordem sociopolítica. In: **Ciências Sociais Unisinos**. São Leopoldo, Vol. 47, N. 3, p. 300-313, set/dez 2011, p. 312.

³¹ BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**. A Busca por Segurança no Mundo Atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

³² SCHMIDT, João Pedro. Comunidade e comunitarismo: considerações sobre a inovação da ordem sociopolítica. In: **Ciências Sociais Unisinos**. São Leopoldo, Vol. 47, N. 3, p. 300-313, set/dez 2011, p. 309.

³³ SCHMIDT, João Pedro. Comunidade e comunitarismo: considerações sobre a inovação da ordem sociopolítica. In: **Ciências Sociais Unisinos**. São Leopoldo, Vol. 47, N. 3, p. 300-313, set/dez 2011, p. 311.

³⁴ SPENGLER, Fabiana Marion. **Fundamentos Políticas da Mediação Comunitária**. Ijuí: editora Unijuí, 2012, p. 87.

A superação da individualidade moderna na sociedade líquida hoje testemunhada requer o compartilhamento e o cuidado mútuo, ou seja, a construção de “uma comunidade de interesse e responsabilidade em relação aos direitos iguais de sermos humanos e igual capacidade de agirmos em defesa desses direitos”.³⁵ Centra-se, nesse ponto, a preocupação do futuro das comunidades/sociedade: transmitir a compaixão e a solidariedade para além dos muros da sua própria casa, ou seja, agir sob a ótica da alteridade.

Por isso, objetiva-se uma ordem social que contenha um conjunto de valores compartilhados e que são respeitados pelos indivíduos. Uma boa sociedade, portanto, corresponde a uma ordem em consonância com os compromissos morais de seus membros. Dessa forma, o desafio para os que aspiram uma boa sociedade é constituir e sustentar uma ordem social considerada legítima pelos seus membros, de maneira permanente. Destaca-se, ainda, que a boa sociedade requer o equilíbrio entre Estado, comunidade e mercado, respeitando a dignidade humana. O paradigma comunitário reconhece a necessidade de alimentar vínculos sociais como parte do esforço por manter a ordem social enquanto se assegura que esses vínculos não eliminem as expressões autônomas. Ou seja, uma boa sociedade não privilegia o bem social por cima das opções individuais nem o inverso, ao contrário, defende as formações sociais como virtudes sociais.³⁶ E esses são também os princípios apregoados pelos Direitos Humanos.

3. DIREITOS HUMANOS: PENSAR E CONSTRUIR NOVAS RELAÇÕES

Conforme abordado anteriormente, o individualismo dos seres humanos, a ganância do modelo de produção e as gestões de Estados têm gerado seres humanos insensíveis, egoístas, inseguros, com medo e com elevadas dificuldades de construir uma vida social mais harmônica e solidária. Embora a sociedade, no decorrer da história, tenha avançado significativamente em vários aspectos e, tenha positivado róis de direitos e garantias fundamentais para as pessoas, infelizmente, o cenário delineado denota que os grandes problemas sociais pairam, inicialmente, em questões básicas e urgentes para a existência humana, como a garantia ao acesso de alimentos e água potável para a manutenção da vida, bem como de questões subjetivas, como a falta de harmonia e alteridade nas relações sociais. Ao que pese o fato de em parte serem apregoados como direitos individuais, eles englobam uma perspectiva coletiva das necessidades humanas básicas, propiciadoras do bem viver. Embora se deva garantir a individualidade de cada cidadão, existem algumas especifici-

³⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**. A Busca por Segurança no Mundo Atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003, p. 134.

³⁶ ETZIONI, Amitai. **La Nueva Regla de Oro**. Comunidad Y Moralidad en una Sociedad Democrática. Barcelona: Paidós, 1996, p. 35-128.

dades que pertencem a todos os seres humanos, as quais devem ser respeitadas e garantidas igualmente, portanto, não devem ser mais valoradas para algumas pessoas em detrimento de outras.

A complexidade existente nas relações humanas envoltas de disputas de poder é notória no decorrer da história e os Estados, juntamente com Movimentos Sociais de pressão, têm buscado com o passar dos tempos apresentar soluções práticas, positivando direitos e criando garantias para sua efetivação. As diversas configurações do Estado Moderno têm demonstrado essas diacronias, às quais os Direitos Humanos foram sendo submetidos. Fundamentado no princípio da legalidade e, para resolver problemas de convivência humana latentes, o Estado Moderno ocidental foi forjando normas para garantir a dignidade, seja ela protetiva, material e/ou identitária-cultural, denominadas de Direitos Fundamentais que abrangeram a esfera individual, coletiva e também social.

Os Direitos Humanos, positivados em ordenamentos jurídicos na forma de Direitos Fundamentais, foram evidentemente construções históricas, temporais e fundadas por embates travados, de um lado, por movimentos organizados pela sociedade civil, que reivindicavam melhores condições de vida e, por outro lado, pelo poder hegemônico vigente nos Estados, sendo esses decisivos para a construção de novas configurações dos Estados de Direito sob o prisma da garantia da dignidade da pessoa humana.

Em que pese as diversas versões dos Direitos Humanos/Fundamentais, no centro do debate está a dignidade humana, maior bem jurídico a ser protegido pelos Estados Modernos. Frente a isso, garantir a integridade física, psíquica e liberdades individuais e coletivas rumo ao acesso de aportes para uma vida boa, é função primordial dos Direitos Humanos/Fundamentais e, responsabilidade do Estado e da sociedade civil, que precisam corroborar na efetivação e promoção do bem comum.

Joaquín Herrera Flores, no debate Direitos Humanos, busca retirá-los do mundo metafísico ou essencialista e trazê-los para a realidade social, embasados por conjunturas históricas que revelam as relações de poder existentes. Esta perspectiva remete ao reconhecimento dos Direitos Humanos como sendo permeáveis e modificáveis temporal, espacial e culturalmente, ao mesmo tempo em que evidencia a responsabilidade social para a efetivação da garantia da *dignidade da pessoa humana*, num contexto coletivo.³⁷

³⁷ HERRERA FLORES, Joaquín. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos**: os Direitos Humanos como produtos culturais. Tradução e Revisão: Luciana Caplan; Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 14.

Na sociedade líquida da modernidade, pelas características anteriormente expressas, o fato de se reconhecer que os Direitos Humanos são construções sociais e não verdades absolutas, pressupõe se ter presente a temporalidade e a espacialidade em que estes estão absorvidos. Este entendimento, embora pareça ser simples, tem encontrado enormes dificuldades, uma vez que o olhar hegemônico é de que os Direitos Humanos partem de um pressuposto essencialista, gerando, muitas vezes, sua imposição sob o vértice de uma *racionalidade centrada*. Essa forma de pensamento centrado, explicitada nas teorias de Jacques Derrida, é baseada no iluminismo que defende a ideia da existência de uma *grande luz*, que iluminaria realidades que se encontram na escuridão ou, então, se fundamenta no raciocínio dedutivo e hipotético da existência de um *grande pai*, iluminado e com poderes soberanos, capaz de proteger sua prole e, ao mesmo tempo, indicar o caminho correto a seguir e controlar se seus filhos e filhas estão, realmente, cumprindo seus planos.³⁸

Além dos problemas elencados neste artigo acerca da influência da sociedade líquida nas relações humanas e, por conseguinte, no reconhecimento e aplicabilidade dos Direitos Humanos, o raciocínio ocidental centrado acerca destes gera, constantemente, um cenário de imposição dos Direitos Humanos a outras nações não ocidentais, sob o argumento de serem verdades absolutas, incontestáveis e, portanto, que devem ser cumpridas. Tais posicionamentos frente à imposição dos Direitos Humanos gera uma afronta à pluralidade e à diversidade existente entre os povos, desconsiderando a historicidade espacial e temporal dos Direitos Humanos.³⁹ Garantir a construção de uma racionalidade descentrada e paradoxal pressupõe romper com a lógica dualista e binária defendida pelas teorias essencialistas. Mesmo devendo-se ter o cuidado para com aspectos temporais, históricos e locais quando se debate os Direitos Humanos, é preciso considerar também as singularidades da existência humana que perpassam a cultura, lançando um grande desafio para os Estados, que precisa ter presente que as pessoas necessitam tanto de concepções universais, quanto de específicas.⁴⁰

Também o filósofo político italiano, Norberto Bobbio, disserta nesta perspectiva histórica dos Direitos Humanos, quando refere o plano histórico da modernidade como alicerce para os Direitos Humanos, uma vez que esses são resultado de conflitos e de problemas sociais, assim como da busca por uma sociedade democrática e pacífica.⁴¹ A historicidade está impregnada nas

³⁸ DERRIDA, Jacques. *Gêneses, genealogias, gêneros e o gênio*. Porto Alegre: Sulina, 2005.

³⁹ HAHN, Noli Bernardo; ANGELIN, Rosângela. Contribuição dos Movimentos Feministas para a cultura dos Direitos Humanos mediante a perspectiva da racionalidade descentrada. p. 65-78. In: SANTOS, André Copetti; HAHN, Noli Bernardo; ANGELIN, Rosângela (Coord.). **Polícromias da Diferença**: Inovações sobre Pluralismo, Direito e Interculturalidade. Curitiba: Juruá, 2015, p. 70.

⁴⁰ BAUMAN, Zygmunt. **A Arte da Vida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009, p. 76-77.

⁴¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 01

diversas fases dos Direitos Fundamentais: inicialmente, serviram de proteção individual, em especial, de integridade física, contra arbitrariedades do Estado e de terceiros. Porém, frente à ascensão do modo de produção capitalista e a desmedida exploração da força de trabalho, os Direitos Fundamentais individuais e a igualdade jurídica formal já não respondiam às necessidades e problemas de cunho social, gerados em especial na seara do mundo do trabalho, que buscava uma igualdade também no âmbito econômico-social.⁴² Assim, a versão social do Estado Moderno, criada a partir das Constituições Mexicana (1917) e de Weimar (1919), foi resultado da pressão dos movimentos sociais que lograram garantir direitos de caráter social (proteção do trabalho, previdência, saúde, educação, entre outros). Tais direitos requisitaram a prestação positiva do Estado para sua efetivação, através da criação de leis e da implementação de políticas públicas. Na atualidade, agregando o rol dos direitos individuais, coletivos e sociais, foram positivados os Direitos Fundamentais difusos (direito ao meio ambiente saudável, à democracia, à paz).

Na atual conjuntura de uma sociedade líquida, em que se encontram os Direitos Humanos, é imprescindível o papel que os Estados Democráticos de Direito podem desenvolver na sua promoção, uma vez que um dos seus princípios fundantes é a garantia da *dignidade da pessoa humana*. Exemplo disso foi o poder constituinte originário que, ao criar a Constituição Federal de 1988 (CF/1988), elegeu a *dignidade da pessoa humana* como um fundamento central do Regime Democrático assumido (Artigo 1º, inciso II, CF/1988). Além disso, não se pode olvidar que, ao mesmo tempo, o Artigo 3º desta Constituição enfatiza a promoção da justiça social, o respeito à diversidade, a promoção do desenvolvimento econômico, humano, social e ambiental, bem como erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais, ou seja, remete a ações concretas propiciadoras da dignidade. Neste contexto, é importante se ter presente que, mesmo diante do acima constatado como fundamento do Estado Democrático brasileiro e a criação de ordem exaustiva e aberta de Direitos Humanos, houve outra escolha constitucional que, de certa forma, colide com o acima exposto: optou-se pela ordem econômica voltada ao modo de produção capitalista intervencionista. Evidente se torna o fato de que esta Constituição reflete as relações de poder existentes naquele momento histórico e, por isso, muitas vezes se encontram colisões de princípios constitucionais. Por conseguinte, é possível ocorrer casos ações ou omissões do Estado contraditórias à dignidade da pessoa humana,⁴³ fato esse dado a partir da hermenêutica utilizada para resolver algum conflito ou tomar alguma decisão.

⁴² SCHAPER, Valério Guilherme. O humano em questão: os direitos humanos como proposta social. In: VIOLA, Solon Eduardo Annes; ALBUQUERQUE, Marina Z. de (Orgs.). **Fundamentos para educação em direitos humanos**. São Leopoldo: Sinodal/EST, 2011, p. 64.

⁴³ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3. ed. Saraiva: São Paulo, 2009, p. 320; 323.

Embora os Estados Modernos ocidentais tenham previsto em seus ordenamentos jurídicos Direitos Humanos/Fundamentais de cunho individuais, coletivos e sociais, eles seguem ideologias liberais que, no decorrer da história, foram sendo fortalecidas pela globalização econômica, a qual acaba refletindo em aspectos econômicos e culturais e definindo padrões de consumo, de bens e de serviços. Kathryn Woodward lembra a promessa inicial apregoada pela globalização de possibilitar a construção de identidades mais homogêneas, como forma de diminuir as diferenças e criar um processo de hibridação cultural, o que, de fato, ocorreu, mas de forma bastante unilateral.⁴⁴ Diante da rápida modernização, aliada ao mundo do livre mercado, da livre circulação financeira, um grande contingente de pessoas supérfluas foi criado, as quais perderam o seu sustento e foram obrigadas a se deslocar, a deixar locais onde estavam para se refugiar, transformando-se em imigrantes econômicos, representando tanto a fragilidade, quanto a precariedade a que estão envolvidos.⁴⁵

Alain Touraine aponta para a capacidade do processo de globalização em criar uma sociedade de massa, unida pela circulação de bens de consumo materiais e culturais entre países econômica e culturalmente distintos.⁴⁶ E essas formas de intervenções da globalização não primam por gerar novas formas de relações com o espaço e o tempo.

Néstor Garcia Canclini, antropólogo latino-americano, denuncia que a globalização criou um aprofundamento das desigualdades sociais preexistentes, gerando um aumento da distância entre os países mais ricos e os demais. Tal situação abrange um desequilíbrio econômico, cultural e social nos países pobres, ocasionando o enfraquecimento do comércio local e o fechamento de empresas menores por não conseguirem competir com grandes empresas.⁴⁷ É evidente que o processo de globalização tem sido excludente, em especial em questões econômicas, gerando a marginalização de elevada parte da população mundial, negando-lhes, por decorrência, o acesso a meios que garantam a dignidade da pessoa humana, bem como a Direitos Humanos básicos, aumentando e evidenciando as diferenças e desigualdades entre os países.

Em que pese o fato de que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) relacione e procure colocar no mesmo patamar direitos civis, econômicos, sociais e culturais, é evidente que a positivação destes não garantiu e nem garante a solução dos problemas que motivaram sua criação, por motivos de impossibilidade financeira do Estado e/ou pela falta de empenho deste.

⁴⁴ WOODWARD, Kathryn. Identidade e Diferença: uma introdução teórica e conceitual. In: SILVA, Tomaz Tadeu da. (Org.). **Identidade e Diferença: a perspectiva dos Estudos Culturais**. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 21-22.

⁴⁵ BAUMAN, Zygmunt. **A Arte da Vida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009, p. 79-80.

⁴⁶ TOURAINE, Alain. **Iguais e diferentes**. Poderemos viver juntos? Petrópolis: Vozes, 1999.

⁴⁷ CANCLINI, Néstor García. **Diferentes, desiguais e desconectados: mapas da interculturalidade**. Tradução: Luiz Sérgio Henriques. 3. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2009, p. 244.

Para Joaquín Herrera Flores⁴⁸, a efetivação dos direitos individuais é menos complexa, pois não requerem tarefa fácil, pois, na sua maioria, não dependem de intervenção alheia, enquanto que, no que diz respeito aos direitos sociais, a atuação do Estado é decisiva e não se pode olvidar que este sofre influências das leis do mercado, conforme destaca:

É algo paradoxal essa relação entre mercado capitalista e direitos humanos [...] Vivemos num mundo no qual as relações sociais que o capital impõe globalizaram-se através de tecnologias, de intervenções culturais e de novas formas de colonização econômicas. [...] Desse modo, diante da globalização econômica, necessita-se de respostas desde a globalização dos direitos da cidadania e dos povos.⁴⁹

Diante da constatação de que o poder econômico tomou espaços do poder político, Herrera Flores destaca a necessidade da busca contínua pela efetivação dos Direitos Humanos, intensificando as lutas em torno do poder hegemônico global que favorece o capital em detrimento aos seres humanos, situação essa intensificada através da ideologia do individualismo e da competição que transforma a sociedade em um espaço de relações líquidas e, a partir disso, foca-se em mudanças sociais, garantidoras de uma vida boa, a partir de uma análise dos Direitos Humanos como direitos voltados para toda a coletividade, capazes de construir novas formas de relações sociais, mais humanizadoras e humanizantes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Abordar Direitos Humanos pressupõe adentrar em uma seara repleta de complexidade envolta nas relações sociais e, ao mesmo tempo, nas relações de poder, uma vez que as realidades são mutantes e fluídas. A modernidade, aliada a globalização, proporcionaram avanços eméritos, porém, ao mesmo tempo, a ideologia liberal e as novas tecnologias têm propiciado uma dinâmica de afastamento dos seres humanos, em especial, por conta do individualismo dominante. Essa característica, por vezes se reflete no próprio debate dos Direitos Humanos, quando se pressupõe que os direitos individuais, apregoados nas Constituições, possuem caráter absoluto, fundamentando comportamentos individuais capazes de desconsiderar a existência do “outro” que convive no mesmo espaço social.

⁴⁸ HERRERA FLORES, Joaquín. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos**: os Direitos Humanos como produtos culturais. Tradução e Revisão: Luciana Caplan; Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

⁴⁹ HERRERA FLORES, Joaquín. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos**: os Direitos Humanos como produtos culturais. Tradução e Revisão: Luciana Caplan; Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 63-64.

Fruto dessas concepções de vida em sociedade é que surgem inúmeros conflitos, insegurança, medo, desigualdades sociais, econômicas e culturais, e afastamento entre as pessoas que passam a se tratar, muitas vezes como inimigas ou, a desprezar, invisibilizar, excluir e/ou até mesmo exterminar quem é diferente e não se “enquadra” nos padrões da sociedade almejada. A fragilidade em que se encontram expostas as relações humanas denotam uma forma de organização da sociedade, que prima pelo individualismo e a liquidez em detrimento da solidariedade humana, fazendo com que uma das maiores dificuldades encontradas seja compreender e exercitar a alteridade.

Os Direitos Humanos, como instrumento de promoção da “dignidade da pessoa humana”, tem como finalidade propiciar garantias materiais e subjetivas para alcançar este fim. Mas será que todas as pessoas que convivem nas sociedades pós-modernas têm acesso aos Direitos Humanos, ou até mesmo, são consideradas e tratadas como “humanas”? Ao que parece, para uma elevada parcela da sociedade, Direitos Humanos são apenas palavras lançadas ao vento que, a cada dia mais se afastam de seu objetivo. Análises dos Direitos Humanos baseadas na racionalidade centrada e individualista têm gerado mais conflitos e desigualdades do que agregado as pessoas. Os direitos e as liberdades das pessoas, embora pertencentes ao âmbito da individualidade de cada um, precisa ser discutido e normatizado a partir de debates coletivos. Somente assim se garantirá uma amplitude maior de vida boa e, conseqüentemente, um maior acesso aos Direitos Humanos e à democracia.

Retirar os Direitos Humanos do mundo metafísico é tarefa árdua e até certo ponto incerta diante das estruturas sociais, culturais e econômicas desiguais, uma vez que são desafiados a suprir as carências individuais, coletivas e sociais de uma sociedade que tem perdido, gradativamente, a capacidade de viver em coletividade. Eles ensejam a propositura de ações concretas em prol da dignidade das pessoas, tanto por parte do Estado, quanto da sociedade civil. Tal contexto remete a urgente necessidade de um câmbio de perspectivas de pensar os Direitos Humanos, resgatando e enfatizando o respeito à diversidade e a outros elementos que garantam a dignidade humana, como a redistribuição de renda. Ressignificar e garantir a efetividade dos Direitos Humanos neste contexto social não é uma tarefa fácil, nem tampouco impossível de ser realizada. Garantir a liberdade, a igualdade, o respeito à diversidade e a dignidade das pessoas exige alteridade, transformação cultural, social, econômica e adequação dos marcos jurídicos estatais.

REFERÊNCIAS

APPIAH, K. Anthony. Identidade, Autenticidade e Sobrevivência: sociedades multiculturais e reprodução Social. In: TAYLOR, Charles (Org.). **Multiculturalismo: Examinando a política de reconhecimento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 165-183.

- BATISTA, Vera Malaguti. **O Medo na Cidade do Rio de Janeiro**. Dois Tempos de uma História. 2. ed. Rio de Janeiro: editora Revan, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. **A Arte da Vida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. **A Cultura no Mundo Líquido Moderno**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2013.
- BAUMAN, Zygmunt. **A Sociedade Individualizada**. Vidas Contadas e Histórias Vividas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.
- BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**. A Busca por Segurança no Mundo Atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e Medo na Cidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009b.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**. As Consequências Humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.
- BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008b.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-estar da Pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.
- BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009c.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vidas Desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005b.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; STRECK, Lênio Luiz. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/-Constituicao.htm>. Acesso em: 08 jul. 2016.
- BUBER, Martin. **Sobre Comunidade**. São Paulo: Perspectiva, 2008.

CANCLINI, Néstor Garcia. **Diferentes, desiguais e desconectados**: mapas da interculturalidade. Tradução: Luiz Sérgio Henriques. 3. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2009.

CASTEL, Robert. **La Inseguridad Social**. ¿Qué es estar protegido? Buenos Aires: Manantial, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e a teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DERRIDA, Jacques. **Gêneses, genealogias, gêneros e o gênio**. Porto Alegre: Sulina, 2005.

ETZIONI, Amitai. **La Nueva Regla de Oro**. Comunidad y Moralidad en una Sociedad Democrática. Barcelona: Paidós, 1996.

FROMM, Erich. **Ter ou Ser?** Trad. Nathanael T. Caixeiro. Rio de Janeiro: LTC, 2014.

GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1991.

HAHN, Noli Bernardo; ANGELIN, Rosângela. Contribuição dos Movimentos Feministas para a cultura dos Direitos Humanos mediante a perspectiva da racionalidade descentrada. p. 65-78. In: SANTOS, André Copetti; HAHN, Noli Bernardo; ANGELIN, Rosângela (Coord.). **Policromias da Diferença**: Inovações sobre Pluralismo, Direito e Interculturalidade. Curitiba: Juruá, 2015.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos**: os Direitos Humanos como produtos culturais. Tradução e Revisão: Luciana Caplan; Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

KAFKA, Franz. **A Metamorfose**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MARTINS, José de Souza. **Exclusão social e a nova desigualdade**. São Paulo: Paulus, 1997.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SCHMIDT, João Pedro. Comunidade e comunitarismo: considerações sobre a inovação da ordem sociopolítica. In: **Ciências Sociais Unisinos**. São Leopoldo, Vol. 47, N. 3, p. 300-313, set/dez 2011.

SCHAPER, Valério Guilherme. O humano em questão: os direitos humanos como proposta social. In: VIOLA, Solon Eduardo Annes; ALBUQUERQUE, Marina Z. de (Orgs.). **Fundamentos para educação em direitos humanos**. São Leopoldo: Sinodal/EST, 2011.

SILVA, Braulio; MARINHO, Frederico Couto. Urbanismo, desorganização social e criminalidade. *In*: LIMA, Renato Sérgio de Lima; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Orgs.). **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014, p. 71-85.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Fundamentos Políticas da Mediação Comunitária**. Ijuí: editora Unijuí, 2012.

TOURAINÉ, Alain. **Iguais e diferentes**. Poderemos viver juntos? Petrópolis: Vozes, 1999.

WOODWARD, Kathryn. Identidade e Diferença: uma introdução teórica e conceitual. *In*: SILVA, Tomaz Tadeu da. (Org.). **Identidade e Diferença**: a perspectiva dos Estudos Culturais. Petrópolis: Vozes, 2013.

*** Submetido em: 1 jun. 2017. Aceito em: 16 jan. 2018.**



A PESQUISA JURÍDICA EM UM CONTEXTO PÓS-MODERNO: UMA ABORDAGEM SOCIOLÓGICA

*Maria Vital da Rocha**
*Lara Dourado Mapurunga Pereira***

Resumo

Este trabalho visa apresentar alguns dos problemas enfrentados pela pesquisa jurídica no contexto da pós-modernidade. Para tanto, inicialmente explora-se a modernidade e sua posterior derrocada para um contexto pós-moderno, no qual os paradigmas relativos à ciência, razão e o progresso mudam, não sendo mais possível aceitar uma verdade universal que atenda a todas as sociedades. Segue-se, então, os desafios e as perspectivas para a pesquisa jurídica em um cenário pós-moderno. Nesse contexto, aborda-se os problemas relativos à linguagem jurídica, à “parece-rização” dos escritos jurídicos e ao número incipiente de pesquisadores em regime de dedicação exclusiva.

Palavras-chave

Pós-modernidade; Pesquisa jurídica; Ciência.

LAW RESEARCH IN A POST-MODERN CONTEXT: A SOCIOLOGICAL APPROACH

Abstract

This paper aims to present some of the problems faced by the legal research in a post-modern context. For this purpose, initially modernity is following debacle to a post-modern context, in which the paradigms related to science, reason and progress have change, so it's not possible to accept an universal truth which serves all societies anymore. Hereinafter, we talk about the challenges and the perspectives of law research in a post-modern scenery. In this context, we approach the problems related to the juridical language, similarity of the legal writing to a legal opinion and the incipient number of researchers under exclusive dedication.

Keywords

Post-modernity; Law Research: Science.

* Pós-Doutoranda em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (clássica). Professora Adjunta de Direito Civil, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Professora Titular do curso de graduação em Direito da Faculdade 7 de Setembro. Procuradora Federal (Advocacia Geral da União).

** Mestranda em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Discente-coordenadora do Grupo de Estudos em Direito Processual Civil da UFC. Advogada.

1. INTRODUÇÃO

O momento atual, a segunda década do século XXI, é caracterizado pela indefinição em diversos campos. A pós-modernidade trouxe relevante mudança de concepção com relação à prevalência do método científico como o único apto para a produção de conhecimento e ao mérito da razão como forma de atingir a verdade, que não pode mais ser considerada um conceito universalizado, ou seja, não possui uma definição homogênea. Nesse contexto, a pesquisa jurídica passa por transformações, principalmente com relação às metodologias e os critérios para aferir sua cientificidade.

Como conceitos-chave para este estudo, temos a modernidade, a pós-modernidade e a pesquisa jurídica. O primeiro corresponde a uma corrente de pensamento na qual prevalece a relevância da ciência, da razão e do progresso –que trazem a ordem –, tendo como consequência lógica a existência de uma verdade universal. A pós-modernidade, por sua vez, é entendida como um contexto sociológico em que o mundo se encontra atualmente, no qual imperram a liquidez dos conceitos e a ruptura com os marcos da modernidade, além da rejeição a concepção de apenas uma verdade possível, gerando insegurança e indeterminação. Por fim, a pesquisa jurídica desenvolve e produz conhecimento em relação à ciência do Direito, mas também analisa e revê o que já foi produzido, garantindo, assim, que as verdades anteriormente encontradas sejam constantemente submetidas a procedimentos de falseabilidade.

Pretende-se, portanto, fazer uma abordagem sobre a pesquisa jurídica tendo em vista as mudanças de paradigma trazidas pela pós-modernidade, contexto no qual apreciaremos os problemas relativos à linguagem jurídica, à “parecerização” da pesquisa e à falta de pesquisadores em regime de dedicação exclusiva.

O estudo ora proposto será desenvolvido por meio da análise bibliográfica, tanto no âmbito nacional quanto no internacional, de títulos atinentes à matéria. As fontes de pesquisa a serem utilizadas serão, basicamente, livros, dissertações de mestrado, teses de doutorado, artigos científicos e publicações em periódicos cujos temas sejam relacionados àqueles abordados neste artigo.

Assim, o presente artigo é dividido de modo a contemplar, em seu primeiro tópico, o pensamento moderno, suas características e as razões que levaram a sua consequente derrocada. A seguir, tratar-se-á da pós-modernidade e da mudança de paradigmas que esta trouxe em relação às artes, à ciência e ao direito. Por fim, serão apreciados os desafios e perspectivas relativas à pesquisa jurídica no contexto da pós-modernidade.

2. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS SOBRE A MODERNIDADE

Os historiadores – para facilitar a sistematização dos fatos e, consequentemente, seu estudo – dividem a História do mundo em períodos. São eles a Pré-História, a Idade Antiga, a Idade Moderna e a Idade Contemporânea. É neste último período que concentraremos nosso estudo, o qual apresenta como marco inicial a Revolução Francesa de 1789.

A Idade Contemporânea abriga, em seu início, os ideais iluministas da prevalência da razão e da busca pela acumulação do saber¹, por meio da ciência, que floresceu nos mais diversos ramos. Esse período também trouxe a ideia de progresso, materializado pelos constantes avanços na produção de bens e serviços, com as revoluções industriais ocorridas desde o século XVIII até hoje.

O pensamento moderno se desenvolveu nesta era, tendo como pilares a razão, a ciência e o progresso, trazendo como consequências lógicas a certeza e a verdade. Trata-se da união de várias forças constitutivas, para seguir em uma direção, de forma ordenada². O Direito é uma ciência eminentemente moderna, por seu caráter formal, secular, positivista e racional³.

Anthony Giddens aponta que a modernidade, muito mais dinâmica que as ordens sociais preexistentes, comporta as seguintes ideias: a intervenção humana como força motriz da transformação; existência de um complexo de instituições econômicas, principalmente o capitalismo e a expansão da produção industrial; presença de instituições políticas, como o Estado nacional e a democracia de massa⁴.

A modernidade pode ser também concebida como um projeto, que se utilizava do conhecimento para atingir a organização e o controle do Mundo. Em Bauman, trata-se de um projeto de ordem, que buscava “conhecer para controlar e utilizar em favor dos homens”. Para Adorno e Hockheimer, o projeto da modernidade visava a libertação do homem das amarras da natureza,

¹ GRESPLAN, Jorge. **Revolução Francesa e Iluminismo**. São Paulo: Contexto, 2003, p. 15-16.

² PLATSAS, Antonios E., *Cosmopolitan Law in the Postmodern World*. In: YASIN, E. (ed), **April XVI International Scientific Conference on the Problems of Economic and Social Development**, vol 1. – XVI, 2016. Disponível: <https://ssrn.com/abstract=2766285>. Acesso em: 20 Jun. 2017, p. 855

³ PLATSAS, Antonios E., *Cosmopolitan Law in the Postmodern World*. In: YASIN, E. (ed), **April XVI International Scientific Conference on the Problems of Economic and Social Development**, vol 1. – XVI, 2016. Disponível: <https://ssrn.com/abstract=2766285>. Acesso em: 20 Jun. 2017, p. 860

⁴ GIDDENS, Anthony, PIERSON, Christopher. **Conversas com Anthony Giddens: o sentido da modernidade**. Tradução: Luiz Aberto Monjardim. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2000, p. 73.

que acabava gerando a dominação do homem pelo homem⁵. Para Habermas, é um projeto inacabado⁶.

A derrocada do pensamento moderno iniciou-se com a constatação de que, apesar da crença na possibilidade de determinação da verdade, do justo e do certo, não se conseguia fazê-lo de modo objetivo para todas as pessoas (não se conseguir determinar uma verdade/certeza/justiça universal). A humanidade clama pela resposta da questão: quem determinaria o que é verdadeiro, justo ou certo? O escolhido para tanto se sobreporia ao resto da população, passando a dominá-la⁷. Disto, com o fito de evitar uma dominação cultural e social de um grupo sobre os demais, vem o pós-modernismo, com suas ideias de incerteza e relativismo.

3. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PÓS-MODERNIDADE

Importante estudo sobre a pós-modernidade foi realizado por Jean-François Lyotard, na obra “A condição pós-moderna”. O autor francês caracteriza a pós-modernidade como o período em qual cessa a crença em uma - ou algumas poucas - narrativas ou discursos para legitimar as atitudes humanas⁸, como ocorreu com o uso da religião durante a Idade Média.

O termo é objeto de dissenso pelos sociólogos. Ulrich Beck trata da Modernidade reflexiva, que significa a possibilidade de (auto)destruição criativa da era da sociedade industrial⁹. Já Giddens prefere falar em Modernidade Radicalizada¹⁰. Como todos os conceitos sob a tônica pós-moderna se confundem, há a demonstração de que a indefinição inerente a pós-modernidade ocorre até em sua denominação.

⁵ MOCELLIM, Alan. A questão da identidade em Giddens e Bauman. **Em Tese**, v. 5, n. 1, p. 1-31, maio 2010. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/emtese/article/view/13443>>. Acesso em: 20. jun. 2017. pp. 4-5

⁶ HABERMAS, Jürgen. Arquitetura moderna e pós-moderna; Modernidade: um projeto inacabado. In: ARANTES, Otília Beatriz Fiori & Paulo Eduardo. **Um ponto cego no projeto estético de Jürgen Habermas: arquitetura e dimensão estética** depois das vanguardas. São Paulo, Brasiliense, 1992.

⁷ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Fundamentos do ordenamento jurídico: liberdade, igualdade e democracia como premissas necessárias à aproximação de uma justiça possível (2009). 268f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) Universidade de Fortaleza. Fortaleza, 2009, p. 74.

⁸ LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Tradução: Ricardo Corrêa Barbosa. 12. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009, *online*.

⁹ BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich. GIDDENS, Anthony. LASH, Scott. Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução: Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997, p. 12

¹⁰ ADELMAN, Miriam. Visões da Pós-modernidade: discursos e perspectivas teóricas. **Sociologias**, n. 21, p. 184-217, Jun. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222009000100009&lng=en&nrm=iso. Acesso em 20 Jun. 2017, p. 186

Há uma ideia de fluidez dos conceitos e rompimento com os marcos da modernidade, além da rejeição a ideia de apenas uma verdade possível. Não existiria mais certeza. Assim, o mundo pós-moderno é caracterizado pela insegurança e pela indeterminação, trazidas pelo caos^{11,12}. Parecem se perder, também, as divisões estanques entre o público e o privado, que, com o advento das redes sociais, se mostram cada vez mais interligados.

Com o pós-modernismo, constata-se que a razão, a ciência e o progresso, sustentáculos do pensamento moderno, nem sempre podem ser considerados positivos. O “progresso” gera o excesso de produção e busca desenfreada pelo lucro, o que leva às crises do capitalismo, gera poluição e degradação do meio ambiente, em geral, e subjuga os trabalhadores e demais subalternos dos empresários detentores dos meios de produção. A razão e a ciência, que por muitas vezes têm sua utilização voltada para o bem comum, também podem ser voltadas para a destruição da humanidade, como no caso do Holocausto, em que os alemães estudaram cientificamente as formas mais eficientes para a eliminação do maior número possível de judeus, ciganos e demais minorias, durante a II Guerra Mundial.

São esses alguns dos “defeitos” apresentados pelos pilares da modernidade, ensejando o surgimento da pós-modernidade, com a ruptura e o posterior reexame desses conceitos, anteriormente considerados como sustentáculo de toda uma corrente de pensamento.

A pós-modernidade abarca várias atividades humanas, como as artes, a ciência e o direito. As artes, nas suas mais variadas formas, trazem o viés sensível da sociedade, o qual absorveu primeiramente a tônica pós-moderna. No contexto das artes plásticas, a pós-modernidade fornece as seguintes características: tratamento irônico de um objeto fragmentado, quebra da hierarquia entre as artes *high* e *low*, e a desvalorização dos conceitos de autenticidade e originalidade, com ênfase na imagem e no espetáculo. Além disso, há um maior destaque para a figura do observador da obra de arte, sendo ele considerado também como um ente que pode construir o significado do trabalho feito pelo artista¹³.

As obras de arte de estilo pós-moderno em sua maioria, proporcionam uma postura ativa do apreciador. Isso também se dá na literatura, que no viés

¹¹ PLATSAS, Antonios E., *Cosmopolitan Law in the Postmodern World*. In: YASIN, E. (ed), **April XVI International Scientific Conference on the Problems of Economic and Social Development**, vol 1. – XVI, 2016. Disponível: <https://ssrn.com/abstract=2766285>. Acesso em: 20 Jun. 2017, p. 859.

¹² Sobre as teorias do caos e da complexidade. Cf. MORIN, Edgar. **O problema epistemológico da complexidade**. 2. ed. Lisboa: Europa-América, 1996.

¹³ The Art Story. *Postmodern Art*. Disponível em: <http://www.theartstory.org/definition-postmodernism.htm>. Acesso em: 19. Jun. 2017.

pós-moderno abusa do uso da metalinguagem. A ficção não intenciona se passar por real e tenta trazer o leitor para dentro da história, no papel do personagem leitor, como pode ser atestado em “Cidades Invisíveis”, de Italo Calvino, obra na qual o autor conta as histórias de viagem de Marco Polo, durante o século XIII. O personagem tinha o objetivo de montar um império com base nos relatos sobre como eram os locais por quais tinha passado, todos imaginários.

No campo científico, há uma dissociação da Ciência Moderna concebida no século XVI, surgida para questionar os dogmas impostos pela religião à época. Contudo, para Paul Feyerabend¹⁴, atualmente a própria excelência da ciência é um dogma, pois é inquestionada. O autor faz uma crítica ao ar de superioridade da ciência e do racionalismo e aponta dogma do potencial que a ciência teria de explicar tudo. O autor entende, ainda, que, em uma sociedade livre, a ciência não pode ser automaticamente preferida sobre outros tipos de conhecimento ou outras tradições. Cada indivíduo deverá ter a quantidade de informações necessárias para que se chegue a uma decisão livre, que seja mais adequada para si¹⁵.

Assim, Feyerabend propõe um anarquismo metodológico, que consiste na não existência de um método único e universal para se produzir o conhecimento (no caso, o método científico), sendo necessário que as diversas formas de conhecimento utilizem a metodologia mais adequada ao objeto que será analisado. A abordagem para a escolha do método a ser utilizado, portanto, deveria ser pragmática¹⁶.

Boaventura de Sousa Santos trata de outra situação que também foi uma das questões causadoras do colapso do paradigma dominante da modernidade, principalmente com relação as ideias de autonomia da ciência e do desinteresse do conhecimento científico: a industrialização da ciência¹⁷

A industrialização da ciência, nas sociedades capitalistas e mesmo nas sociedades socialistas do leste europeu, especialmente nas décadas de trinta e quarenta, provocou o compromisso da ciência com centros de poder econômico, social e político. Assim, era produzida uma ciência de acordo com os desejos de cada centro de poder, destruindo a ideia de conhecimento científico desinteressado.

¹⁴ FEYERABEND, Paul. **A ciência em uma sociedade livre**. Tradução de Vera Joscelyne. São Paulo: Unesp, 2011, p. 92.

¹⁵ CHALMERS, A. F. **O que é ciência afinal?** Tradução de Raul Filker. Brasília: Editora Brasiliense, 1993, *online*.

¹⁶ FEYERABEND, Paul. **Contra o método**. Tradução: Cezar A. Mortari. São Paulo: Ed. UNESP, 2007, *online*.

¹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 6.ed. São Paulo: Cortez, 2009, *online*.

Além disso, a industrialização da ciência se manifesta não apenas na aplicação da ciência, mas também na própria ordenação da investigação científica. Essa organização, ao ter maiores influências do poder econômico, social e político sofreu mudanças que culminaram em uma estratificação da comunidade científica¹⁸, o que realça traços de autoridade e expande as desigualdades nas relações de poder entre os cientistas, proletarizando os menos influentes.

No Direito, o marco inicial da jurisprudência pós-moderna é o reconhecimento de que a legalidade nesse contexto desafia tanto o positivismo quanto a moralidade. A desconstrução, efeito da pós-modernidade, se utiliza dos conceitos, da argumentação e do caráter intertextual das leis, para quebrantar a tradição positivista de legalismo e de literalidade¹⁹. O direito, portanto, deve atentar não mais para a legalidade estrita, mas às particularidades de cada cultura, reconhecendo que cada povo, de acordo com seu contexto social, tem a capacidade de reconhecer e de distinguir o lícito do ilícito.

Desse modo, o relativismo é dos pilares da pós-modernidade no âmbito do direito²⁰. Segundo este panorama, cada cultura e cada cidadão tem uma forma própria de ver o mundo e de se portar em suas relações com os demais membros da sociedade. Essa visão deve ser levada em consideração, sendo rejeitada pelo pós-modernismo a existência uma apenas percepção unívoca e válida do mundo, que deva ser imposta a toda a sociedade. A pós-modernidade afetou a crença em uma universalidade do direito ou em uma equidade ideal²¹.

Não poderia haver, portanto, em se tratando de pós-modernismo, apenas “a teoria da justiça”, mas várias teorizações desse conceito, de acordo com as realidades de cada sociedade. Resta a questão: haveria um núcleo duro, imutável, essencial para que uma decisão ou situação seja considerada justa, em cada uma dessas teorizações? Ou o conceito de justiça possui uma fluidez que não permite a fixação de critérios para a sua conceitualização, sendo possível que estes sejam integralmente redefinidos ou modificados a cada nova teoria apresentada?

¹⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 6.ed. São Paulo: Cortez, 2009, *online*.

¹⁹ DOUZINAS, Costas. Law and justice in postmodernity. In: CONNOR, Steven. **The Cambridge companion to postmodernism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 202.

²⁰ Referido por Susan Haack como multiculturalismo filosófico. HAACK, Susan. **Manifesto de uma moderada apaixonada**. Ensaios contra a moda irracionalista. Tradução de Rachel Herdy. Rio de Janeiro: Loyola, 2011, pp. 219-232.

²¹ DOUZINAS, Costas. Law and justice in postmodernity. In: CONNOR, Steven. **The Cambridge companion to postmodernism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 196.

Essa eterna indefinição, com relação a tudo, é a principal crítica sofrida pelo modernismo. Sokal e Bricmont²² apontam para o fato de as elaborações teóricas de tal corrente não serem fundadas provas empíricas, bem como para relativismo, que considera ciência uma narração, um mito.

O pós-modernismo, ainda, permitiria que cientistas os quais não possuem domínio da matemática, da física, das ciências naturais utilizassem conceitos caros a tais ciências de forma errônea - fora do contexto ou sem sentido- e sem qualquer justificação empírica ou conceitual, somente para conferir maior cientificidade às suas proposições, o que, na visão de Sokal e Bricmont, tratar-se-ia de um abuso²³.

Já Antônio Maia e Renato Oliveira, apresentam a tese de que o pós-moderno representaria, na verdade, a insuperabilidade do capitalismo, não consistindo, portanto, em uma nova teoria, mas apenas uma lógica que legitima o estado hodierno do capitalismo²⁴.

Reza Dibadi critica a incapacidade do pós-modernismo de articular um movimento para mudança social. Os seguidores de tal corrente apenas apontam as falhas da modernidade, mas não há um esforço coletivo para promover melhoras²⁵.

O autor sinaliza, também, que o pós-modernismo sofre de um mal infligido por ele mesmo: a utilização de jargões que pecam pela falta de clareza e, dessa forma, impedem uma consideração séria das ideias dessa corrente sociológica. Algumas palavras, usadas para impressionar, acabam beirando o absurdo²⁶. Quando essas palavras são combinadas em frases, o resultado é ainda mais tosco, impedindo o entendimento dos menos letrados no “dicionário da pós-modernidade”.

Um dos motivos para o uso dessa linguagem seria impedir que as pessoas fora de seu culto os compreendessem (“o que é totalmente contraproducente, pois, se esses autores desejam divulgar suas ideias e influenciar alguém com o que escrevem, uma escrita com vocabulário ininteligível não é o melhor caminho”)²⁷.

A outra razão para a utilização de uma linguagem rebuscada pelos autores pós-modernistas se baseia na ideia de que o estilo pós-moderno em si

²² SOKAL, Alan; ALAN; BRICMONT, Jean. **Imposturas Intelectuales**. Tradução de Joan Carles Guix Vilaplana. Barcelona: Paidós, 1999, *online*.

²³ SOKAL, Alan; ALAN; BRICMONT, Jean. **Imposturas Intelectuales**. Tradução de Joan Carles Guix Vilaplana. Barcelona: Paidós, 1999, *online*

²⁴ MAIA, Antonio Glaudenir Brasil.; OLIVEIRA, Renato Almeida. Marx e a crítica contemporânea à pós-modernidade. **Argumentos: Revista de Filosofia (Online)**, v. 1, p. 81-90, 2011, p. 88.

²⁵ DIBADI, Reza, Postmodernism, Representation, Law. **University of Hawaii Law Review**, Vol. 29, 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=966671>. Acesso em: 20. Jun. 2017, p. 386.

²⁶ DIBADI, Reza, Postmodernism, Representation, Law. **University of Hawaii Law Review**, Vol. 29, 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=966671>. Acesso em: 20. Jun. 2017, p. 384.

²⁷ DIBADI, Reza, Postmodernism, Representation, Law. **University of Hawaii Law Review**, Vol. 29, 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=966671>. Acesso em: 20. Jun. 2017, p. 385.

mesmo é feito para refletir um desafio ao discurso de clareza modernista. Contudo, o fato de o estudioso se opor ao modernismo não impede que faça suas críticas de modo claro e conciso²⁸.

Como exemplo da indefinição e da linguagem praticamente ininteligível trazida pela ciência pós-moderna, herdeira de uma anarquia metodológica, podemos mencionar o *Sokal Hoax* ou Caso Sokal escândalo ocorrido em 1996, quando o físico Alan Sokal, da Universidade de Nova York, publicou um artigo “fake” na revista *Social Text*, publicada pela imprensa da Universidade de Duke, na Carolina do Norte. A intenção de Sokal era fazer um experimento, para aferir se um periódico respeitado publicaria o que ele mesmo chamou de “artigo generosamente temperado com nonsense se (a) o artigo soasse bem e (b) o artigo exaltasse as concepções ideológicas dos editores.”²⁹

O artigo *Transgressing the Boundaries: Towards a Transformative Hermeneutics of Quantum Gravity* (Tradução Livre: “Transgredindo as fronteiras: em direção a uma hermenêutica transformativa da gravitação quântica”), era, na verdade, um embuste, permeado de jargões, referências bajuladoras e citações pomposas. O autor buscou estruturar o texto de modo a integrar as referências de matemáticos e físicos pós-modernistas mais toscas possíveis. Com a efetiva publicação, Sokal prova que, nesse caso, prevaleceu a ideologia (o texto foi publicado porque se tratava da era pós-modernista), pois o conteúdo, de fato, não fazia qualquer sentido.

4. A PESQUISA JURÍDICA EM UMA SOCIEDADE PÓS-MODERNA

Retomando uma das ideias expostas no tópico anterior, a linguagem utilizada nos escritos pós-modernos é um dos problemas enfrentados pela pesquisa jurídica atualmente. Vocábulos rebuscados, períodos longos e desconexos e o uso de expressões latinas ainda são vistos em várias pesquisas no âmbito do direito, o que diminui consideravelmente a compreensão do que está escrito e despontencializa o alcance da pesquisa, que ficará restrita a nichos muito específicos da sociedade.

Como aponta George Marmelstein, há ainda muitas publicações jurídicas que prezam pela linguagem truncada, com textos ininteligíveis. O autor

²⁸ DIBADI, Reza, Postmodernism, Representation, Law. **University of Hawaii Law Review**, Vol. 29, 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=966671>. Acesso em: 20. Jun. 2017, p. 386.

²⁹ SOKAL, Alan. A Physicist Experiments With Cultural Studies. Disponível em: http://www.physics.nyu.edu/faculty/sokal/lingua_franca_v4/lingua_franca_v4.html. Acesso em: 20. Jun. 2017.

tende a pensar que tais “juristas”, em sua grande parte, o fazem apenas para camuflar sua falta de conteúdo, tratando-se de impostores intelectuais³⁰.

A linguagem de um texto científico deve ser clara, de modo que qualquer pessoa familiarizada com o vocabulário específico relativo à ciência retratada possa entender as palavras utilizadas, embora não seja familiar com o conteúdo. Floreios e termos pomposos não auxiliam na compreensão do interlocutor, e o diálogo resta prejudicado.

O conteúdo deve ser exaltado, e a linguagem não pode ser a protagonista do texto, levando a que o leitor gaste mais tempo tentando entender o que está escrito do que refletindo sobre as ideias apresentadas. Trabalhos que seguem esse tipo de lógica são um desserviço para as ciências. É o abominável “escrever para não ser entendido”.

Contudo, faz-se necessário apontar que a falta de compreensão da linguagem jurídica pode, também, ser consequência de uma formação deficiente. A partir da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de 1996, houve um crescimento expressivo do número de cursos de Direito no país, pois foram criadas condições legais para a abertura de instituições de ensino superior com fins lucrativos³¹.

O Direito, por ser um dos cursos manutenção menos onerosa às faculdades e universidades, já que não necessita de equipamentos como laboratórios ou ambulatórios, é um dos preferidos, junto da Administração, pelos empresários que atuam na educação superior para figurar no rol de cursos ofertados. O Brasil, em 2013, possuía 1.149 cursos, com 770 mil matriculados.³²

Tal fato contribui para uma deficiência da formação dos estudantes, pois a criação de uma excessiva quantidade de cursos - apesar de democratizar o ensino da ciência jurídica, tornada acessível a mais pessoas - não foi acompanhada por um controle de qualidade rígido do ensino jurídico nessas instituições, o que pode ser constatado pelo alto grau de reprovação no Exame da

³⁰ MARMELSTEIN, George. Embromacionismo do metadiscurso neoconstrutivista: uma abordagem pós-sokaliana da intratextualidade jurídica. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2008/06/02/embromacionismo-do-metadiscurso-neoconstrutivista-uma-abordagem-pos-sokaliana-da-intratextualidade-juridica/>. Acesso em: 20. Jun. 2017.

³¹ Lei nº 9.394/1996

Art. 20. As instituições privadas de ensino se enquadrarão nas seguintes categorias:

I - particulares em sentido estrito, assim entendidas as que são instituídas e mantidas por uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas de direito privado que não apresentem as características dos incisos abaixo;

³² Exame da Ordem em Números – Vol. 3, Abril de 2016. Disponível em: http://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/oab_3_edicao_v4_web_espelhado.pdf. Acesso em: 3. Jul. 2017. p. 37-39

Ordem dos Advogados do Brasil, cuja aprovação habilita o bacharel à prática da advocacia³³.

A deficiência na formação também se reflete na compreensão dos textos jurídicos e em sua interpretação, pois muitos estudantes não conseguem ter familiaridade com o vocabulário específico relativo à ciência jurídica. Isso se dá pela prevalência em muitos cursos de um ensino voltado primariamente para o direito positivo, o que leva disciplinas essenciais para a formação jurídica, como a Teoria do Direito e a Hermenêutica, a serem deixadas em segundo plano, pelos alunos.

O ensino jurídico pós-moderno nos traz a perspectiva de uma mudança de paradigma. Enquanto que durante a modernidade se esperava que os professores apenas tivessem uma função de repassar as informações contidas nos livros, no contexto atual, faz-se necessário um ensino que permita a transferência de capacidades e habilidades voltadas à resolução de problemas. Diante deste quadro, José Garcez Ghirardi sinaliza que se faz necessária uma tomada de posição sobre a função social do ensino superior, ou seja, a razão de ser da Universidade³⁴.

Os alunos, em uma posição passiva, de mera recepção de conteúdo, não se animam para estudar e ir além do que o professor lhes expõe. O professor, sem o contraponto do aluno, se conforma em dar aquela mesma aula por semestres a fio. Essa desmotivação se agrava, ainda, pois vários dos alunos possuem outras ocupações além do curso superior, que demandam considerável parcela de seu tempo e de sua disposição para o estudo e o aprendizado.

Apesar dessa gana dos alunos por um ensino mais voltado para a prática, a pesquisa jurídica não pode ser relegada a um plano inferior. Ela é tão importante quanto à utilização da metodologia ativa, pois proporciona ao estudante um aprendizado que vai além da sala de aula, pois busca solucionar os problemas surgidos na prática jurídica por meio da investigação científica, construindo-se, assim, uma ciência do direito.

A pesquisa jurídica deve ser apresentada e incentivada aos alunos do curso de Direito desde a graduação, por meio de grupos de pesquisa e extensão e por plataformas como o Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) e o Programa Jovens Talentos para Ciência, da CAPES/CNPQ, os quais fornecem bolsas de auxílio aos jovens pesquisadores.

³³ A taxa de aprovação do II ao XVII Exame foi de 56%. Exame da Ordem em Números – Vol. 3, Abril de 2016. Disponível em: http://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/oab_3_edicao_v4_web_espelhado.pdf. Acesso em: 3. Jul. 2017. p. 54

³⁴ GHIRARDI, José Garcez. **O instante do encontro**: questões fundamentais para o ensino jurídico. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2012, p. 15.

Outro aspecto relevante a ser mencionado com relação aos problemas relativos à pesquisa em direito é a falta de cientificidade que muitos dos escritos apresentam. Muitos pesquisadores produzem verdadeiros pareceres, ao invés de trabalhos com caráter científico.

A “parecerização” dos escritos no direito banaliza a ciência jurídica, não só em razão da linguagem utilizada, mas também por lhes faltar a cientificidade inerente à pesquisa. Em um parecer, o objetivo é convencer o juiz de que o argumento apresentado é o mais correto. Para isso, só se costuma utilizar os argumentos favoráveis à tese defendida, sem se demonstrar os pontos de vista contrários, para explicar porque apenas aqueles devem prevalecer. A crença popular é a de que o procurador da parte não pode dar subsídios para que a outra supere suas teses.

Em um parecer, o autor realiza um mapeamento das fontes que corroboram com o entendimento que irá favorecer o cliente e a faz prevalecer sobre as que preconizam o contrário, utilizando-se do argumento de autoridade³⁵.

Na pesquisa jurídica, isso não pode ocorrer, pois lhe faltaria o viés científico. Seu objetivo não é atingir um interlocutor específico, mas sim uma comunidade cuja tarefa não é somente desenvolver e produzir conhecimento, mas também analisar e rever o que já foi produzido, garantindo, assim, sua confiabilidade.

Defender um ponto de vista sem demonstrar as razões pelas quais este pode ser refutado e, ainda assim, prevalece, não é ciência, pois a este procedimento falta falseabilidade, ou seja, a capacidade de se demonstrar a sua falsidade, o que ocorre por meio de testes e experiências³⁶.

A teoria do falsificacionismo, de Karl Popper, funciona como um critério para demarcação entre ciência e não ciência. A verdade é inalcançável e pode ser aproximada por meio de tentativa; essas tentativas correspondem aos experimentos utilizados para comprovar/refutar a teoria apresentada. O conhecimento, portanto, é conjectural³⁷. A verdade encontrada sempre será provisória, até que uma nova teoria a supere.

Nesse contexto, é essencial que todas as investigações científicas - seja no âmbito das ciências humanas, seja no de exatas – utilizem uma metodologia que permita a falseabilidade das hipóteses apresentadas, de modo que seja

³⁵ FRAGALE FILHO, Roberto. Panorama Atual da Pesquisa em Direito no Brasil – Debate. **CADERNOS DIREITO GV**, v.5, n.5: set. 2008, p. 2. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2821/caderno%2520direito%252025.pdf?sequence=1>. Acesso em: 4. Jul. 2017, p. 25.

³⁶ POPPER, Karl. O problema da indução. In: MILLER, David (Org.). **Popper: textos escolhidos**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010, p. 109.

³⁷ POPPER, Karl. O problema da indução. In: MILLER, David (Org.). **Popper: textos escolhidos**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010, p. 104.

possível àqueles que as leem conferi-las e refutá-las. Ao leitor deve ser possível testar a tese defendida pelo pesquisador. Essa possibilidade de refutação traz um viés científico ao Direito, afastando-o do dogma.

Por fim, é necessário tratar do problema da falta de pesquisadores em direito sob regime de dedicação exclusiva. Nas universidades públicas, os professores são obrigados a dar, no mínimo, 8 horas de aula semanais³⁸, fato o qual impede o exercício da função de pesquisador de forma integral. Algumas instituições privadas também adotam este regime, existindo poucos profissionais exclusivamente dedicados à pesquisa em Direito.

No Brasil, o grande objetivo de muitos dos alunos ao que ingressam em um dos programas de Mestrado e Doutorado em Direito é obter titulação para que possam atuar como professores³⁹, em razão da exigência da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional⁴⁰. Apesar de ser importante o ditame legal, pois a exigência de qualificação visa melhorar o ensino jurídico, resta desvirtuada a principal função da pós-graduação, que é promover e fomentar a pesquisa jurídica.

Além disso, as bolsas de pesquisa fornecidas pela CAPES estão defasadas com relação a inflação⁴¹, o que leva a necessidade de o pesquisador ter de procurar outros meios para sua subsistência, como empregos alternativos e a ajuda de parentes⁴². Essas ocupações, contudo, devem ser ou de docência ou

³⁸ Lei nº 9.394/1996

Art. 57. Nas instituições públicas de educação superior, o professor ficará obrigado ao mínimo de oito horas semanais de aulas.

³⁹ O relatório da Área de Ciências Sociais da CAPES aponta: Os programas de pós-graduação, ao lado das atividades de pesquisa que constituem o seu núcleo temático, devem atender às necessidades de formação de novos docentes para a graduação e a pós-graduação em Direito, proporcionando o desenvolvimento de habilidades e vocações docentes entre o corpo docente, assim como atentando para a necessidade permanente de aprimoramento do corpo docente da pós-graduação, em suas atividades de pesquisa, administração acadêmica, orientação e ensino. INFOCAPES, v. 9, n. 1. Brasília: Capes, 2001, p. 155.

⁴⁰ Lei nº 9.394/1996

Art. 52. As universidades são instituições pluridisciplinares de formação dos quadros profissionais de nível superior, de pesquisa, de extensão e de domínio e cultivo do saber humano, que se caracterizam por:

I - produção intelectual institucionalizada mediante o estudo sistemático dos temas e problemas mais relevantes, tanto do ponto de vista científico e cultural, quanto regional e nacional;

II - um terço do corpo docente, pelo menos, com titulação acadêmica de mestrado ou doutorado;

III - um terço do corpo docente em regime de tempo integral.

Parágrafo único. É facultada a criação de universidades especializadas por campo do saber. (Grifo nosso).

⁴¹ Atualmente, o valor para os mestrandos é de R\$ 1.500,00 e para os doutorandos, R\$ 2.200,00. Disponível em: <http://www.capes.gov.br/acessoainformacao/perguntas-frequentes/bolsas-de-estudo/4914-possou-acumular-a-bolsa-da-capes-com-atividade-remunerada>. Acesso em: 4. Jul. 2017.

⁴² BRENDLER, Guilherme. A ciência no Brasil é Bancada pelos Pais. Disponível em: <http://revis-tagalileu.globo.com/Revista/noticia/2016/07/ciencia-no-brasil-e-bancada-pelos->

ter relação com a área de atuação e de interesse da formação acadêmica, científica e tecnológica do pós-graduando, ambas com a autorização do orientador, e, no segundo caso, a remuneração não pode ser maior do que o valor da bolsa recebida.⁴³ Há casos, ainda, em que faltam bolsas para atender a todos os alunos aptos a recebê-las.

Esses fatores culminam em uma desvalorização da pesquisa jurídica, que fica em segundo plano tanto para os professores, que devem cumprir os demais encargos os quais a universidade os confere e quanto para os alunos, que, muitas vezes, não podem se dedicar integralmente à pesquisa pois necessitam trabalhar para sustentar, em razão da insuficiência do valor da bolsa para tanto. Defende-se, portanto, que sejam criados cargos exclusivos para pesquisadores nas instituições de ensino superior, assim como sejam atualizados os valores das bolsas de auxílio aos pesquisadores.

Porém, como aponta Roberto Fragale Filho, a profissionalização da profissão de pesquisador enseja a definição das regras de ingresso (quem pode ser pesquisador e quais as exigências para a prática da profissão, por exemplo), o que, ao invés de fomentar a pesquisa, poderia afastar os professores dela⁴⁴. Ressalta-se que esse não é o objetivo.

A existência de pesquisadores profissionais não impede que os docentes também façam pesquisa. O que se pretende é que existam pessoas que se dediquem exclusivamente a este ofício, para a promoção mais efetiva da investigação científica no âmbito jurídico. Tais pesquisadores não podem estar desconectados da realidade, sendo necessário que as pesquisas não somente se tratem de objetos teóricos, mas também dos problemas que a prática jurídica fornece.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pós-modernidade, com as suas características de fluidez dos conceitos e rompimento com os marcos da modernidade (a supervalorização da ciência, da razão e do progresso), traz novas perspectivas com relação ao que estava posto anteriormente. No presente artigo, tratamos das mudanças de paradigma nas artes, na ciência e no direito.

pais.html?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=compartilhar-Desktop. Acesso em: 4. Jul. 2017.

⁴³ Portaria Conjunta CAPES/CNPq Nº 1, de 15 de julho de 2010. Disponível em: http://www.cnpq.br/web/guest/view/-/journal_content/56_INSTANCE_0oED/10157/25243. Acesso em: 4. Jul. 2017.

⁴⁴ FRAGALE FILHO, Roberto. Panorama Atual da Pesquisa em Direito no Brasil – Debate. **CA-DERNOS DIREITO GV**, v.5, n.5: set. 2008, p. 2. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2821/caderno%2520direito%252025.pdf?sequence=1>. Acesso em: 4. Jul. 2017, 28.

Em relação à pesquisa jurídica, não foi diferente. Desse modo, foram estudados três desafios a serem enfrentados para melhoria e fomento da investigação científica no âmbito do direito.

Iniciou-se tratando da linguagem jurídica, que muitas vezes é ininteligível por duas razões diversas. A primeira é a utilização de vocábulos rebuscados, períodos longos e desconexos e o uso de expressões latinas, que diminuem a amplitude que pode ser alcançada pelo estudo, já que a compreensão fica restrita apenas àqueles nichos da sociedade familiarizados com este vocabulário específico. Exaltou-se que os escritos científicos em geral, e principalmente os jurídicos, devem prezar pela clareza. O segundo motivo seria a formação deficiente de muitos dos bacharéis das faculdades de direito brasileiras, pois o salto em quantidade de cursos não foi acompanhado por uma melhoria na qualidade do ensino ofertado.

A seguir, constatou-se que é constante uma “parecerização” dos escritos no direito, o que banaliza a ciência jurídica, em razão da falta de falseabilidade desses trabalhos, afetando sua confiabilidade e cientificidade. Para afastar a ciência do dogma, faz-se necessária a possibilidade de testar e falsear as hipóteses defendidas pelos pesquisadores.

Por fim, o problema da ínfima quantidade de pesquisadores em regime de dedicação exclusiva e da insuficiência das bolsas fornecidas aos alunos de pós-graduação são, também, fatores que corroboram para que a pesquisa jurídica reste como coadjuvante no Brasil.

BIBLIOGRAFIA

ADELMAN, Miriam. Visões da Pós-modernidade: discursos e perspectivas teóricas. **Sociologias**, n. 21, p. 184-217, Jun 2009 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222009000100009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 20 Jun 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/S1517-45222009000100009>.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich. GIDDENS, Anthony. LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Tradução: Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997.

BRENDLER, Guilherme. **A ciência no Brasil é bancada pelos Pais**. Disponível em: http://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2016/07/ciencia-no-brasil-e-bancada-pelos-pais.html?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=compartilharDesktop. Acesso em: 4. Jul. 2017.

CHALMERS, Alan Francis. **O que é ciência afinal?** Tradução de Raul Filker. Brasília: Brasiliense, 1993.

DIBADI, Reza, Postmodernism, Representation, Law. **University of Hawaii Law Review**, Vol. 29, 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=966671>. Acesso em: 20. Jun. 2017.

DOUZINAS, Costas. Law and justice in postmodernity. In: CONNOR, Steven. **The Cambridge companion to postmodernism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 196.

Exame da Ordem em Números – Vol. 3, Abril de 2016. Disponível em: http://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/oab_3_edicao_v4_web_espelhado.pdf. Acesso em: 3. Jul. 2017

FEYERABEND, Paul. **A ciência em uma sociedade livre**. Tradução de Vera Joscelyne. São Paulo: Unesp, 2011.

_____. **Contra o método**. Tradução: Cezar A. Mortari. São Paulo: Ed. UNESP, 2007.

FRAGALE FILHO, Roberto. Panorama Atual da Pesquisa em Direito no Brasil – Debate. **Cadernos Direito GV**, v.5, n.5, Set. 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2821/caderno%2520direito%252025.pdf?sequence=1>. Acesso em: 4. Jul. 2017.

GHIRARDI, José Garcez. **O instante do encontro**: questões fundamentais para o ensino jurídico. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2012.

GIDDENS, Anthony. PIERSON, Christopher. **Conversas com Anthony Giddens**: o sentido da modernidade. Tradução: Luiz Aberto Monjardim. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2000,

GRESPLAN, Jorge. **Revolução Francesa e Iluminismo**. São Paulo: Contexto, 2003.

HAACK, Susan. **Manifesto de uma moderada apaixonada**. Ensaios contra a moda irracionalista. Tradução de Rachel Herdy. Rio de Janeiro: Loyola, 2011.

HABERMAS, Jürgen. Arquitetura moderna e pósmoderna; Modernidade: um projeto inacabado. In: ARANTES, Otilia Beatriz Fiori & Paulo Eduardo. **Um ponto cego no projeto estético de Jürgen Habermas**: arquitetura e dimensão estética depois das vanguardas. São Paulo, Brasiliense, 1992.

INFOCAPES, v. 9, n. 1. Brasília: Capes, 2001.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Tradução: Ricardo Corrêa Barbosa. 12. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do ordenamento jurídico**: liberdade, igualdade e democracia como premissas necessárias à aproximação de uma justiça possível (2009). 268f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) Universidade de Fortaleza. Fortaleza, 2009.

MAIA, Antonio Glaudenir Brasil; OLIVEIRA, Renato Almeida. Marx e a crítica contemporânea à pós-modernidade. **Argumentos**: Revista de Filosofia (Online), v. 1, p. 81-90, 2011. Disponível em: http://forumeja.org.br/sites/forumeja.org.br/files/Critica_a_pos-modernidade_Antonio_Maia_e_Renato_Oliveira.pdf. Acesso em: 20. jun. 2017.

MARMELSTEIN, George. **Embromacionismo do metadiscurso neoconstrutivista**: uma abordagem pós-sokaliana da intratextualidade jurídica. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2008/06/02/embromacionismo-do-metadiscurso-neoconstrutivista-uma-abordagem-pos-sokaliana-da-intratextualidade-juridica/>>. Acesso em: 20. Jun. 2017.

MOCELLIM, Alan. A questão da identidade em Giddens e Bauman. **Em Tese**, v. 5, n. 1, p. 1-31, maio 2010. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/emtese/article/view/13443>>. Acesso em: 20. jun. 2017.

MORIN, Edgar. **O problema epistemológico da complexidade**. 2. ed. Lisboa: Europa-América, 1996.

PLATSAS, Antonios E., Cosmopolitan Law in the Postmodern World. In: YASIN, E.(ed), **April XVI International Scientific Conference on the Problems of Economic and Social Development**, vol 1.– XVI, 2016. Disponível: <https://ssrn.com/abstract=2766285>. Acesso em: 20 Jun. 2017.

POPPER, Karl. O problema da indução. In: MILLER, David (Org.). **Popper**: textos escolhidos. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010, p. 109.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 6.ed. São Paulo: Cortez, 2009.

SOKAL, Alan. **Transgressing the Boundaries**: Towards a Transformative Hermeneutics of Quantum Gravity. Disponível em: http://www.physics.nyu.edu/faculty/sokal/transgress_v2/transgress_v2_singlefile.html. Acesso em: 20. Jun. 2017.

_____. **A Physicist Experiments With Cultural Studies**. Disponível em: http://www.physics.nyu.edu/faculty/sokal/lingua_franca_v4/lingua_franca_v4.html. Acesso em: 20. Jun. 2017.

The Art Story. **Postmodern Art**. Disponível em: <http://www.theartstory.org/definition-postmodernism.htm>. Acesso em: 19. Jun. 2017.

* Submetido em: 27 set. 2017. Aceito em: 3 jan. 2018.



A INFLUÊNCIA DA FRENTE PARLAMENTAR DA AGROPECUÁRIA (FPA) NA LEGISLAÇÃO E NA FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DIRECIONADAS ÀS PESSOAS QUE TRABALHAM NO MEIO RURAL

*Sheila Stolz**
*Carolina Flores Gusmão***

Resumo

No presente artigo fundamenta-se a hipótese de estudo no fato de que a Frente Parlamentar da Agropecuária (FPA) influencia tanto a tomada de decisões em âmbito político e normativo, como também a formulação de políticas públicas e, em particular, das políticas públicas sociais focalizadas no/para o setor rural e que são imprescindíveis para entender e confrontar as demandas e os litígios no/do campo. Assim sendo, objetiva-se demonstrar que esta trajetória de domínio e influências têm, histórica e contemporaneamente, infringido não somente os direitos humanos e fundamentais das trabalhadoras e dos trabalhadores rurais mas, sobretudo, desamparando-os em sua dignidade e cidadania, tornando inacessível, desta forma, a justiça social no campo.

Palavras-chave

Trabalho Rural. Direitos Fundamentais e Justiça Social. Políticas Públicas. Agronegócio e Influências Políticas.

* Professora Adjunta da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social (Mestrado) da Universidade Federal de Rio Grande (FaDir/FURG/RS). Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS) e bolsista CAPES. Bolsista do Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior (PDSE-CAPES) realizado na Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid (UCM/Espanha). Mestre em Direito pela Universitat Pompeu Fabra (UPF/Barcelona/Espanha). Coordenadora Geral do Núcleo de Pesquisa e Extensão em Direitos Humanos (NUPEDH/FURG). Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Educação em Direitos Humanos (PGEDH/FURG-UAB-CAPES).

** Mestranda e bolsista da CAPES no Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social (Mestrado) da Universidade Federal de Rio Grande (FaDir/FURG/RS). Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa e Extensão em Direitos Humanos (NUPEDH/FURG), atuante junto ao Projeto de Pesquisa “*Os Direitos Humanos e Fundamentais: fundamentação, garantias legais e eficácia*”.

Abstract

In the present paper the hypothesis of study is based on the fact that the influence of the *Frente Parlamentar da Agropecuária* (FPA) in the decision making process and legal sphere and, also, in the formulation of public policies and, in particular, social public policies focused on/for the rural sector are essential to understand and confront the demands and disputes in the field. Therefore, it will be aimed to demonstrate that this trajectory of dominance and influence has, historically and contemporaneously, infringed not only the human and fundamental rights of rural workers but, above all, abandoning them in their dignity and citizenship, making social justice in the countryside unreachable.

Keywords

Rural Labor. Fundamental Rights and Social Justice. Public Policies. Agribusiness and Political Influences.

1. INTRODUÇÃO

Variadas e atuais são as problemáticas envolvendo o setor político deste país que, desde a sua formação enquanto Estado, apresenta dificuldades em desenvolver políticas públicas capazes de confrontar e transformar aqueles âmbitos sociais precários, marginalizados e/ou bastante explorados.

Mesmo que de forma sucinta, convém referir que, desde o ponto de vista teórico-conceitual e também prático, a política pública em geral (*policies*) e a política pública social em particular são campos multidisciplinares. Portanto, implicam tanto na busca por sintetizar as teorias construídas nesta seara¹, como também analisar as plataformas/ações/metras concretas e respectivas repercussões socioeconômicas de uma política pública.

Dito de outra forma, se a formulação de políticas públicas se constitui no estágio em que os governos democráticos transparecem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas² que produzirão mudanças no mundo real, compete tanto a cidadania como também as(os) profissionais das diversas áreas do conhecimento, participar de sua criação, implementação e avaliação.

As questões envolvendo o trabalho rural e a distribuição de terras são exemplos da quase total ausência e/ou ineficácia das políticas públicas adotadas pelos distintos governos que estiveram a frente do Estado brasileiro após sua redemocratização e, no que tange a uma parcela significativa da população rural, tanto histórica como contemporaneamente, pode-se afirmar, com base no levantamento de dados oficiais que serão apresentados ao longo deste artigo, que continuam vivenciando o descaso com suas vidas em razão do quase

¹ Entre outras, pela Ciência Política, Sociologia, Geografia, Planejamento e Gestão e a Economia.

² Cabe ressaltar que, *a priori*, os programas de governo estão de alguma forma previstos constitucionalmente como ações a serem desenvolvidas pelo Estado. Recomenda-se a leitura de MELO (1999); REIS (2003) e SOUZA (2003).

total abandono a que estão submetidas, majoritariamente, aquelas pessoas que trabalham.

Neste (des)compasso, atores políticos com evidente interesse pessoal nas demandas rurais, principalmente pela característica latifundiária com que este país se desenvolveu, não duvidaram (e nem hesitam atualmente) em empreender esforços para barrar toda e qualquer espécie de avanço social que, por ventura, seja avultada no Poder Legislativo contra seus interesses. Neste cenário, por exemplo, surgiu, durante a última Assembleia Nacional Constituinte de 1987³, a chamada União Democrática Ruralista⁴, criada com o intuito de influenciar as políticas públicas voltadas para o meio rural e, principalmente, visando alijar do texto constitucional a Reforma Agrária. Aprovada a Constituição Federal de 1988 a Bancada Ruralista conservou-se influente e atuante modificando seu *status* (tal qual se analisará mais adiante) para formar, em 2008, a Frente Parlamentar da Agropecuária (FPA).

Partindo-se da hipótese de que as influências desta Frente Parlamentar na tomada de decisões e na formulação de políticas públicas e, em particular, de políticas públicas sociais, focalizadas no/para o setor rural são imprescindíveis para entender e enfrentar as demandas por justiça social e os litígios no/do campo, objetiva-se, através da pesquisa realizada e transcrita neste artigo, demonstrar que o poder (*amplo sensu*) e os interesses (nem sempre legítimos) da FPA devem ser postos em cheque quando contrastados com os interesses sociais e com as diretrizes constitucionais e legais estipuladas para o desenvolvimento do país segundo os ditames de justiça social e concretização da cidadania plena.

Para tanto, no presente artigo fruto das pesquisas exploratório-descritivas realizadas no âmbito do Projeto de Pesquisa “Os Direitos Humanos e Fundamentais: fundamentação, garantias legais e eficácia” e que tiveram como procedimento metodológico básico a pesquisa bibliográfica e o exame de dados estatísticos fornecidos publicamente, entre outros, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), tratar-se-á de analisar o objeto desta investigação em três tópicos subdivididos da seguinte forma: na primeira seção, será abordada a formação e atuação da Bancada Ruralista (atual FPA) no Congresso Nacional; por sua vez, no segundo tópico, serão sopesadas as políticas públicas adotadas pelo Poder Executivo seguindo as influências da referida Frente Parlamentar; para, por fim, no terceiro e último tópico, demonstrar-se, em que medida, as políticas públicas para o desenvolvimento do setor rural adotadas

³ Estabelecida no dia 1º de fevereiro de 1987 com o objetivo de elaborar uma Constituição democrática para o Brasil, após 21 anos de Ditadura Militar.

⁴ Associação civil criada em maio de 1985 por grandes proprietários de terras como forma de fazer frente ao acirramento dos conflitos de terra que solicitavam a Reforma Agrária e a desapropriação como meio de promover-la, contexto sociopolítico que marcava o cenário nacional e o governo do Presidente José Sarney (1985-1990). veja-se mais sobre este momento histórico em SILVA (1989).

têm abandonado milhões⁵ de pessoas que trabalham no campo, mesmo que se reconheçam avanços nesta seara em comparação com as décadas passadas.

2. A HISTÓRICA E TAMBÉM ATUAL PARTICIPAÇÃO DO PATRONATO POLÍTICO BRASILEIRO: OS RURALISTAS NO PODER LEGISLATIVO

Como um dos Estados europeus pioneiros das explorações ultramarinas, Portugal, no final do século XV, prosperou como nunca antes em sua história, auferindo lucros imensos que possibilitaram o crescimento da burguesia comercial e o enriquecimento da nobreza, alçando o Império a uma posição de destaque no mercado mundial. Não obstante todo progresso, Portugal esteve imerso na estagnação econômica e social decorrente, entre outros aspectos, da debilidade da base produtiva nacional, da fragilidade da burguesia comercial diante da nobreza, da realeza e do clero, mas, principalmente, pelos elevados custos da manutenção da caótica dívida pública (OLIVEIRA, 1985).

E é precisamente neste contexto que o Brasil é inserido na economia portuguesa. De acordo com a doutrina mercantilista que vigorava então, as Colônias deveriam satisfazer os interesses da Metrópole, usando o excedente de mão de obra e consumindo artigos produzidos por estas. Havia entre ambas subordinação política e, no caso do Brasil, o chamado Pacto Colonial ditava as regras por meio das quais a Coroa portuguesa detinha o monopólio comer-

⁵ A caracterização de milhões de pessoas tem como base a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Segundo a PNAD/2011, divulgada pelo IBGE, entre os habitantes do campo, cerca de 14,7 milhões de pessoas (50% do total) estão ocupadas em alguma atividade agrícola. Do total das pessoas que vivem em áreas rurais, 29,6% são trabalhadores autônomos, enquanto 28,4% são empregados. Porém, a pesquisa aponta uma redução de cerca de um milhão de pessoas ocupadas na agricultura - tal queda representa uma realocação de pessoas para outros setores ainda relacionados ao agronegócio, como a agroindústria. A PNAD/2011 encontra-se disponível em: <https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2011/default.shtm>. Acesso em: 19 abr. 2017. No decorrer deste artigo outros dados de diferentes PNAD's serão comentados. Convém advertir que o IBGE lançou este ano (2017), uma nova proposta para uniformizar a classificação de áreas urbanas e rurais e que se encontra disponível na publicação "Classificação e caracterização dos espaços rurais e urbanos do Brasil - uma primeira aproximação". Dita produção visou atender as sugestões da Terceira Conferência das Nações Unidas sobre Moradia e Desenvolvimento Urbano Sustentável - Habitat III, realizada em 2016, e onde 167 países adotaram a Nova Agenda Urbana (NAU) que objetiva orientar a política mundial para a urbanização pelos próximos 20 anos. Ademais, a Nova Agenda Urbana aponta que, até 2050, a população urbana do mundo irá praticamente dobrar, tornando a urbanização uma das questões mais urgentes de atenção no Século XXI. Na pesquisa de 2017 o IBGE adota a metodologia sugerida nas orientações da Habitat III. Agora são três os critérios básicos para a elaboração da nova classificação das áreas rurais e urbanas: a densidade demográfica, a localização em relação aos principais centros urbanos e o tamanho da população. Após análise dos critérios, os municípios brasileiros foram caracterizados como "urbanos", "rurais" ou "intermediários". De acordo com a nova proposta, 76% da população brasileira que residia em zona "urbana" em 2010, é classificada hoje e seguindo a nova metodologia como sendo de 84,4%.

cial de tudo que se produzia. Foi com a queda da produção de pau-brasil, decorrente da exploração predatória realizada, que acabou se desenvolvendo no Brasil Colônia a atividade econômica que conseguiu simultaneamente dar lucros e atrair colonizadores lusitanos. O produto escolhido pelos portugueses foi o açúcar⁶, também chamado de **ouro branco** porque em alguns momentos seu peso chegou a ter equivalência em ouro, considerado, ademais, pelas classes abastadas, mercadoria luxuosa e preciosa, condicionantes que contribuíram para a criação e expansão de um mercado internacional como nunca antes visto. Sendo assim e, com o fim de viabilizar a colonização mercantil estabelecida nos moldes do Império das Índias, adotou-se a chamado **sistema de sesmarias**⁷ e de **capitanias hereditárias**⁸. Pois, para atender o mercado externo de consumo de açúcar, era preciso garantir o máximo de produção, motivo pelo qual no Brasil se plantava em grandes extensões de terra e em regime de monocultura quase que exclusivamente, a cana de açúcar⁹.

A partir de 1520 a Alfândega de Lisboa passou a cobrar direitos sobre o açúcar da Terra de Santa Cruz. O primeiro engenho¹⁰ – chamado de Engenho

⁶ Sobre o Açúcar recomenda-se a leitura de: 1) STOLS (2004); e, 2) SOUSA; PEIXOTO e TOLEDO (1995, p.47). A cana de açúcar é uma planta originária do sudeste asiático, pertencendo ao gênero *Saccharum*, que desde os tempos imemoriáveis vem sofrendo modificações genéticas, devido a miscigenação entre as distintas espécies de cana. Ditas espécies levadas inicialmente a Europa, foram depois espalhadas pela África e as Américas. E, ainda que a cana de açúcar tenha vindo para o Brasil Colônia entre 1502-1503, sua exploração sistemática demorou mais de uma década para ser instalada, tanto que em 1518, escravas(os) vindas(os) da Guiné e colonas(os) da ilha da Madeira, estavam a frente das atividades atreladas a produção de açúcar.

⁷ A expressão sesmaria tem várias derivações, a saber: 1) de *sesmo* que significa 1/6 do valor estimado pelo terreno; 2) de *sesmar*, que significava avaliar, estimular, calcular; e, também, 3) da divisão de um território que era repartido em seis partes e que era trabalhado seis dias por semana por seis sesmeiros.

⁸ As capitanias hereditárias constituíam-se das terras doadas pela Coroa portuguesa aos nobres. A primeira divisão realizada foi de 15 lotes doados a 12 donatários em 1534. Dentro do sistema de sesmaria, as terras doadas permaneciam como patrimônio da Coroa Portuguesa e, por isso, os donatários possuíam poderes limitados: tinham o direito de usufruir a terra, mas não eram legitimados com o direito de propriedade. De acordo com Celso Furtado (1980), as capitanias hereditárias e o sistema de sesmaria contribuíram para a formação dos latifúndios e da consequente deficiência na distribuição de terra no Brasil. Não obstante, para Bernardo Mueller (2006, p.44), “não faz sentido a gênese da alta concentração de terra” ser atribuída a este sistema instalado no Brasil Colônia, pois as primeiras capitanias hereditárias duraram apenas 16 anos (até 1548) e as sesmarias foram somente uma forma de incentivo à ocupação do território, isenta de padrões definidos de regulamentação e distribuição de terra. Segundo Mueller, o sistema de propriedade e uso da terra no Brasil demorou muito tempo para ser definido (quase 400 anos, a partir da Lei de Terras), de modo que, quando iniciou, já encontrou uma parcela significativa de terras na posse de poucos indivíduos. Além dos autores citados (FURTADO e MUELLER), para melhor compreensão do sistema de sesmarias e de capitanias hereditárias recomenda-se a leitura das seguintes obras: LIMA (1991); FAORO (2001), ANDRADE (1995) e HOLLANDA (1992).

⁹ A menção a este período histórico tem como base todas as obras citadas na nota de rodapé anterior e, também a seguintes obra: FURTADO (2005).

¹⁰ O engenho era a unidade de produção açucareira. Englobava, ademais do maquinário e as ferramentas necessárias para a produção, todo o complexo da fazenda de cana: as terras, a plantação (canavial) e as construções (casa-grande, senzala e casa do engenho).

São Jorge –, foi instalado em 1532 por Martim Affonso de Souza na capitania de São Vicente (no atual estado de São Paulo). Depois dele, em 1540, Jerônimo de Albuquerque fundou o segundo engenho em Olinda na capitania de Pernambuco e, a partir então, as plantações em modelo de *plantation*¹¹, espalharam-se pelo litoral nordestino, multiplicando-se os engenhos sendo mais 400 em 1610. Como o principal objetivo dos portugueses era meramente econômico, não transladaram para a Colônia suas famílias utilizando-se inicialmente de mão de obra escrava dos povos indígenas e, a partir de meados do século XVI, de escravas(os) trazidos da África. Além das(os) escravas(os), que trabalhavam em quase todos os setores da produção, haviam alguns trabalhadores livres, como os mestres de açúcar – especialistas na plantação de cana e extração do açúcar –, e o feitor-mor – encarregado comumente de cuidar do contingente de escravas(os)¹².

A história brasileira é pautada, durante mais de quatro séculos, pela ocupação e exploração eminentemente rural e monocultora, motivo pelo qual são os interesses da classe que possui a propriedade de terras que se sobrepõem sobre os demais interesses, mesmo depois da industrialização do Brasil e, inclusive, contemporaneamente, posto que o agronegócio expandiu-se para outros setores da produção nacional¹³.

Contudo, pode-se dizer que foi somente com o processo de industrialização dinamizado a partir da era Getúlio Vargas, que as elites agrárias se organizam efetivamente enquanto classe com interesses a serem garantidos e preservados. Sandra Helena Gonçalves Costa (2012) em sua dissertação de mestrado na qual propôs a discussão acerca da relação da bancada ruralista com a questão agrária no Brasil, explica que a passagem das terras de um domínio público para um domínio privado teve como participação decisiva a voz dos parlamentares que apregoavam os ideais dos proprietários de terras.

Esta inter-relação entre parlamentares e detentores/exploradores da terra, contudo, não é obra do acaso, uma vez que o poder da propriedade sempre esteve envolvido em todas as temáticas nacionais – a clássica obra de Raymundo Faoro intitulada “Os Donos do Poder. Formação do Patronato Político Brasileiro” publicada por vez primeira em 1958 (2001), aborda a história luso-brasileira desde 1385 demonstrando como se formou a estrutura de do-

¹¹ Produção agrícola de monocultura organizada em grandes fazendas visando a exportação do produto (STÉDILE, 2011).

¹² Neste sentido recomendam-se a leituras indicadas nas notas de rodapé 10,12 e 13.

¹³ Além das obras sugeridas anteriormente, encontram-se mais informações sobre os argumentos apresentados em: CAMARGO (2017), CASTILHO (2012), COSTA (2012), DELGADO (2010), OLIVEIRA (2003), e, OLIVEIRA (1985).

minação no Estado patrimonialista português e como este sistema foi transferido para o Brasil¹⁴ – e segue confundindo-se com o poder político. De inspiração weberiana, a obra de Faoro parte do enfoque em que privilegia o estamento burocrático na sequência da História do Brasil; estamento responsável, ademais, pela montagem e persistência de instituições sociopolíticas anacrônicas, frustradoras de secessões que poderiam, se lhes fosse permitido, conduzir a emancipação política e cultural.

As análises de Faoro parecem corroborar os argumentos de Orson José Roberto Camargo ao explicar que as Frentes Parlamentar são grupos formados por “membros parlamentares que pertencem a um dos poderes legislativos (Federal, Estaduais e Municipais) que tem sua atuação unificada em função de interesses comuns, independente do partido político a que pertençam” (2009, p.31). Tal como mencionado na introdução, União Democrática Ruralista¹⁵ (notoriamente conhecida como Bancada Ruralista), nasceu, no alvorecer do período democrático e, como bem enfatiza Camargo, em meio a informalidade da Assembleia Nacional Constituinte conseguiu inserir no texto da Constituição Federal de 1988 disposições que versassem sobre seus interesses.

A bancada ruralista, como é conhecida a Frente Parlamentar da Agropecuária, possui uma forte representatividade no Congresso Nacional e é muito eficiente na defesa dos interesses dos grandes produtores rurais – sejam eles ligados à agricultura ou à pecuária –, embora, por razões estratégicas, às vezes se coloque ao lado das reivindicações dos mini e pequenos produtores. (CAMARGO, 2009, p.32).

Depois da aprovação da Constituição Federal de 1988 a Bancada Ruralista¹⁶ manteve-se atuante, mesmo que informalmente, no período de 1990 a 1994. Sua fundação oficial ocorreu no ano seguinte, em 1995, com a assinatura por parte de deputadas(os) e senadoras(es) de sua ata de criação e que deu ensejo a chamada Frente Parlamentar da Agricultura. Em 2005¹⁷, a fim de adequar-se às regras de regulamentação criadas pela Câmara dos Deputados, foi

¹⁴ Outra obra clássica sobre a influência dos donos de terra foi publicada, em 1948, por Victor Nunes Leal com o título “Coronelismo, enxada e voto”.

¹⁵ Associação civil criada em maio de 1985 por grandes proprietários de terras como forma de fazer frente ao acirramento dos conflitos de terra que solicitavam a Reforma Agrária e a desapropriação como meio de promover-la, contexto sociopolítico que marcava o cenário nacional e o governo do Presidente José Sarney (1985-1990). veja-se mais sobre este momento histórico em SILVA (1989).

¹⁶ Bancada “é um termo genérico para fazer referência a um agrupamento de parlamentares que tem algo em comum [...] pode ter reuniões para falar de diversos projetos”. (BAPTISTA, 2007, p.250).

¹⁷ De acordo com o Ato da Mesa no 69, de 10/11/2005, da Câmara dos Deputados (CD), Frente Parlamentar é a associação suprapartidária de pelo menos um terço de membros do Poder Legislativo Federal, destinada a promover o aprimoramento da legislação federal sobre determinado setor da sociedade. No Senado Federal não existe nenhuma norma a respeito, mas as(os) senadoras(es) são livres para participar de qualquer Frente de seu interesse. Do registro da

lançada a Frente Parlamentar de Apoio à Agropecuária, que em 2008, passou a ser denominada Frente Parlamentar da Agropecuária (FPA)¹⁸. Entre seus objetivos, constam: 1) o aperfeiçoamento contínuo da legislação referente à agropecuária nacional, através da influência no processo legislativo a partir das comissões temáticas nas duas Casas do Congresso Nacional; 2) o apoio as instituições interessadas no desenvolvimento da agropecuária, junto a todos os Poderes, inclusive em questões orçamentárias nos casos das entidades públicas; e, 3) a consolidação do posicionamento da Cadeia Produtiva do Agronegócio quanto aos assuntos em tramitação no Congresso Nacional¹⁹.

Os propósitos públicos da Frente Parlamentar da Agropecuária (FPA) também são evidenciados, desde outras perspectivas, na pesquisa não acadêmica realizada pelo jornalista Alceu Luís Castilho (2012). Nela revela-se que os políticos eleitos em 2008 e em 2010 para todos os níveis eleitorais – federal, estadual e municipal –, estão profundamente envolvidos e/ou são responsáveis diretos – já que possuem a propriedade de grandes extensões de terras (latifúndios) –, não somente pelo desmatamento de imensas áreas de mata nativa e outros danos ao meio ambiente em geral, como também pela perseguição e/ou matança de camponesas(es), povos indígenas e quilombolas e, igual-

Frente deve constar a ata de fundação e estatuto interno, criado pela própria frente. O artigo 4º garante às Frentes o direito à alocação de um espaço para reuniões, desde que não atrapalhem outros trabalhos legislativos. Veda a contratação de pessoal ou fornecimento de passagens aéreas, a expensas da CD. O artigo 5º garante a ampla divulgação das atividades das frentes nos meios de comunicações oficiais do Congresso Nacional. Na tentativa de disciplinar mais sobre as Frentes, o deputado Vicente Candido (PT-SP) concebeu o Projeto de Resolução 52/2011 que ainda se encontra em tramitação na CD, desde 13/02/2017 aguardando manifestação da Mesa Diretora da CD. Neste Projeto se limita a participação de um parlamentar a cinco Frentes, impedindo que elas se proliferem exageradamente. Também veta criação de frentes com mesmos objetos e determina a formalização de um regimento interno. Obriga a Frente Parlamentar a enviar anualmente um relatório de suas atividades e a manter o mínimo de participantes durante todo seu funcionamento, sob pena de dissolução forçada.

¹⁸ Na página institucional desta Frente Parlamentar se encontram disponível os nomes/partidos políticos das(os) deputadas(os) e senadoras(es) que a integram catalogados por regiões. Disponível em: <http://www.fpagropecuaria.org.br>. Acesso em 25 de mai. 2017.

¹⁹ E, no que tange a sua atuação política (lato sensu), nada mais natural do que os membros desta Frente unam-se em prol dos interesses de latifundiários e empresários do agronegócio contra as demandas sociais pela Reforma Agrária e/ou pelos direitos trabalhistas e previdenciários de trabalhadoras(es) rurais, assim como contra qualquer projeto de lei e de política pública de preservação ambiental. Haja vista a forma como procederam quando da tramitação e aprovação da Lei 12.651, de 25 de maio de 2012, o chamado novo Código Florestal, posto que não somente dita Lei foi rechaçada majoritariamente pela cidadania brasileira, mas também porque contrasta com o que foi preconizado durante a Eco-92, a histórica Conferência Internacional de Meio Ambiente realizada pela Organização das Nações Unidas (ONU) no Rio de Janeiro em 1992. Outrossim, ambientalistas reunidos durante a Cúpula dos Povos – conferência paralela à Rio+20 (ONU, 2012) e organizada pela sociedade civil –, além de se contraporem veementemente ao Código Florestal (2012), ressaltaram que a Lei Complementar 140 de 8 de dezembro de 2011 (também articulada e aprovada pela Frente Parlamentar da Agropecuária), esvaziou as atribuições do Conselho Nacional de Meio Ambiente (Conama) e reduziu o poder de fiscalização do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (Ibama).

mente, pela exploração destes através de trabalho escravo. Estes políticos latifundiários estão vinculados a quase todos os partidos, sendo que o PMDB, PSDB e PR são os líderes dos proprietários com mais hectares no país²⁰.

Contudo, partidos criados em um contexto mais urbano e identificados com uma ideologia mais à esquerda, como PPS, PSB e PT, também passaram a contar em seus quadros com proprietários de terras. Na radiografia realizada por Castilho, 2,03 milhões de hectares de terra foram declarados, como bens de políticos eleitos, perante o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) somando o valor de 1,37 bilhão de reais. Porém, segundo as estimativas apresentadas pelo autor, cerca de mais 1 milhão de hectares não foram declarados. Sendo assim, considera-se que os políticos eleitos em 2008 e em 2010 são proprietários de 3,3 milhões de hectares de terra, o que resulta em 2,16 bilhões de reais.

Nota-se que tais dados têm como base apenas as declarações formais de bens feitas ao TSE nos respectivos anos, entretanto convém recordar que além daqueles políticos que não declararam a extensão de suas propriedades, há os que declararam valores extremamente questionáveis de suas terras. Dentro do grupo pesquisado por Castilho, 31 políticos possuem propriedades com mais de 10 mil hectares cada e estão distribuídos por partidos políticos da seguinte forma: seis do PSDB, seis do PR, seis do PMDB, três do PP, dois do DEM, dois do PPS, dois do PDT, um do PT, um do PSB e um do PTB.

Também Sandra Helena Gonçalves Costa (2012), através do cruzamento de dados biográficos e das declarações de bens, percebeu que 30% dos parlamentares do Congresso Nacional eram pecuaristas, com a maior representação nas casas, seguidos pelos parlamentares que possuíam carreira política a maior parte de suas vidas e, em terceiro plano, os parlamentares empresários, dados referentes ao ano de 2012. Estes números se concretizaram, como a autora explica, porque durante o período da Ditadura Militar houve uma cooperação entre ruralistas e militares, onde eram indicados diversos ruralistas para o cargo de prefeito, possibilitando que assim se dessem condições ótimas de criação e/ou expansão de grandes latifúndios. Também membros consolidados na política e inseridos na Câmara e no Senado Federais, possuem um enorme patrimônio fundiário, capital e poder. Sandra Helena conclui que

Investidos de poder pelos capitalistas da agricultura nas entidades de representação de interesse patronal, pelos eleitores através do voto (nos cargos públicos eletivos e outras posições na estrutura burocrática do Estado), e protegidos pelo sobrenome e pelo patrimônio, os ruralistas tem travado um luta contra a classe camponesa, os povos indígenas e quilombolas e intentam cercar os

²⁰ Uma tendência natural, posto que inclui partidos oriundos da extinta ARENA, partido que congregava, no período da Ditadura Militar, grande parte dos latifundiários.

seus direitos escrevendo mais capítulos sangrentos na história da apropriação do território nacional. (COSTA, 2012, p.302).

Não obstante, Camargo (2009) informa que no endereço eletrônico desta Frente Parlamentar, em 2009, constavam na lista de integrantes da Bancada Ruralista o nome de 208 Deputados Federais e 35 Senadores, o que representaria quase metade do Congresso Nacional. Atualmente, é possível perceber a existência de 204 nomes de Deputados Federais nesta lista – aqui já não contabilizados dez Deputados Federais que estão afastados respondendo processos judiciais, para se ter uma dimensão bastante atual – e 24 nomes de Senadores. Apesar da diminuição do número de 2017 em relação a 2009, esta queda não foi grande o suficiente para amortecer a expressividade que esta Frente possui no Congresso Nacional, posto que conseguiu aprovar, com apoio majoritário da Frente Parlamentar Evangélica²¹, a Lei 12.651, de 25 de maio de 2012, o novo Código Florestal, e, outrossim é

[...] particularmente atuante nos momentos de negociação do crédito rural e na repactuação e renegociação dessas dívidas e ao contrapor-se a projetos de lei que têm como objetivo a preservação do meio ambiente, a reforma agrária e o combate ao trabalho análogo à escravidão no campo. Aliás, foi para barrar as normas constitucionais nesse sentido que a bancada ruralista se instituiu na Assembleia Nacional Constituinte, sob a inspiração da UDR22.

Para explicar a expressão e força conservadoras que a bancada ruralista possui no Congresso Nacional, em 2005, na Comissão Parlamentar de Inquérito da Terra, os ruralistas conseguiram derrotar o relatório final apresentado pelo relator da CPI a aprovar outro de acordo com os seus interesses. O relator oficial da comissão, deputado federal João Alfredo (PSOL/CE), elaborou um relatório que fazia um diagnóstico da questão agrária no Brasil e apontava a reforma agrária como uma provável solução para o quadro de violência e desigualdade social no campo. O documento também apresentava sugestões para que a Constituição Federal fosse cumprida e a terra democratizada. A bancada ruralista, maioria na comissão, reagiu ao relatório do deputado João Alfredo e aprovou o texto alternativo que criminaliza os movimentos sociais, preserva a UDR e classifica a ocupação de terra improdutiva como “ato terrorista”. (CAMARGO, 2009, p.36-37, grifos do autor)

Sandra Helena (2012) aponta também que tais parlamentares ruralistas possuem atitudes contraditórias, pois são empresários contemporâneos, combinados, ao mesmo tempo, com o perfil tradicional de um latifundiário – figura

²¹ A Frente Parlamentar Evangélica (FPE) do Congresso Nacional (CN) foi instaurada no dia 18 de setembro de 2003 na 52ª legislatura do CN (2003-2006), em uma Sessão Solene em homenagem ao Dia Nacional de Missões evangélicas.

²² União Democrática Ruralista.

que representa o **patriarcado** e todo o tipo de escravidão/servidão que estão em suas raízes fundacionais. Neste sentido relembra Sheila Stolz que o patriarcado²³ deve ser compreendido em sua multidimensionalidade, ou seja, “como sistema de dominação dos homens sobre as mulheres, perceptível pela opressão em que estas se encontram”²⁴ e, também, como a forma adotada pelo capitalismo e que se propala no “sistema de dominação dos possuidores de propriedade e meios de produção sobre os despossuídos; dominação que se apresenta como exploração” (2013, p.35).

Estas características da Bancada Ruralista refletem bastante o modo como o Brasil foi concebido histórico, social e politicamente, onde o desenvolvimento rural constituiu-se no carro chefe da economia nacional – haja vista o fato de que inclusive, atualmente, são as *commodities* que representam grande parte das nossas exportações. As produções de soja, laranja, café e a criação de gado, por exemplo, estão entre os principais responsáveis pelo nosso desenvolvimento econômico e pela inclusão do Brasil no mercado internacional – e os ruralistas foram e continuam sendo agentes políticos que possuem como objetivos precípuos garantir seus interesses de preservação e ampliação de suas propriedades e lucros. Ao longo do século XX o campo se moldou para tornar-se também capitalista, permitindo com que esta combinação, apontada por Sandra Helena, acontecesse de forma não surpreendente.

²³ Segundo STOLZ a “palavra patriarcado se deriva do grego *pater*, expressão que diz respeito a um território ou a uma jurisdição governado(a) por um patriarca, um pai. Do termo patriarcado também tem procedência a palavra pátria. Desde a perspectiva religiosa, o termo patriarca é utilizado para fazer referência a uma autoridade masculina religiosa que tem poder sobre todos que lhe estão subordinados e, durante e Idade Média, seu uso também se estendeu para designar aos homens adultos que tinham poder sobre os familiares e as empregadas e aos empregados” (2013, p.35, grifo da autora).

²⁴ A título de ilustração convém trazer a colação o fato de que, em se tratando da Frente Parlamentar Evangélica, as disposições necessárias para participar da política profissionalizada “vinculam-se prioritariamente às demandas que tratam da promoção de projetos de leis que defendam os bons costumes da família religiosa brasileira. Desse modo, projetos que propõem a defesa da “vida em si” tornam-se retórica peculiar a partir da qual estes “políticos profissionais” empreendem e mobilizam sua participação nos meandros do legislativo”. (DUARTE, 2012, p.68, grifos da autora).

Outro exemplo do frequente diálogo e aliança entre a FPE e a Frente Parlamentar da Agropecuária, encontra-se em sua campanha conjunta para combater o Programa Brasil sem Homofobia lançado pelo Governo Federal em 2004 com o objetivo de combater a violência e o preconceito contra a população LGBT’s (Lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e outros grupos). Uma parte deste do Programa estava direcionado à formação de educadoras(es) no que concerne as questões de gênero e sexualidade – o chamado Projeto Escola sem Homofobia. Em 2011, quando estava pronto para ser impresso, setores conservadores da sociedade e do Congresso Nacional iniciaram uma campanha contra o Projeto. Nas acusações feitas e encabeçadas, entre outros, pelo deputado Jair Bolsonaro (PP-RJ), o Projeto foi pejorativamente chamado de “kit gay”, pois, segundo o Deputado e também conforme todas às pessoas de bem que o rechaçavam, este não passava de um “estímulo ao homossexualismo e a promiscuidade”. O Projeto acabou sendo suspenso pelo Governo.

Camargo salienta, nesta esteira descritiva, que a participação dos membros da Bancada Ruralista enquanto atores políticos não se resume ao Congresso Nacional em si, sendo também parte da estratégia dessa Frente Parlamentar exercer

[...] forte influência na nomeação do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e de diretores da área agrícola do Banco do Brasil – tendo vetado com êxito o nome de pessoas não ligadas à agroindústria ou ao grande produtor rural – e as presidências da Comissão de Agricultura e Política Rural e da Comissão de Meio Ambiente e Consumidor – esta última com menor frequência. (2009, p.38).

Não obstante a importância dos temas analisados, convém seguir as ponderações, mas agora com fulcro nas políticas adotadas pelo Poder Executivo segundo influência da FPA, tema da próxima seção.

3. DA REPÚBLICA DEMOCRÁTICO-CONSTITUCIONAL E SEU COMPROMISSO COM O AGRONEGÓCIO

Os setores rural e industrial, durante todo o período de modernização pelo qual passou o Brasil, caminharam juntos a fim de que nenhum permitisse que o outro tivesse seu desenvolvimento comprometido²⁵. Esta inter-relação e o desenvolvimento levado a cabo no Brasil refletiram na concentração de terra e também de renda, excluindo não somente aquelas(es) não proprietárias(os) de terra, mas também as(os) assalariadas(os) deste processo. Outrossim, convém relembrar que

A expressão “distribuição de renda” é um eufemismo criado pelos economistas, por trás do qual se oculta a realidade da estrutura de poder. Não apenas o poder que exerce ostensivamente o Estado, mas principalmente aquele que é subjacente ao sistema de preços relativos. Uma política de desenvolvimento econômico, a fim de dar solução aos problemas mais prementes da massa da população, pressupõe o conhecimento de uma tal estrutura de poder; a execução dessa política terá que ser compatível com a relação de forças que ela expressa. (FURTADO, 1982, p.61, grifo do autor).

Conclui-se, dos argumentos apresentados por Celso Furtado, que o mesmo recrimina o tipo de desenvolvimento adotado pelo Estado brasileiro, dado que reforça as desigualdades e exclusões existentes. Essa crítica, embora tenha sido feita em 1982, permanece bastante atual. Guilherme Costa Delgado demonstra essa atualidade ao destacar que a proposta de modernização levada a cabo pelos conservadores que assumiram o poder depois do Golpe de

²⁵ Esta afirmação é feita com base em toda a bibliografia estudada e arrolada nas anteriores notas de rodapé e nas referências.

Estado de 1964, foi novamente posta em prática no segundo governo do presidente Fernando Henrique Cardoso (1º mandato: 1995-2002; 2º mandato: 1999-2003) e, também, no de Luiz Inácio Lula da Silva (mandatos: 2003-2010) “quando se constitui uma estratégia de relançamento dos grandes empreendimentos agroindustriais apoiados na grande propriedade fundiária, voltados à geração de saldos comerciais externos expressivos” (2010, p. 81-82).

Desde o começo da Nova República, em 1985, as Políticas de Reforma Agrária formaram parte das promessas políticas. Repetindo-se tais promessas quando da Assembleia Nacional Constituinte. Mas como bem destacaram Bruno Konder Comparato (2001) e Orson José Roberto Camargo (2009) a força e a organicidade da União Democrática Ruralista (UDR) esteve presente e conseguiu impor seus interesses não apenas na feitura da Constituição Federal de 1988, mas também nas mais distintas políticas públicas voltadas para o meio rural.

No que tange a Reforma Agrária, Lauro Mattei (2012) conta que o governo da Nova República prometeu assentar um milhão e quatrocentas mil famílias no período compreendido entre 1985 e 1989, porém efetivou apenas oitenta e cinco mil famílias, com uma taxa de êxodo rural bastante alta. Fernando Afonso Collor de Melo (mandato: 1990-1992) em sua campanha presidencial prometeu assentar quinhentas mil famílias, contudo sequer uma única foi assentada antes de seu impeachment. Itamar Augusto Cautiero Franco (mandato: 1992 a 1995), através de um programa emergencial cujo objetivo era assentar oitenta mil famílias, conseguiu cumprir apenas o assentamento de vinte e três mil.

Em evidente declínio, tanto dos assentamentos quanto das propostas de novas desapropriações, Mattei destaca que durante a presidência de Fernando Henrique Cardoso, por outro lado, redefiniu-se os objetivos da Reforma Agrária, incluindo-se neste rol, algumas políticas públicas que permitissem não só “aumentar a produção agrícola, mas criar empregos produtivos e rentáveis para aqueles milhões de brasileiros que buscam o seu sustento em áreas rurais” (2012, p. 305-306). Firmou-se o compromisso de assentar 280 mil famílias no primeiro mandato, entretanto, ao chegar ao segundo mandato, prosseguiram-se somente propostas vazias e nenhuma política pública efetiva foi criada e desenvolvida.

Em síntese, o período de 1995-2002 foi marcado por grandes contradições sobre ações governamentais na esfera agrária. Enquanto o governo FHC afirmava estar fazendo a maior “reforma agrária do mundo”, dados do Censo Agropecuário do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) mostraram que, na década de 1990, aproximadamente 450 mil propriedades rurais, em sua maioria com áreas inferiores a 10 hectares, haviam desaparecido, confirmando a continuidade de tendência de concentração

da terra no país e mantendo o paradoxo do problema agrário brasileiro. (MATTEL, 2012, p.306, grifo do autor).

O mencionado autor (2012) também faz destaque ao fato de que apesar do amplo apoio dos movimentos sociais agrários, o governo de Luiz Inácio Lula da Silva não deixou dúvidas sobre não priorizar em suas políticas a Reforma Agrária. Seu primeiro mandato foi de qualificação dos assentamentos rurais já existentes, consistindo em recuperar aqueles que se encontravam em condições precárias. O foco na qualidade, e não na quantidade, foi bastante utilizado pelas autoridades governamentais ao justificarem a falta de efetividade nas propostas do Governo. Em definitivo, não poderia ser outro o cenário, quando o país “administra as diferenças sociais legalizando-as de maneira que legitimam e reproduzem a desigualdade. A cidadania brasileira se caracteriza, além disso, pela sobrevivência de seu regime de privilégios legalizados e desigualdades legitimadas.” (HOLSTON, 2013, p. 22).

Evitar o êxodo rural e pensar em qualidade de vida/produção dos assentamentos é, sem dúvidas, uma tarefa que deveria ser levada a cabo, mas não ser utilizada enquanto desculpa para o inadimplemento de metas estipuladas. A evasão do campo demonstra a precarização do trabalho e da vida rural. As famílias que tentam viver neste meio acabam por tropeçar em dificuldades tais que impedem de fazê-lo de forma digna, não possuindo, muitas vezes, o mínimo necessário para sobreviver, forçadas, dessa forma, a abandonarem os locais onde desenvolveram parte de sua vida para tentar algo melhor nos centros urbanos.

A *Food and Agriculture Organization of the United Nations* (FAO²⁶), em parceria com a *International Labor Organization* (ILO²⁷) e a *Economic Commission for Latin America* (ECLA²⁸), desenvolveram um estudo associando políticas de mercado de trabalho e pobreza rural, depreendo-se do mesmo que

Recém em 2007 o mundo deixou de ser eminentemente rural. Até este ano, sempre na história, a maioria da população vivia nas áreas rurais. Hoje, mais da metade vive em áreas urbanas. A escassez de terras produtivas, as más condições de emprego na agricultura e o melhor acesso a serviços básicos nas cidades, explicam em grande medida a tendência das pessoas a abandonar a área rural. Na América Latina, há muitas décadas que a população rural é minoria e na atualidade somente 22% da população habita ali, mas são aproximadamente de 120 milhões de pessoas, o que é uma cifra não desprezível, porque como se viu na seção anterior, ali a incidência da pobreza é maior. (BAQUERO; KLEIN, 2012, p.14, grifos das autoras do presente artigo).

²⁶ Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO).

²⁷ Organização Internacional do Trabalho (OIT).

²⁸ Comissão Econômica para América Latina e Caribe (CEPAL).

Somam-se aos fatores arrolados acima, os altíssimos investimentos em modernização do campo – leia-se agronegócio – sem as reformas sociais que lhes correspondem, fenômeno de magnitude econômica e de correlata iniquidade para a parcela da população rural que não é proprietária de grandes extensões de terra, mas que corrobora, efetivamente, a intrínseca relação existente entre os latifundiários e capitalistas do campo com o âmbito da política e seus distintos poderes.

Com uma robusta representação no Congresso Nacional, como foi possível observar através do primeiro tópico deste artigo, evidentemente que as questões de interesse acerca do agronegócio não deixariam de ser protegidas pelo Poder Executivo²⁹, seja pela dependência que possui do Poder Legislativo para a aprovação de demandas que lhe sejam interessantes, seja por levantar a mesma bandeira e defender os mesmos ideais. Posicionamentos que também se repetem em muitos órgãos do Poder Judiciário. Tema de suma importância que requer novas pesquisas e a respectiva publicação de outros ensaios.

Porém, a título ilustrativo das estreitas relações mantidas entre o Judiciário e o Agronegócio cabe mencionar, entre tantos outros exemplos, as decisões referentes às ações possessórias envolvendo grandes propriedades e os movimentos sociais. Aline Caldeira Lopes e Mariana Trotta Dallalana Quintans (2010), analisando as decisões judiciais no Estado do Rio de Janeiro, perceberam que das trinta e três ocupações noticiadas entre os anos de 1997 e 2005, vinte e uma receberam liminar concedendo a reintegração da posse aos proprietários. Os motivos são os mais diversos, desde o entendimento de que as ocupações realizadas pelo MST³⁰ eram ilegais, até a consideração do direito de propriedade como sendo absoluto e incondicional contrariando o princípio da função social da propriedade e os direitos fundamentais³¹ elencados na Constituição Federal de 1988.

²⁹ Neste sentido veja-se a seguinte notícia publica no Jornal o Globo em 27/11/2015: “Os negociadores brasileiros que participarão da COP-21 — conferência mundial sobre o clima que acontecerá de 29 de novembro a 12 de dezembro, em Paris — iniciarão os debates pressionados pelo agronegócio. Encarregado de cumprir boa parte da meta de redução das emissões de carbono do país — 37% até 2025 e 43% até 2030 —, o setor cobra a defesa de seus pontos de interesse nas reuniões. Entre eles, a revisão, a cada cinco anos, dos objetivos estabelecidos para países em desenvolvimento. Além disso, o agronegócio quer a inclusão, nas obrigações a serem assumidas, de tudo o que já foi feito no Brasil para mitigar os efeitos do aquecimento global (com destaque para a redução do desmatamento); a padronização do sistema de medição; a não taxação das emissões de países emergentes e a garantia de que as nações desenvolvidas não usarão desculpas na área ambiental para impor barreiras às exportações agropecuárias.

Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/sustentabilidade/agronegocio-quer-defesa-de-seus-interesses-na-cop-21-18155762#ixzz4i0WxLMWL>. Acesso em 23 de maio. 2017.

³⁰ Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra.

³¹ Ampla é a bibliografia sobre os Direitos Humanos e Fundamentais. Dada as limitações materiais e formais deste artigo, não cabe aqui aprofundar a discussão, não obstante, defende-se, na esteira de Peter Singer (2004), a ideia de que os animais não humanos também possuem direitos fundamentais. No que tange aos seres humanos, recorda-se Manuel Atienza (1993), para quem

Também a recente notícia datada de 15/08/2016 e publicada no Portal do Conteúdo Agropecuário, Agro Link³², é outro claro exemplo dos vínculos associativos entre o Judiciário e o agronegócio. Na citada notícia, a Federação da Agricultura e Pecuária do Estado de Mato Grosso (FAMATO) anuncia que o agronegócio conta com mais uma ferramenta de aproximação a dito poder, com a criação, no dia 11 de agosto de 2016, em Cuiabá, do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos e Multidisciplinares do Agronegócio (IBJEMA) que nasceu com o objetivo de promover o conhecimento, por meio de estudos jurídicos e multidisciplinares, capazes de compreender as questões gerais do agronegócio contando para tanto, em seu conselho, com a participação de representantes da classe produtiva, magistradas(os), advogadas(os) e de acadêmicas(os) de Mato Grosso.

Apesar dos exemplos citados, advieram, em 2010, duas importantes e emblemáticas decisões de órgãos superiores do Poder Judiciário³³ que abalizaram, desde a perspectiva de tal Poder, o aparecimento de uma nova tendência de defesa das terras públicas e de combate à grilagem e à concentração de terras. As referidas decisões têm sua origem em duas regiões historicamente marcadas por conflitos fundiários: o Pontal do Paranapanema, em São Paulo, e o sul do estado do Pará.

No primeiro caso, o Pontal do Paranapanema, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) declarou uma área de 1.329 hectares (ha), englobando quatro fazendas do chamado 16º perímetro do município de Presidente Venceslau, como terras devolutas. A decisão, em 3º grau de jurisdição, anulou os registros que deram origem à cadeia dominial e que possuíam como respaldo uma certidão datada de 1856, atribuída ao pároco local e cujo texto e respectiva assinatura foram dados como falsos por laudo pericial. No segundo caso, a decisão proveio do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e derivou no cancelamento de 6.102 registros irregulares de terra no estado do Pará. A soma das áreas dos

os Direitos Humanos são aqueles direitos subjetivos cuja propriedade é atribuída as pessoas pelo simples fato de serem pessoas, afirma a título de melhor compreensão que ditos direitos são simplesmente direitos morais quando não são reconhecidos pelo Direito positivo e quando são incorporados no/pelo no Direito positivo internacional são chamados de Direitos Humanos e, se inseridos em uma Constituição ou Carta de Direitos, são chamados Direitos Fundamentais. Tanto Robert Alexy (1995, p.64) como Antonio Enrique Pérez Luño compartilham tal entendimento sendo que este último assim se refere aos Direitos Humanos “um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional” (1995, p.48).

³² Disponível em: https://www.agrolink.com.br/culturas/maca/noticia/entidades-do-agro-e-poder-judiciario-fundam-o-instituto-brasileiro-de-estudos-juridicos-do-agronegocio_359614.html. Acesso em 24 de mai. 2017.

³³ Sobre o papel que tem jogado o Poder Judiciário brasileiro na atualidade leia-se: ALVES e OLIVEIRA (2015) e MAIA e LEITE (2009).

imóveis equivalente a 88,7% da área do estado configuraram, para o CNJ, um forte indício de grilagem de terras³⁴.

Todos os argumentos, dados estatísticos e casos trazidos a colação, serviram e continuarão demonstrando que a realidade brasileira vivenciada na esfera rural perpetua a exploração sofrida por aquelas pessoas que não dispõem nada além de sua força de trabalho para sua subsistência.

4. A PERTURBADORA REALIDADE DO CAMPO E O TRABALHO RURAL EM COLAPSO

Muito embora sejam inúmeros os obstáculos experimentados pelas pessoas que dependem do campo como forma de reprodução da vida, no que tange a proteção social e previdência rurais³⁵ alguns avanços significativos foram feitos, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Não obstante, no que diz respeito a uma legislação que compreenda o trabalho rural, pode-se dizer o oposto, pois, apesar de contar com uma legislação própria, a Lei n.º 5.889, de 8 de junho de 1973 que instituiu as normas reguladoras do trabalho rural, neste interstício de tempo de 44 anos de sua publicação, poucas, ou melhor dito, incipientes alterações legais foram realizadas, mas que efetivamente em nada melhoraram as condições de trabalho no campo. Muito embora o Deputado Nilson Leitão, presidente da FPA, tenha

³⁴ A decisão baseou-se no limite constitucionalmente definido para alienação de terras públicas, por atos do Poder Executivo na época da emissão dos registros: entre 16 de julho de 1934 e 8 de novembro de 1964, áreas públicas acima de 10 mil hectares não podiam ser alienadas sem autorização do Senado Federal; de 9 de novembro de 1964 a 4 de outubro de 1988, o limite foi reduzido a três mil hectares; e, a partir da CF (1988) a área máxima foi fixada em 2.500 hectares.

³⁵ Convém explicitar que na década de 1960, foram tomadas as primeiras ações para estender a cobertura previdenciária as(os) trabalhadoras(es) rurais. A primeira deu-se com a publicação do Estatuto do Trabalhador Rural (02/03/1963) que, entre outros temas, regulamentou os sindicatos rurais, instituiu a obrigatoriedade do pagamento do salário mínimo e criou o Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural (FAPTR), que mudou de nome em 1969 para Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL). Na prática, a cobertura previdenciária a tais trabalhadoras(es) não se concretizou, pois os recursos (financeiros e administrativos) necessários para a sua efetivação não foram previstos na legislação. Somente com a publicação da Lei Complementar n.º 11 (25/05/1971) é que tal benefício foi ademais de criado, implementado através do Programa de Assistência ao Trabalhador Rural/Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural (PRORURAL/FUNRURAL) que beneficiava de forma precária a aposentadoria por idade aos 65 anos e limitada ao chamado “cabeça do casal” tendo como teto a ser pago o valor de meio salário mínimo. Além das(os) trabalhadoras(es) rurais (a partir de 1972), as(os) pescadoras(es) (a partir de 1972) e as pessoas que trabalhavam em garimpos (a partir de 1975) ganhavam tal benefício. Com a promulgação da CF (1988), o valor passou a ser pago para 1 (um) salário mínimo. Em 1991, com a publicação da Lei n.º 8.213 (24/07/1991), foi facultado as(os) trabalhadoras(es) rurais contribuir para a Previdência Social e obter os mesmos direitos garantidos as(os) trabalhadoras(es) urbanos. Com relação a proteção social, pode-se arrolar o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI), lançado em 1996 em Mato Grosso do Sul, o PETI tem como objetivo erradicar as piores formas de trabalho infantil, tendo como no público-alvo às crianças de 7 a 15 anos, cujas famílias tenham renda per capita de até meio salário mínimo. Oferece, ademais, a inclusão das crianças e dos jovens em serviços de orientação e acompanhamento e a frequência à escola também é exigida como critério para ter acesso ao PETI.

proposto recentemente o Projeto de Lei n.º 6442/2016 que visa regulamentar o trabalho rural³⁶.

Ainda que não seja o foco deste texto realizar uma minuciosa análise sobre a Lei N.º 13.467, de 13 de julho de 2017 (mais conhecida como Lei da Reforma Trabalhista) que altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) com o intuito de modernizá-la, convém destacar o fato de que tal legislação atacou vários direitos fundamentais das(os) trabalhadoras(es). E, no que tange ao meio rural, por exemplo, o artigo 58, § 2º, marca um retrocesso em termos legais ao estipular que o “tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador”. Este entendimento legal não poderia ser estendido a área rural, pois é de conhecimento notório que muitas(os) trabalhadoras(es) perdem horas de deslocamento de sua casa para o trabalho e vice-versa e o fato de que estas não sejam mais computadas na jornada diária de trabalho pode levar a um excesso de carga horária de trabalho e, conseqüentemente, a extenuação daquelas(es) que a praticam. Como também, a longo prazo, algumas enfermidades correlatas.

O espaço do campo no Brasil, como muito sabiamente descreve Célia Regina Vendramini, é caracterizado pela diversidade de formas de ocupação do espaço rural através da presença de sujeitos sociais no campo em evidente confronto de classes. Sendo assim, dita realidade

Explicita a grande desigualdade social do país. Constitui espaço de trabalho, de vida, de relações sociais e de cultura de pequenos agricultores; espaço de grande exploração de trabalhadores, especialmente o trabalho temporário, sem relações contratuais, de pessoas que vagueiam pelo país para acompanhar os períodos de colheitas, constituindo o trabalho sazonal; espaço de terras para reserva de valor; espaço de produção para o agronegócio; espaço de difusão genética amplamente questionada por ambientalistas, pesquisadores e agricultores; e espaço para o descanso, a vida tranquila, o lazer e o contato com a natureza. (VENDRAMINI, 2007, p.124-125).

Com base em tais constatações, a autora também destaca outro grande problema: a crescente violência no campo. Corroborando sua afirmação apresentando dados que dão conta do aumento de 106% das mortes por razão de conflitos no campo no ano de 2005 em relação a 2004. Sendo assim, pode-se afirmar, seguindo Vendramini, que a “injusta concentração fundiária, a não demarcação das terras indígenas e a não realização da reforma agrária fazem

³⁶ Uma análise de tal Projeto de Lei está sendo realizada pelas(os) pesquisadoras(es) do NUPEDH e será tornada pública oportunamente.

crescer o número de vítimas” (2007, p.125), destacando-se, também, o aumento do número de famílias expulsas de terras por latifundiários e pelo agronegócio que em 2005 ampliou o percentual em 42,5% com relação a 2004, atingindo o número de 4.366 famílias naquele ano.

A este respeito, une-se à autora a voz de Ariovaldo Umbelino de Oliveira, que também caracteriza o campo através de suas duas faces: “De um lado, está o agronegócio e sua roupagem da modernidade. De outra, está o campo em conflito” (2003, p. 115). Analisando os dados levantados pela Comissão Pastoral da Terra (CPT) entre os anos de 2000 e 2003, o referido autor revela a ascendência dos conflitos no campo no decorrer dos anos. Os conflitos que no ano de 2000 chegaram a 660, passaram para 880 e 925, respectivamente nos anos seguintes e, de janeiro a novembro de 2003, registravam 1.197 conflitos pela terra. Os conflitos trabalhistas, ainda segundo Ariovaldo de Oliveira (2003), foram motivados pela exploração e o trabalho escravo, enfatizado pelo fato de que haviam decaído entre os anos de 1993 e 1998 e voltaram a aumentar, registrando 45 casos em 2001 e 147 em 2002. Em 2003, o número passou para 223 denúncias de conflito no campo, envolvendo 7.560 trabalhadoras e trabalhadores rurais.

Segundo a CPT, em 2016 foram registrados 61 assassinatos em conflitos no campo, aproximadamente cinco assassinatos por mês. Destes 61 assassinatos, 13 foram de indígenas, 4 de quilombolas, 6 de mulheres, 16 de jovens de 15 a 29 anos, sendo 1 adolescente. Este mesmo informe da CPT esclarece que nos últimos 25 anos o número de assassinatos somente foi maior em 2003 quando foram registrados 73 assassinatos. O Relatório da CPT também menciona que no período entre os anos de 2015 e 2016, todas as formas de violência apresentaram crescimento, conforme a tabela abaixo:

	2015	2016	%
Assassinatos	50	61	22
Tentativas de Assassinatos	59	74	25
Ameaças de Morte	144	200	39
Agredidos	187	571	206
Presos	80	228	185

O número de pessoas presas em conflitos no campo em 2016 teve um aumento de 185%. Do total de prisões, equivalente a 228, 184 foram na região Norte, mais de 80% do total, sendo que 88 delas somente em Rondônia (39%). O estado que mais assassinou (21 dos 61 assassinatos), Rondônia, também foi o que mais realizou prisões. Ao que tudo indica, confrontos armados demonstram possuir a mesma dinâmica e se encontram em sintonia com os conflitos econômicos, deixando a população rural mais carente e desprivilegiada, já que

Os avanços da exploração capitalista e o processo de modernização da agricultura no Brasil caracterizam-se pelo fortalecimento

de unidades de produção cada vez maiores, impondo novas condições para lucratividade, uma vez que as culturas utilizam insumos modernos e produzem para a exportação e/ou transformação industrial têm um espaço privilegiado na balança comercial. (VENDRAMINI, 2007, p.125).

Um fato paradigmático ocorreu após a publicização, em diversos meios de comunicação social nacionais e internacionais, de casos de superexploração e/ou realização de trabalho escravo nos canaviais brasileiros. Buscando melhorar sua péssima imagem tanto no Brasil como no exterior e assim facilitar a comercialização de açúcar e do etanol, dito episódio levou o setor sucroalcooleiro a assinar, em 2009, o Compromisso Nacional para Aperfeiçoar as Condições de Trabalho na Cana de Açúcar³⁷.

Não obstante a persistência dos conflitos no campo, cabe enfatizar que as formas de combate ao trabalho escravo no Brasil³⁸ permitiram que o modelo adotado aqui fosse, conforme o Relatório intitulado “Aliança Global contra Trabalho Forçado” da OIT (2003), um exemplo a ser seguido por outros Estados e nações. A OIT destaca, em outro informe mais recente e intitulado “As Boas Práticas da Inspeção do Trabalho no Brasil.

A Erradicação do Trabalho Análogo ao de Escravo” (2010), que tanto as atuações do Governo Federal³⁹ como a implantação, em 1995, do Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado (GERTRAF) e do Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM), mas sobretudo o reforço de contratação e deslocamento, em 2004, de 150 novas(os) auditoras(es) fiscais do trabalho (AFTs) para as regiões prioritárias nas quais se concentra o trabalho análogo ao escravo, como também o desempenho da Procuradoria Geral com as inúmeras instalações de inquéritos administrativos lavrados⁴⁰ que concluíram com sentenças de condenação prolatadas, estão sendo cruciais para o enfrentamento do problema.

³⁷ Dito acordo foi assinado por 331 usinas e tem como principal objetivo a garantia de melhores práticas e o trabalho decente; prevendo, para tanto, o fim da terceirização da mão de obra, a liberdade de acesso do representante sindical aos locais de trabalho, o transporte seguro e gratuito das(os) trabalhadoras(es), o cálculo da produção conforme critérios acordados com as(os) trabalhadoras(es) e fornecimento de equipamentos de proteção individual (EPIs).

³⁸ Sobre o trabalho escravo no ano de 2016 recomenda-se a leitura dos dados da CPT, disponível em: <<https://www.cptnacional.org.br/index.php/component/jdownloads/send/12-trabalho-escravo/14045-trabalho-escravo-2016>>

³⁹ Em março de 2003 é lançado, pelo Presidente da República, o Primeiro Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, elaborado pela Comissão Especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH) e em julho daquele mesmo ano, é criado a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE).

⁴⁰ Nas Operações de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo realizadas entre 1995 e setembro de 2010, foram inspecionados 2.703 estabelecimentos, 38.031 trabalhadoras(es) resgatados e lavrados 29.711.

Ademais, desde o ano de 2002 quando teve início a execução do Projeto de Cooperação Técnica “Combate ao Trabalho Forçado no Brasil” realizado em conjunto pelo Governo brasileiro e a OIT e executado em parceria com diversos setores privados⁴¹, além das ações de repressão mencionadas, o modelo adotado pelo Brasil conta com um programa de reinserção de vítimas do trabalho escravo nas suas áreas de atuação, possibilitando a dignidade dentro do âmbito do trabalho e, também, com programas sociais para reduzir a vulnerabilidade das(os) trabalhadoras(es) à exploração e com campanhas de sensibilização e de conscientização.

Mas, apesar de todos os esforços, os últimos três anos têm suscitado muitas dúvidas quanto ao futuro do combate ao trabalho escravo no Brasil. Neste sentido, convém referir a inédita⁴² condenação, datada em 20 de outubro de 2016, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) sobre a acusação de omissão e negligência do Brasil no combate ao trabalho escravo. Dita sentença conclui o *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Estado Brasileiro* protocolado em 1998 pela Comissão Pastoral da Terra (CPT) e pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e que condenou o Estado brasileiro por não garantir a proteção de 85 trabalhadores de serem submetidos à escravidão contemporânea e, também, ao tráfico de pessoas, além de não ter assegurado a realização de justiça também para outros 43 trabalhadores resgatados destas condições na Fazenda Brasil Verde, localizada no estado do Pará.

Outro grande problema advém das constantes controvérsias referentes a chamada Lista Suja do trabalho escravo que tem sido tema de uma série de decisões judiciais conflitantes nos últimos anos e, inclusive, esteve suspensa de publicação pelo Ministério do Trabalho durante todo o ano de 2014 acatando medida decretada liminarmente pelo presidente do Supremo Tribunal Federal. A que tudo indica, este ainda será um tema de discussão, embora o ministro Alberto Bresciani, do Tribunal Superior do Trabalho (TST) derrubou, no passado dia 14 de março de 2017, a liminar concedida anteriormente pelo

⁴¹ Ainda que não diga respeito ao meio rural faz-se importante mencionar que a OIT, a Associação Brasileira do Varejo Têxtil (ABVTEX), a Associação Brasileira da Indústria Têxtil e de Confecção (Abit), o Instituto C&A, o Instituto Lojas Renner e a Zara Brasil, formalizaram ontem no passado dia 2 de maio de 2017, uma parceria para a realização de um novo projeto de promoção do trabalho decente no setor têxtil e de confecção de São Paulo com o título “Promovendo melhorias das condições de trabalho e gestão nas oficinas de costura em São Paulo”.

⁴² Este foi o primeiro caso contencioso perante a Corte Interamericana “relacionado substancialmente ao inciso 1o do artigo 6 da Convenção Americana, a Corte realizou um breve resumo da evolução sobre a matéria no Direito Internacional, para contextualizar conceitos de escravidão, servidão, tráfico de escravos e mulheres e trabalho forçado, todos proibidos pela Convenção Americana. Nesse sentido, a Corte afirmou que o direito a não ser submetido a escravidão, servidão, trabalho forçado ou tráfico de pessoas possui um caráter essencial na Convenção Americana. De acordo com o artigo 27.2 do referido tratado, tal garantia forma parte do núcleo inderrogável de direitos, pois não pode ser suspensa em nenhuma circunstância”. (CORTEIDH, 2016, p.4).

presidente do TST, ministro Ives Gandra Martins Filho, e que permite a publicação da citada Lista.

Apesar de todo aparato legal e fiscalizatório arrolado, Emilio Klein (2012), ao realizar o estudo entabulado pela FAO, afirma que seguem predominando no campo “os trabalhos informais, com baixas remunerações, sem acesso a proteção social, e sem respeito pleno aos direitos laborais” (2012, p.7). O autor também destaca a pouca informação sobre trabalho temporário no campo, considerando que tais trabalhadoras e trabalhadores são, muito provavelmente, as e os mais pobres entre aquelas e aqueles mais pobres.

A informalidade do trabalho exercido no campo, para o autor, tem papel central nas relações de emprego, concentrando-se particularmente entre aqueles serviços temporários, utilizados normalmente pelos setores mais modernos da agricultura, o que acaba por tecer uma teia profundamente dicotômica entre a pobreza das trabalhadoras e dos trabalhadores rurais que exercem esse tipo de atividade e os setores mais modernos e desenvolvidos no âmbito rural.

No caso do Brasil estes fatos são reproduzidos com a mesma lógica. Klein (2012) explica que, embora tenha crescido o número de empregos formais no campo, os empregos temporários seguem se dando através da informalidade. Mais que isso, o autor encontrou fatores que auxiliam na permanência da informalidade do trabalho rural, tais como o pagamento de salários superiores àqueles permanentes e a maior contratação de mulheres, que, pelo forte machismo existente nesse setor, acabam por não serem contratadas de forma permanente.

Muito embora a importância da organização coletiva para a melhora nas condições de emprego, Klein se deparou com a não existência e/ou debilidade de dados estatísticos atualizados sobre a cobertura sindical agrícola e/ou rural, o que torna desconhecido o seu verdadeiro tamanho e força. O autor atribui esta debilidade às mudanças da estrutura do emprego rural,

Primeiro, porque em todos os países há uma tendência crescente a trocar assalariados permanentes por temporais e ocasionalmente estes trabalhadores não têm direito legal a formar sindicatos. Em segundo lugar, porque surgiram também instituições no mercado laboral, como os contratantes de mão de obra, que também dificultam a existência de sindicatos. Finalmente, porque é cada vez mais generalizada a situação da pluriatividade ocupacional que combina diversos trabalhos ao longo do ano, tanto agrícolas como não agrícolas, rurais e urbanos. Então, as mesmas mudanças em funcionamento nos mercados de trabalho explicam, em parte, a menor importância que têm as organizações sindicais na área rural. Isto implica, também, atentar para a legislação laboral vigente nos países, que deveria considerar estas mudanças estruturais no emprego e adequar-se as novas realidades nos setores rurais. (KLEIN, 2012, p.28).

As constatações de Klein são corroboradas pelos dados do IBGE ao afirmar que apesar do número de estabelecimentos agropecuários ter se mantido quase inalterado desde a década dos 1980, em torno dos cinco milhões de unidades, o número de trabalhadoras e trabalhadores por estabelecimento vem se reduzindo drasticamente. Em 1985 havia aproximadamente 4,0 trabalhadoras(es) por estabelecimento, número que se reduziu para 3,2, em 2006, e chegou a 2,7 em 2013.

Destaca-se, igualmente, as transformações no campo, em particular aquelas advindas da adoção de novas tecnologias – pela contínua especialização e mecanização do processo agrícola –, com a conseqüente redução do número de postos de trabalho que fez crescer tanto o número de famílias que viviam da agricultura familiar ou de pequeno porte que deixaram o campo, como também aumentar – em face da especulação fundiária – o número de trabalhadoras(es) sem terra. Em 1970, por exemplo, havia, segundo dados da pesquisa do IBGE, pouco mais de 160 mil tratores em operação no meio rural. Em 2013, eram quase 1,2 milhão. O aumento de desempenho dessas máquinas, mas também de plantadeiras e colheitadeiras de última geração guiadas por satélite, implica na demanda de uma mão de obra mais qualificada e escolarizada, ao mesmo tempo em que aumenta a produtividade do trabalho e a formação de um mercado de trabalho agropecuário formal demonstrando a inserção do capitalismo no campo e, assim sendo, também este meio esteve e seguirá estando sujeito a toda a sorte de influências advindas da globalização e, entre elas, os ciclos de crescimento/desaceleração econômica, bem como de elevadas taxas de criação de posto de trabalho e de subemprego e desemprego.

Haja vista, por exemplo, a enorme crise econômico-social desencadeada pela adoção, a partir dos anos 90, em território nacional e Latino Americano do chamado Consenso de Washington⁴³ que ampliou vertiginosamente os índices de pobreza, ou mesmo o colapso financeiro conhecido como Subprime que foi desencadeado a partir do primeiro semestre de 2008 nos Estados Unidos da América. Ainda que a crise do Subprime tenha ocorrido em uma época em que o Brasil estava com suas contas externas menos dependentes do setor externo e com uma estrutura econômico-financeira mais sólida, era notório o

⁴³ Conjunto “de medidas que se compõe de dez regras básicas formulado por economistas de instituições financeiras situadas em Washington D. C., entre elas, o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Mundial e o Departamento do Tesouro dos Estados Unidos e que se tornou a política oficial do FMI em 1990, quando passou a ser “receitado” para promover o “ajustamento macroeconômico” dos países em desenvolvimento que passavam por dificuldades. O plano de aplicação das metas previstas no Consenso elaborado por John Williamson (WILLIAMSON, 1993) implicavam um conjunto de prioridades, tais como: estabilização econômica, disciplina fiscal, controle do gasto público – com redução drástica dos recursos destinados aos programas sociais, liberalização comercial e financeira, crescente abertura da economia (comercial e financeira), privatização das empresas estatais e desregulamentação. Uma vez alcançadas essas metas, afirmava-se, criar-se-iam as condições necessárias e suficientes para cada país que as aplicasse entrar na rota do desenvolvimento”. (STOLZ, 2013a, p.495).

fato de que naquele momento estava se beneficiando com as exportações de commodities⁴⁴, e, neste aspecto, sentiu os efeitos da queda dos preços e da retração da demanda mundial. Como um todo, a referida crise financeira afetou negativamente o desempenho da economia brasileira cuja repercussão social imediata foi à subida da taxa de desemprego que estava em 6,8% para 9,0% ao mês (suba registrada em março de 2009). Entre outubro e dezembro de 2009, o PIB diminuiu 3,6%, depois de vir se expandindo nos nove meses precedentes a 6,8% ao ano. A reversão do crescimento econômico foi brutal refletindo-se, entre outros aspectos, na pouca geração de novos postos de trabalho que chegaram a 61.401 em outubro de 2008 em comparação aos 205.260 criados no mesmo período em 2007 (SINGER, 2009, p.10). A agricultura naquele período tão pouco obteve um resultado expressivo. A produção de máquinas e equipamentos agrícolas – que indica o nível de atividade econômica na agricultura – foi, em 2009, inferior ao resultado de 2008. Essa queda esteve relacionada à diminuição da procura mundial por produtos agrícolas, além da queda dos preços das commodities (TCU, 2009).

Concomitantemente as questões globais apontadas, no que concerne a trabalho realizado no campo, convém, de forma sucinta, trazer a colocação o levantamento nacional realizado pelo IBGE⁴⁵ através da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) de 2013 que avaliou o âmbito rural, mas da qual estão excetuadas as áreas rurais de Rondônia, Acre, Amazonas, Roraima,

⁴⁴ Recorde-se que o Brasil, naquele momento, estava e segue estando sob a influência do aumento da produtividade total dos fatores (terra, trabalho e tecnologia) o que explica o crescimento da produção agrícola brasileira de, 83 milhões de toneladas de cereais, em 2000, para de 210,5 milhões de toneladas em 2016, de acordo com o Levantamentos de Safras da Companhia Nacional de Abastecimento (Conab) e os dados da Produção Agrícola Municipal coletados pelo IBGE.

⁴⁵ O IBGE, segue as recomendações da Comissão de Estatística das Nações Unidas que na sessão de 29 de fevereiro de 1997, aprovou a adoção de um conjunto de indicadores sociais para compor uma base de dados nacionais mínima (MNSDS). Contando com informações atualizadas sobre os aspectos demográficos, entre eles, a distribuição da população por cor/etnia, sexo, idade, informações atualizadas sobre trabalho e rendimento, educação, condições de vida. Segundo o IBGE, na elaboração de um sistema mínimo de indicadores sociais (ISM) leva-se em consideração as especialidades nacionais e a disponibilidade de dados. Estes são desagregados tanto por região geográfica, visto que a expansão territorial e a heterogeneidade do Brasil diminuem a representatividade das médias nacionais, como também em alguns casos, por sexo, cor/etnia, idade, etc. Os dados são provenientes de pesquisas do IBGE, entre elas, as censitárias (Censo Demográfico e Contagem da População) e por amostra (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, PNAD) e complementados por outras fontes nacionais como, por exemplo, os dados sobre a Economia Informal Urbana (População) que tem como unidade de coleta os domicílios urbanos onde moram proprietárias(os) de unidades econômicas informais. Dita pesquisa “contém informações sobre o peso da economia informal na geração de oportunidades de trabalho e rendimento, a partir do levantamento do número de unidades e das suas características de funcionamento, como tipo de atividade, local de trabalho, ativo imobilizado, investimentos, horas trabalhadas, receitas e despesas do mês, entre outras. São investigadas também as características das pessoas ocupadas no setor informal, como sexo, idade, cor, posição na ocupação, rendimento, nível de instrução, entre outras.

Pará e Amapá. Segundo a PNAD/2013, entre os anos de 2004 a 2013 o número de trabalhadoras(es) assalariadas(os) no meio rural passou de 4,9 milhões a 4,0 milhões (redução de 18,2%). Também o número de empregadores caiu de 559 mil para 267 mil (diminuição de 52,2%), resultado da forte concentração da propriedade de terras, mas também fruto da elevada capitalização do meio rural, inclusive com a participação de grandes volumes de capital internacional. Outro grande decréscimo, de 66,5%, ocorreu na categoria das(os) não remunerados – segmento composto, majoritariamente, por crianças, jovens e mulheres. De acordo com a PNAD/2013, esta redução está fortemente associada à migração para o meio urbano (principalmente de jovens na faixa etária de 16 a 24 anos de idade) e aos avanços realizados através das políticas de proteção social (que propiciam alguma renda e/ou possibilitam a conquista de outra posição na ocupação de trabalho).

Entre as pessoas que trabalham por conta própria, a diminuição foi de 4,7 milhões para 3,9 milhões (16,1%) e entre as pessoas que trabalham na produção para o próprio consumo, ao contrário de todos os outros grupos, houve aumento de 3,4 milhões para 4,2 milhões (23,3%). O somatório destes dois últimos grupos com a categoria das(os) não remunerados é o indicador aproximado do que seria o contingente de ocupados na agricultura familiar e, no período de 2004 a 2013, este segmento caiu de 12,5 milhões para 9,6 milhões de pessoas (redução de 22,8%).

Ainda de acordo com o PNAD/2013, a mão de obra ocupada (com 10 anos ou mais de idade) no meio rural somava (entre 2004-2013) 13,9 milhões de trabalhadoras(es), o que representava 45,6% do total da população rural (30,6 milhões) e 14,5% da ocupação total da sociedade brasileira (94,6 milhões). Dos quase 14 milhões de ocupados rurais, 70,2% (9,8 milhões) eram do sexo masculino e 29,8% (4,1 milhões) do sexo feminino.

Do total de ocupados, 29,0% (4,0 milhões) estavam na condição de empregadas(os) com (40,6% ou 1,6 milhão) ou sem (59,4% ou 2,4 milhões) carteira de trabalho assinada, 28,3% (3,9 milhões) como conta própria, 30,3% (4,2 milhões) como trabalhadores na produção para o próprio consumo, 10,4% (1,4 milhão) como trabalhadoras(es) não remuneradas(os) e 1,9% (267 mil) como empregadores. Ressalta-se que a maior parte das(os) trabalhadoras(es) assalariadas(os) rurais está em situação de trabalho ilegal (ou informal), ou seja, sem nenhuma das proteções garantidas constitucional e legalmente pelo vínculo formal de trabalho. Esta taxa de ilegalidade ou informalidade está bem acima da taxa geral do país, em torno de 50,0% em agosto 2014.

Portanto, pode-se concluir que a piora nos índices de concentração de riqueza e renda e o conseqüente crescimento da pobreza rural, em um contexto de dificuldades crescentes de implementação de uma Reforma Agrária

⁴⁶ Ano em que a PNAD passou a ser realizada no meio rural.

nos moldes mais equânimes requisitados pelos movimentos sociais, a quase inexistência de garantias trabalhistas somada aos baixos salários recebidos, são fatos muito preocupantes⁴⁷, pois mantém estes segmentos sociais em situações de precariedade e vulnerabilidade aumentando, ademais, o risco de que sejam expostos a situações de trabalho escravo.

Outrossim, a informalidade do trabalho rural naturalmente distancia as(os) trabalhadoras(es) dos sindicatos, fazendo com que fiquem desprotegidos das conquistas, por exemplo, de convenções e/ou acordos coletivos de trabalho, assertiva realista em face ao fato de que, segundo a PNAD/2013, dos 4,0 milhões de assalariadas(os) rurais, apenas 591 mil (14,6%) declararam estar afiliadas(os) a algum sindicato.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer destes mais de cinco séculos de desenvolvimento do Brasil, é inegável que com o advento da democracia e a promulgação da Constituição Federal de 1988 amplificou-se o rol de Direitos Fundamentais da cidadania, assim como alguns índices inumanos de desigualdade e pobreza extrema foram razoavelmente superados. Também, ainda que de forma bastante tímida, deu-se início a uma Reforma Agrária no país. Recorde-se que o Instituto Nacional de Reforma Agrária (INCRA), foi criado durante o Regime Miliar através do Decreto-Lei n.º 1.110, de 9 de julho de 1970, mas somente em 1993 através da Lei n.º 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, é que se regulamentaram os dispositivos constitucionais relativos à Reforma Agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Desde a criação do Programa Nacional de Reforma Agrária, segundo o INCRA⁴⁸, foram assentadas 11.346.798 famílias, sendo que 977.039 de famílias vivem, atualmente, em 9.340 assentamentos equivalente a 88.819.725 hectares de área reformada.

Contudo, restou demonstrado no decorrer destas páginas, que o setor agroindustrial do país possui demasiada influência e autoridade sob o setor político e econômico, impedindo, desta forma, a efetivação das diretrizes pensadas inicialmente na Constituição Federal de 1988.

Diante do questionamento acerca da problemática que envolve a Frente Parlamentar da Agropecuária e suas contribuições em evidente retrocesso ao que se espera de um Poder Legislativo que siga os parâmetros constitucionais e democráticos⁴⁹, não há como não constatar que nos momentos em que mais

⁴⁷ A PNAD aponta para o fato de que 78,5% das(os) trabalhadoras(es) assalariadas(os) rurais informais têm rendimento médio mensal de até um salário mínimo (equivalente a R\$ 622,00 à época da pesquisa), sendo que quase metade desse total, 33,9%, recebia menos de um salário.

⁴⁸ Disponível em: <http://www.incra.gov.br>. Acesso em 7 mai. 2017.

⁴⁹ Não é o foco de análise deste artigo, mas quem sabe caberia refletir sobre a uma proposta de Reforma da estrutura partidária do Brasil. Neste sentido recomenda-se a leitura de SILVA e SILVA (2016).

se obtiveram êxitos na concretização de direitos da trabalhadora e do trabalhador do campo e daquelas(es) que vivem da agricultura de subsistência foram, justamente, aqueles em que os movimentos sociais pelo acesso a terra estavam atuantes cotidianamente buscando assegurar que nenhum direito lhes fosse retirado. Pensar formas de reinventar as lutas dos movimentos sociais é uma tarefa importante a ser dinamizada. Também a criação e implementação de políticas públicas específicas que sirvam de suporte e alavanca de transformação da vida daquelas pessoas que trabalham em situação de informalidade no campo fazem-se imprescindíveis para romper com o círculo vicioso existente entre a informalidade e a pobreza/exclusão/marginalização deste grupo social. A ineficiência/carência de legislação e de políticas públicas adequadas para aquelas pessoas que labutam no campo, nos impede de construir uma sociedade igualitária, solidária e justa, tal qual preconiza, desde seu preâmbulo, a Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Tradução e de introdução de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. “Crise” da democracia representativa e a função política do Judiciário: é o Judiciário a “Tábua de Salvação” da democracia?. **NOMOS** – Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC), v.35, n.2, p.165-179, Fortaleza, 2015.

ANDRADE, Manuel Correia de. **A questão do território no Brasil**. Recife: HUCITEC. Instituto de Pesquisas Sociais, Políticas e Econômicas - IPESP, 1995.

ATIENZA, Manuel. **Tras la justicia**. Barcelona: Ariel, 1993.

BAPTISTA, Saulo de Tarso Cerqueira. **Cultura política brasileira, práticas pentecostais e neopentecostais**. Tese (Doutorado em Ciências da Religião). Orientador: Leonildo Silveira Campos. São Bernardo do Campo: Universidade Metodista de São Paulo, 2007.

BAQUERO, Fernando Soto; KLEIN, Emilio. **Políticas de mercado de trabajo y pobreza rural en America Latina**: Tomo I. FAO, 2012. Disponível em: <<http://www.fao.org/3/a-i2651s.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS/BRASIL. **Ato Da Mesa Nº 69**, DE 10/11/2005. Brasília: Diário da Câmara dos Deputados - Suplemento - B - 11/11/2005. p.8. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/int/atomes/2005/atodamesa->

69-10-novembro-2005-539350-publicacaooriginal-37793-cd-mesa.html. Acesso em: 30 mai. 2017.

CAMARGO, Orson José Roberto de. **Elite Política Brasileira e a Renegociação das Dívidas do Crédito Rural**: O caso da bancada ruralista. 2009. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Orientadora: Gilda Figueiredo Portugal Gouvêa. Campinas: Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, 2009. Disponível em: <<http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/281991>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

CASTILHO, Alceu Luís. **Partido da terra**: como os políticos conquistam o território brasileiro. São Paulo: Contexto, 2012.

COMISSÃO PASTORAL DA TERRA (CPT). **Violência - Dados 2016**. Goiânia, 2016. Disponível em: <<https://www.cptnacional.org.br/index.php/component/jdownloads/category/58-dados-2016?Itemid=0>>. Acesso em: 5 mai. 2017.

COMPARATO, Bruno Konder. A Ação Política do MST. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 15, n. 4, p.105-118, out./dez. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392001000400012>. Acesso em: 29 mar. 2016.

CORTEIDH. **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil. Sentença de 20 de Outubro de 2016**. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/resumo-oficial-emitido-pela-corte-interamericana-de-direitos-humanos>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

COSTA, Patrícia Trindade Maranhão. **Combatendo o Trabalho Escravo Contemporâneo**: o exemplo do Brasil. São Paulo: ILO Office in Brazil, 2010. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/307>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

COSTA, Sandra Helena Gonçalves. **A questão agrária no Brasil e a bancada ruralista no Congresso Nacional**. Dissertação (Mestrado em Geografia). Orientador: Ariovaldo Umbelino de Oliveira. São Paulo: Programa Pós-Graduação em Geografia Humana, Departamento de Geografia, Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8136/tde-08012013-143125/pt-br.php>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

DELGADO, Guilherme Costa. A questão agrária e o agronegócio no Brasil. In: CARTER, Miguel (org.) **Combatendo a desigualdade social. O MST e a reforma agrária no Brasil**. São Paulo: Editora UNESP, 2017. 010. p.81-112. Acesso em: 29 mar. 2017.

DELGADO, Guilherme Costa; CARDOSO JÚNIOR, José Celso. **A universalização de direitos sociais no Brasil: a Previdência Rural nos anos 90**. 2. ed. Brasília: Ipea, 2000, p.18-40.

DUARTE, Tatiane dos Santos. A Participação da Frente Parlamentar Evangélica no Legislativo Brasileiro: ação política e (in)vocação religiosa. **Ciencias Sociales y Religión/Ciências Sociais e Religião**, PUCRS, n.17, p.53-76, Porto Alegre, jul./dez., 2012.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder. Formação do Patronato Político Brasileiro**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Globo, 2001.

FURTADO, Celso. **Formação Económica do Brasil**. 32ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.

_____. **O Brasil Pós-“Milagre”**. 7ª ed. Paz e Terra: Rio de Janeiro, 1982.

_____. **Pequena introdução sobre o desenvolvimento – um enfoque interdisciplinar**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1980.

HOLLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1992.

HOLSTON, James. **Cidadania insurgente: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

IBGE. **Classificação e caracterização dos espaços rurais e urbanos do Brasil - uma primeira aproximação**. Rio de Janeiro: IBGE, 2017.

_____. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios de 2004 a 2009 e 2011 a 2012**. Rio de Janeiro: IBGE, 2013.

_____. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios de 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2011.

ILO. **Combate ao Trabalho Escravo: um manual para empregadores e empresas**. Brasília: ILO/OIT Brasil, 2011.

_____. **As boas práticas da inspeção do trabalho no Brasil: a erradicação do trabalho análogo ao de escravo**. Brasília: ILO/OIT Brasil, 2010.

_____. **Aliança Global contra Trabalho Forçado**. Genebra: ILO/OIT Brasil, 2003.

LIMA, Ruy Cirne. **Pequena História territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas**. São Paulo: Arquivo do Estado de São Paulo, 1991.

LOPES, Aline Caldeira; QUINTANS, Mariana Trotta Dallalana. Judiciário e Constituição Federal de 1988: interpretações sobre o direito à propriedade privada face à reforma agrária e ao direito ao território quilombola. **Revista IDeAS**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 63-102, jun./jul. 2010. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?sessionid=>

1EB56B85E324E4DDE31714B8316CEB03.dialnet01?codigo=4059793>. Acesso em: 29 mar. 2017.

MAIA, Mário Sérgio Falcão; LEITE, Rodrigo de Almeida. Elementos para uma Teoria da Constituição Dirigente adequada aos países da Modernidade Tardia. **NOMOS** – Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC), v.29, n.2, p.141-162, Fortaleza, 2009.

MANIGLIA, Elisabete. **O Trabalho Rural sob a Ótica do Direito Agrário**: uma opção ao desemprego no Brasil. Tese (Doutorado em Direito). Orientador: Hélio Borghi. Franca: Faculdade de História, Direito e Serviço Social de Franca, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, 2000. Disponível em: <<http://repositorio.unesp.br/handle/11449/101462>>. Acesso em: 9 mar. 2017.

MATTEI, Lauro Francisco. A reforma agrária brasileira: evolução do número de famílias assentadas no período pós-redemocratização do país. **Estudos Sociedade e Agricultura**, v. 20, n. 1, p. 301-325, abr. 2012. Disponível em: <<http://r1.ufrj.br/esa/V2/ojs/index.php/esa/article/view/356>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

MELO, Marcus André. Estado, Governo e Políticas Públicas. In: MICELLI, Sergio. (org.). **O que Ler na Ciência Social Brasileira (1970-1995)**: Ciência Política. V. III. São Paulo/Brasília: Sumaré/Capes, 1999, p.59-99.

MUELLER, Bernardo. A evolução histórica dos direitos de propriedade sobre terras no Brasil e EUA. **História Econômica & História de Empresas**, Associação Brasileira de Pesquisadores em História Econômica – ABPHE, v.9, n.1, p.23-54, São Paulo, 2006.

OLIVEIRA, Ariovaldo Umbelino. Barbárie e Modernidade: as transformações no campo e o agronegócio no Brasil. **Terra Livre**, São Paulo, v. 2, n. 21, p. 113-156, 2003. Disponível em: <<http://www.agb.org.br/publicacoes/index.php/terralivre/article/view/473>>. Acesso em: 29, mar. 2017.

OLIVEIRA, Carlos Alonso Barbosa de. **O processo de industrialização**: do capitalismo originário ao atrasado. Tese de Doutorado. Orientador: João Manuel Cardoso de Mello. Campinas: Universidade Estadual de Campinas/ Instituto de Economia, 1985.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 1995.

REIS, Elisa. Reflexões Leigas para a Formulação de uma Agenda de Pesquisa em Políticas Públicas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais/ ANPOCS**, v.18, n.51, p.21-30, São Paulo, 2003.

SILVA, Alice Rocha da; SILVA, Matheus Passos Silva. Uma proposta de reforma da estrutura partidária do Brasil com base no dever fundamental de participação política. **NOMOS** – Revista do Programa de Pós-Graduação em

Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC), v.36, n.2, p.17-64, Fortaleza, 2016.

SILVA, José Gomes da. **Buraco negro: a Reforma Agrária na Constituinte de 1987/88**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

SINGER, Paul. O combate à crise pelo Governo Federal. **Teoria e Debate**, Diretório Regional do Partido dos Trabalhadores de São Paulo, n.81, mar./abr. 2009, p.10-12, São Paulo.

SINGER, Peter. **Libertação Animal**. Tradução de Marly Winckler. Ed.rev.-Porto Alegre, São Paulo: Editora Lugano, 2004.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: Questões Temáticas e de Pesquisa. **Caderno CRH**, n.39, Jul/Dez, p.11-24, Salvador, 2003.

SOUZA, Julio Seabra Inglês de; PEIXOTO, Aristeu Mendes; TOLEDO, Francisco Ferraz (Org.). **Enciclopédia Agrícola Brasileira**. A-B, V.1. São Paulo: Editora da USP, 1995.

STEDILE, João Pedro. Introdução. In: STEDILE, J. P. (Org.) **A questão agrária no Brasil: O debate tradicional: 1500 – 1960**. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2011. p. 15-31.

STOLS, Eddy. The expansion sugar Market in western Europe. In: SCHWARTZ, Stuart B. (org.). **Tropical Babylons: sugar and making of the Atlantic World, 1450-1680**. Chaper Hill: University of North Carolina Press, 2004. p. 237-288.

STOLZ, Sheila. Teorias Feministas Liberal, Radical e Socialista: vicissitudes em busca da emancipação das mulheres. In: STOLZ, Sheila; MARQUES, Clarice Pires; MARQUES, Carlos Alexandre M. (Orgs.), **Disciplinas formativas e de fundamentos: diversidades nos direitos humanos**. Rio Grande: Editora da Universidade Federal do Rio Grande (FURG), 2013, p.29-50.

_____. Os atores sociais e a concretização sustentável do direito fundamental ao trabalho garantido pela Constituição cidadã. In: MACHADO, Ednilson Donisete; BREGA FILHO, Vladimir; KNOERR, Fernando Gustavo (Coord.). **Direitos fundamentais e democracia I** [Recurso eletrônico *on-line*]. Organização CONPEDI/UNICURITIBA CONPEDI/UNICURITIBA. Florianópolis: FUNJAB, 2013a. p.479-502.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Ações do Governo para reduzir os efeitos da crise. Versão simplificada das Contas do Governo da República**. Brasília: TCU, 2009. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/tcu/paginas/contas_governo/contas_2009/Textos/Ficha%201%20-%20Análise%20da%20Crise.pdf>. Acesso em: 5 mai. 2015.

VENDRAMINI, Célia Regina. Educação e Trabalho: reflexões em torno dos movimentos sindicais do campo. **Cadernos CEDES**, v. 27, p. 121-135, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ccedes/v27n72/a02v2772.pdf>>. Acesso em: 29, mar. 2017.

WILLIAMSON, John. Democracy and the "Washington Consensus". **Word Development**, v. 21, n. 8, p. 1329-1336, London, 1993.

Submetido em: 29 out. 2017. Aceito em: 22 dez. 2017.



OS PROBLEMAS DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO: UM ESTUDO EMPÍRICO

*Marcelo Varella**
*Livia Maria Rodrigues de Nazareth***

Resumo

A lógica do contencioso administrativo previdenciário precisa ser alterada, para ampliar a promoção da cidadania e redução dos processos judiciais previdenciários na Justiça Federal. Atualmente, o Conselho de Recursos do Seguro Social (CRSS), órgão administrativo de solução de conflitos, serve sobretudo para resguardar posições do Poder Executivo e não para evitar processos na Justiça. Isso ocorre porque o direito processual administrativo exige que o órgão siga a posição do Ministério da Previdência Social, ainda que exista jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em sentido contrário. Os assegurados que recorrem ao órgão não obtêm uma decisão de acordo com a jurisprudência dos tribunais superiores e são obrigados a recorrer ao Judiciário para fazer valer seus direitos. Neste artigo, fazemos uma análise empírica da jurisprudência administrativa do órgão e cotejamos essa jurisprudência com as posições do STF e STJ para demonstrar que o órgão serve como obstáculo e não como acesso a justiça. Os temas selecionados foram escolhidos por serem aqueles com maior número de casos. Compara-se, em cada caso, o posicionamento do Judiciário com o posicionamento dos pareceres jurídicos do Ministério da Previdência Social, que servem de limite a atuação do órgão administrativo. Conclui-se que, na prática, o órgão serve como obstáculo de acesso a justiça.

Palavras-chave

Conselho de Recursos da Previdência Social. Acesso à Justiça. Divergência de jurisprudência.

THE PROBLEMS WITH THE SOCIAL SECURITY ADMINISTRATIVE COURT: AN EMPIRICAL STUDY

Abstract

The procedure at Social Security Administrative Court needs to be changed, to extend a promotion of citizenship and reduction of social security lawsuits in the Federal Circuit. Currently, the Social Security Appeal Board (CRSS), the administrative body for the solution of conflicts, serves mainly to protect the politics of the Executive Branch and not to avoid lawsuits, as it supposed to be. What is the procedural law requires that the CRSS follow the legal positions of

* Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UNICEUB. Doutor em Direito pela Universidade de Paris. Livre-Docente pela USP. Pesquisador nível 1 do CNPq.

** Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília.

the Ministry of Social Security, although there is a consolidated contrary jurisprudence of the Federal Supreme Court (STF) and the Superior Court of Justice (STJ). Persons who appeal to the body do not obtain a decision in accordance with the jurisprudence of the higher courts and are obliged to have recourse to the Judiciary to assert their rights. In this article, we make an empirical analysis of the administrative jurisprudence of the body and compare this jurisprudence as the institutions of the STF and STJ to demonstrate that the body serves as an obstacle and not as access to justice.

Keywords

Social Security Appeal Board (CRSS). Access to justice. Jurisprudence conflicts.

1. INTRODUÇÃO

A lógica do contencioso administrativo previdenciário precisa ser alterada, para ampliar a promoção da cidadania e redução dos processos judiciais previdenciários na Justiça Federal. Atualmente, o Conselho de Recursos do Seguro Social (CRSS), órgão administrativo de solução de conflitos, serve sobretudo para resguardar posições do Poder Executivo e não para evitar processos na Justiça. Isso ocorre porque o direito processual administrativo exige que o órgão siga a posição do Ministério da Previdência Social, ainda que exista jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em sentido contrário. Os assegurados que recorrem ao órgão não obtêm uma decisão de acordo com a jurisprudência dos tribunais superiores e são obrigados a recorrer ao Judiciário para fazer valer seus direitos.

O CRSS foi criado para ter representantes dos empregados, dos empregadores e do governo, similar a outras estruturas do direito trabalhista nacional e estrangeiro. Contudo, a composição induz a prevalência da posição do governo, que nem sempre segue a lógica do Supremo ou do Superior Tribunal de Justiça. Valida-se as posições mais favoráveis ao governo federal, sobretudo em casos de grande impacto econômico. Ideal seria rever a lógica de tomada de decisões do órgão para que, em casos de jurisprudência consolidada nos tribunais, os benefícios fossem diretamente concedidos ou negados, evitando-se o acúmulo de novas demandas na Justiça.

Para avaliar o problema, é importante apresentar o Conselho de Recursos do Seguro Social para, em seguida, avaliar a sua jurisprudência em casos mais impactantes como a concessão do Benefício de Prestação continuada, a consideração das atividades nocivas além daquelas previstas na norma do Poder Executivo, a possibilidade de antecipação de julgamentos administrativos, a devolução de valores recebidos de boa-fé e vínculo empregatício reconhecido na Justiça Trabalhista. Por se tratar de pesquisa empírica, que se dedica a demonstrar a divergência entre os tribunais, mais do que o aspecto de fundo de cada tema, focaremos mais nos aspectos da jurisprudência, do que na teoria que se aprofunda no tema. Os temas selecionados foram escolhidos por serem aqueles com maior número de casos. Compara-se, em cada caso, o posiciona-

mento do Judiciário com o posicionamento dos pareceres jurídicos do Ministério da Previdência Social, que servem de limite a atuação do órgão administrativo.

2. O CONSELHO DE RECURSOS DO SEGURO SOCIAL E SUA INDEPENDÊNCIA DA JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DOS TRIBUNAIS

O contencioso administrativo previdenciário e assistencial está submetido a uma gama de atos normativos emanados pelo Poder Executivo, os quais estão sujeitos a constantes alterações a depender das mudanças no cenário político brasileiro. O Conselho de Recursos do Seguro Social – CRSS, órgão de controle jurisdicional do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, tem seus atos jurisdicionais condicionados à limitação estabelecida por diversos atos normativos que comprometem a devida concretização desses direitos sociais, resultando em considerável inconstância aos julgados nestas matérias.

O CRSS é órgão de julgamento administrativo em formato de colegiado composto por conselheiros representantes do Governo, das empresas e dos trabalhadores. O CRSS exerce o controle jurisdicional das decisões do INSS, por meio de duas instâncias de julgamento: a primeira, composta pelas Juntas de Recursos que julgam apenas os recursos ordinários interpostos pelo segurado/beneficiário; e a segunda instância composta pelas Câmaras de Julgamento, que julgam os recursos especiais proferindo decisão final no âmbito administrativo. Os julgamentos ocorrem no formato de Colegiado, com representantes do Governo e classistas.

As funções legislativas do Poder Executivo que mais geram impactos em matéria previdenciária, e em especial na atividade do Conselho de Recursos do Seguro Social – CRSS, resultam nos mais diversos atos normativos, tais como a Lei nº 8.213/91, o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, medidas provisórias sobre o tema e parecer jurídico ministerial,¹ o qual inclusive é interpretado com força de lei na análise do Direito no âmbito do contencioso. É importante salientar que tal arcabouço jurídico disposto ao Conselho é de seguimento obrigatório, inclusive, com vedação expressa a qualquer declaração de inconstitucionalidade ou mesmo ilegalidade

¹ A vinculação dos pareceres ministeriais nos julgados administrativos está previsto no art. 68 do Regimento Interno do Conselho, aprovado pela Portaria MDAS nº 116 de 20/03/2017. (“Art. 68. Os Pareceres da Consultoria Jurídica do MDSA, quando aprovados pelo Ministro de Estado, nos termos da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, vinculam os órgãos julgadores do CRSS, à tese jurídica que fixarem, sob pena de responsabilidade administrativa quando da sua não observância. Parágrafo único: A vinculação normativa a que se refere o caput aplica-se também aos pareceres da Consultoria Jurídica dos extintos MPS e MTPS, vigentes e aprovados pelos então Ministros de Estado da Previdência Social e do Trabalho e Previdência Social, enquanto não revistos pela atual Consultoria Jurídica do MDSA).

de um ato, ressalvado os casos previstos no art. 69 do Regimento Interno do Conselho, aprovado pela Portaria MDAS nº 116/2017².

A vinculação dos pareceres ministeriais nos julgados administrativos está previsto no art. 68 do Regimento Interno do Conselho, aprovado pela Portaria MDAS nº 116 de 20/03/2017:

“Art. 68. Os Pareceres da Consultoria Jurídica do MDSA, quando aprovados pelo Ministro de Estado, nos termos da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, vinculam os órgãos julgadores do CRSS, à tese jurídica que fixarem, sob pena de responsabilidade administrativa quando da sua não observância.

Parágrafo único: A vinculação normativa a que se refere o *caput* aplica-se também aos pareceres da Consultoria Jurídica dos extintos MPS e MTPS, vigentes e aprovados pelos então Ministros de Estado da Previdência Social e do Trabalho e Previdência Social, enquanto não revistos pela atual Consultoria Jurídica do MDSA.

Em outras palavras, via **portaria** do Ministro da Previdência Social, vincula a posição do Conselho de Recursos, ainda que a Portaria do Ministro de Estado seja frontalmente contrário à posição do Supremo Tribunal Federal. A Portaria acaba impondo posição jurídica que determinará o julgamento no órgão administrativo. Estes atos normativos podem ser extremamente impactantes na implementação dos direitos previdenciários e assistencial pela via administrativa e por serem de fácil formulação e possuírem trâmite simplificado, resulta em uma vasta gama de normas com aplicação nas mais diversas áreas. Podem, inclusive, gerar uma antecipação de resultado de julgamento administrativo àquele que detém o mínimo de conhecimento previdenciário.

Tomemos, por exemplo, estudos de casos que demonstrem a disparidade dos julgamentos entre os âmbitos judicial e administrativo.

² Regimento Interno do CRSS, aprovado pela Portaria nº 116/2017, “Art. 69. É vedado aos órgãos julgadores do CRSS afastar a aplicação, por inconstitucionalidade ou ilegalidade, de tratado, acordo internacional, lei, decreto ou ato normativo ministerial em vigor, ressalvados os casos em que:

- I – já tenha sido declarada a inconstitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta, após a publicação da decisão, ou pela via incidental, após a publicação da resolução do Senado Federal que suspender a sua execução; e
- II – haja decisão judicial, proferida em caso concreto, afastando a aplicação da norma, por ilegalidade ou inconstitucionalidade, cuja extensão dos efeitos jurídicos tenha sido autorizada pelo Presidente da República”.

3. ESTUDOS DE CASO EM QUE A POSIÇÃO DO CRSS CONTRARIA A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS

3.1. Benefício de Prestação Continuada

Um primeiro exemplo trata dos Benefícios de Prestação Continuada (BPC), que são os amparos sociais ao idoso e ao deficiente, benefícios estes de ordem assistencial. O parâmetro de definição da renda per capita familiar para fins de concessão de benefício de prestação continuada – BPC instituído pela Lei nº 8.742/1993³, que determina a concessão do benefício a partir de 65 anos e, na reforma previdenciária, a partir de 67 anos, para todo trabalhador idoso⁴. Para os deficientes, o benefício independe da idade. O legislador previu que a concessão do benefício assistencial depende de constatação de renda per capita familiar de um-quarto do salário mínimo⁵.

Em termos gerais, pela previsão legal sobre o requisito renda, entende-se que um postulante ao BPC que convive em um grupo familiar que dispõe de rendimento de um salário mínimo, somente fará jus ao benefício se esse grupo contenha, no mínimo, cinco integrantes. Em caso de conter quatro integrantes, a renda dividida entre os quatro componentes seriam de iguais a um-quarto do salário mínimo e a lei textualmente menciona renda inferior a esse patamar⁶. O entendimento do legislador foi referendado por meio de Parecer Normativo Ministerial que manteve esse critério estritamente legal na análise da renda familiar⁷.

Administrativamente, ao se julgar uma matéria envolvendo essa questão, faz-se necessário seguir os ditames que revestem o contencioso administrativo, norteados pelo princípio da legalidade. Nesse contexto, muito embora a realidade contida no processo indique que a renda auferida pela família não é suficiente para a manutenção da mínima subsistência familiar, se na soma

³ Lei nº 8.742/1993. “Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

⁴ JACCOUD et alii. O BPC: avanços na seguridade aos riscos da reforma da previdência in Revista Ciência & Saúde Coletiva, disponível em <http://www.cienciaesaudecoletiva.com.br/artigos/o-bpc-dos-avancos-na-seguridade-aos-riscos-da-reforma-da-previdencia/16395?id=16395>

⁵ Lei nº 8.742/93. Art. 20, “§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo”.

⁶ Sobre a questão da renda média e renda insuficiente, ver SILVA e SILVA, M. O. O bolsa família: problematizando questões centrais na política de transferência de renda no Brasil. Ciências & Saude, 12, n.6, 1429-1439

⁷ Parecer Conjur/MPS nº 616/2010. Questão 11.

desta renda o resultado for superior a um-quarto do salário mínimo, o benefício não será concedido⁸.

Nas palavras do Conselheiro relator do CRSS:

“Contudo, as decisões em referência encontram óbice formal para o correspondente acatamento no âmbito administrativo. Em primeiro lugar, destaco que, nas decisões em comento, a inconstitucionalidade dos dispositivos legais foi declarada sem, contudo, ser decretada a nulidade das normas, fato que implica a continuidade de sua vigência. E, enquanto em vigor, por óbvio que podem continuar a ser aplicadas aos casos concretos.[...] Demais disso, impõe asseverar que as decisões ora referidas foram proferidas em sede de reclamação e recurso extraordinário, hipótese em que os efeitos das decisões cingem-se às partes em litígio”.

Em sentido inverso, o entendimento jurisprudencial acerca do tema⁹, principalmente após manifestação do Supremo Tribunal Federal – STF que chegou a conclusão a respeito de se mitigar esse critério de renda a depender da situação de miserabilidade do grupo familiar. Não seria inconstitucional o estabelecimento de um critério legal de renda mínima, porém, esse poderia ser considerado ilegal se em determinado caso concreto se verificasse que a situação de miserabilidade familiar deveria ser levada em conta em detrimento da própria renda da família.

Nas palavras do Ministro Marco Aurélio:

“ao vincular a renda familiar ao salário mínimo, obteve-se a mudança, ano após ano, da linha de pobreza alcançada. [...] O critério escolhido pelo legislador para apurar a pobreza, embora objetivo, não dá concretude à Constituição [...] Em síntese, consigno que, sob o ângulo da regra geral, deve prevalecer o critério fixado pelo legislador no artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993. Ante razões excepcionais devidamente comprovadas, é dado ao intérprete do Direito constatar que a aplicação da lei à situação concreta conduz à inconstitucionalidade, presente o parâmetro material da Carta da República, qual seja, a miserabilidade.”

⁸ Entendimento exarado da decisão do conselheiro relator Geraldo Arruda nos autos da Reclamação 87/535.369.128-4. Conselho Pleno. Reclamação nº NB 87/535.369.128-4. Rel. Cons. Geraldo Almir Arruda. Resolução nº 13/2016. Julgamento em 23/03/2016. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2016/08/crpsres_16.13.pdf>. Acesso em: 25 out. 2016.

⁹ Entendimento do Ministro Marco Aurélio no RE 567.985. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 567.985 – Recurso Extraordinário. Rel. Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Gilmar Mendes; Pleno, Publicado em 03/10/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/pagina_dor.jsp?docTP=TP&docID=4614447>. Acesso em: 25 out. 2016. O Pleno do STF achou por bem declarar a inconstitucionalidade parcial do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, sem a pronúncia de sua nulidade.

Destarte, a análise de um processo administrativo envolvendo essa matéria gera uma antecipação do seu resultado considerando que o julgador administrativo não poderá levar em consideração tal mitigação da renda defendida no meio judiciário.

3.2. Consideração das atividades nocivas como exaustivas na norma do Poder Executivo, independente da realidade fática

Em determinadas situações, o trabalhador tem direito a contagem de tempo de forma diferente para fins de aposentadoria. É o caso quando trabalha exposto a agentes nocivos ou perigosos. O Decreto n. 2.172/97 traz um anexo com algumas atividades consideradas nocivas. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já reconheceu que esse anexo é meramente exemplificativo e, caso a atividade seja nociva, é necessário reconhecer o tempo diferenciado de serviço. O CRSS, contudo, considera que a lista anexa ao Decreto é exaustiva e não aceita a consideração do tempo diferenciado para nenhuma atividade adicional, mesmo aquelas já reconhecidas pelo STJ.

É o caso da aposentadoria especial e a conversão de tempo comum em especial daqueles expostos ao agente nocivo eletricidade. A conversão de tempo comum para especial, especificamente em se tratando de conversão do agente eletricidade a partir de 06/03/97 para fins de concessão de aposentadoria especial. Busca-se com tal aposentadoria a redução do tempo de trabalho do trabalhador exposto a algum agente nocivo que comprometa sua integridade física ou a saúde.¹⁰

A própria norma prevê a análise de cada caso:

Lei nº 8.213/1991, o art. 58, § 1º: “A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, **com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por**

¹⁰ Lei nº 8.213/1991, “Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei”. A empresa é obrigada a fornecer ao segurado formulário de atividade especial, hoje, PPP – Perfil Profissiográfico Previdenciário, preenchido com base em seus laudos técnicos indicando o nível de exposição. Exemplo: segurado com trabalho em empresa Têxtil, notoriamente reconhecido por ser um trabalho com excesso de ruído. Caso tenha trabalhado 25 anos nessa atividade, sendo comprovado por meio do formulário PPP a exposição a ruído acima do limite de tolerância, tem direito à aposentadoria especial definida no art. 57 da Lei nº 8.213/1991. O fator de conversão tratado é a multiplicação de 1,4 ao tempo, ou seja, esses 25 anos trabalhados quando multiplicados por 1,4, representam os 35 anos de tempo de contribuição exigidos. No caso de um mineiro com trabalho exclusivo em mina subterrânea, o fator de multiplicação é de 2,33 x 15 anos, também resultando em 35 anos (art. 70 do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999).

médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho nos termos da legislação trabalhista". (grifo nosso)

Em um breve resumo legal, a comprovação da exposição a agente nocivo leva em consideração um Quadro de atividades nocivas previamente estabelecidas pelo legislador previdenciário. No caso especificamente em análise – agente eletricidade – este foi considerado agente nocivo perigoso quando comprovadamente o trabalhador estivesse exposto a tensões elétricas superiores a 250 volts. Porém, deixou de ser considerado para esses fins a partir de 05/03/97, quando do Decreto nº 2.172/97¹¹.

O processo administrativo envolvendo essa matéria tem por resultado a impossibilidade de se converter um período posterior a 06/03/97 por essa exposição. No entendimento majoritário do Conselho Pleno do CRSS partiu da premissa que a periculosidade do trabalho de um segurado exposto a riscos eminentes de morte por tensões elétricas superiores a 250 volts é descartada administrativamente, a partir de 06/03/1997, por inexistência de um código de conversão, sendo que não se permite, administrativamente, aplicar outras regras de hermenêutica para solução de um caso quando este não está devidamente inserido no ordenamento legal.¹²

No âmbito do Poder Judiciário, o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o tema no sentido de que o rol dos agentes nocivos, mesmo após 05/03/1997, é meramente exemplificativo. De maneira geral, defende-se a tese que o simples fato de inexistir um código em um Anexo do Decreto não demonstra o reconhecimento da salubridade de determinada atividade. Uma vez demonstrado que aquela atividade gera um potencial risco a saúde de forma permanente e habitual, deve ser considerada insalubre para fins de conversão.¹³

¹¹ Eletricidade. Código 1.1.8 do Anexo III do Decreto nº 53.831/64: "Trabalhos permanentes em instalações ou equipamentos elétricos com riscos de acidentes – Eletricistas, cabistas, montadores e outros". O rol dos Anexos do referido Decreto perdurou produzindo efeitos até 05/03/1997, quando foi definitivamente revogado pelo Anexo do Decreto nº 2.172/1997. Para fins de aplicação do exposto no referido art. 57 da Lei nº 8.213/1991, a atividade em condições especiais sujeitada ao segurado deveria estar revestida de algum código daqueles arrolados.

¹² "Não estou, aqui, a dizer que o agente nocivo eletricidade não seja nocivo à saúde ou integridade física do trabalhador. Os estudos trazidos aos autos sinalizam o contrário. Se de fato o é, o caminho para que a exposição a tal agente passe a propiciar a concessão da aposentadoria especial é demandar os órgãos competentes do Poder Executivo para que seja ele novamente considerado para tal fim." Conselho Pleno. Uniformização de Jurisprudência nº NB 42/161.268.049-3. Relator do Voto Divergente vencedor, Cons. Geraldo Almir Arruda. Resolução nº 08/2016. Julgamento em 23/03/2016. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2016/08/crpsres_16.08.pdf>. Acesso em: 25 out. 2016.

¹³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.602.919/PR. Recurso Especial. Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, julgamento em 14/06/2016. Publicado em 05/09/2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=agente+e+nocivo+e+eletricidade&b=ACOR&P=true&l=10&i=1>>. Acesso em 25 out. 2016.

3.3. Possibilidade de antecipação de julgamentos administrativos

Um terceiro exemplo também reflete a tese de que é possível antecipar determinados julgamentos administrativos. Existia em legislação já revogada um benefício chamado de auxílio-suplementar¹⁴ que foi revogado pela Lei nº 8.213/91, com a criação de um benefício chamado auxílio-acidente¹⁵, ambos com a mesma finalidade, qual seja, um auxílio mensal ao segurado com sequelas definitivas provenientes de acidente do trabalho, que geram perdas anatômicas ou redução da própria capacidade laboral.

Acontece que o primeiro benefício expressamente indicava sua impossibilidade de cumulação com aposentadoria de qualquer natureza. Porém, o benefício que o substituiu, na redação original da Lei nº 8.213/91 não previu essa impossibilidade de cumulação com aposentadoria, sendo que a expressa proibição passou a ser ventilada somente com a redação dada pela Lei nº 9.528/1997, conversão da Medida Provisória nº 1.596-14/1997. A discussão: uma vez incorporado pelo auxílio-acidente e se somente após 1997 este benefício passou a proibir a cumulação com aposentadoria, então até esse ano seria possível que um auxílio-suplementar fosse mantido em conjunto com uma aposentadoria?

Na seara administrativa a resposta à questão acima é negativa, inclusive, com expressa manifestação da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência, por meio do Parecer CONJUR/MPS nº 616, de 23/12/2010. A CONJUR Concluiu que os benefícios possuem fatos geradores e cálculos distintos, assim como o auxílio-suplementar não poderia ser mantido em concomitância com

¹⁴ Art. 9º da Lei nº 6.367/1976 (Lei de Acidentes do Trabalho). “Art. 9º O acidentado do trabalho que, após a consolidação das lesões resultantes do acidente, apresentar, como sequelas definitivas, perdas anatômicas ou redução da capacidade funcional, constantes de relação previamente elaborada pelo Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), as quais, embora não impedindo o desempenho da mesma atividade, demandem, permanentemente, maior esforço na realização do trabalho, fará jus, a partir da cessação do auxílio-doença, a um auxílio mensal que corresponderá a 20% (vinte por cento) do valor de que trata o inciso II do artigo 5º desta lei, observando o disposto no § 4º do mesmo artigo.

Parágrafo único. Esse benefício cessará com a aposentadoria do acidentado e seu valor não será incluído no cálculo de pensão.”

¹⁵ Art. 86 da Lei nº 8.213/91

aposentadoria, o que o auxílio-acidente permitiria.¹⁶ Esse, inclusive, o entendimento dado pelo Conselho Pleno do CRSS.¹⁷

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça vai de encontro com o entendimento da Consultoria Jurídica do Ministério, ao reconhecer, de forma pacífica, a possibilidade de se cumular o auxílio-suplementar com aposentadoria de qualquer natureza até 1997, pelo simples fato de que este benefício foi incorporado pela Lei nº 8.213/1991, sob a denominação de auxílio-acidente. Desse modo, se somente a partir da Lei nº 9.528/1997 vedou-se a cumulação do auxílio-acidente com qualquer aposentadoria, o auxílio-suplementar poderia ser mantido em conjunto com a aposentadoria se ambos os benefícios fossem concedidos em data anterior à citada lei de 1997.¹⁸ Portanto, a pergunta feita, sob a ótica do entendimento jurisprudencial, teria a resposta afirmativa. O CRSS, por sua vez, segue a posição administrativa.

3.4. Devolução de valores recebidos de boa-fé

Um quarto exemplo que gera dissonância de entendimento administrativo e jurisprudencial diz respeito à devolução dos valores recebidos de boa-fé, em sede de revisão do benefício, aqui devendo ser entendimento aqueles

¹⁶ O comando da Questão 26 do referido Parecer CONJUR/MPS nº 626/2011 perguntava: “Os benefícios do auxílio-acidente e do auxílio suplementar, previstos nos arts. 6º e 9º da Lei nº 6.367, de 10 de outubro de 1976, foram unificados sob um único benefício, denominado auxílio-acidente, previsto no art. 86 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991?” Em uma síntese da resposta, a Consultoria Jurídica transcreveu os artigos de ambos os benefícios em comento e concluiu em um parágrafo de seis linhas que os fatos geradores e cálculos dos benefícios eram distintos. Não houve nenhum tipo de estudo do caso ou mesmo formulação de uma tese. Simplesmente se comparou o conteúdo de cada benefício. O auxílio-suplementar corresponderia a um auxílio-mensal de 20% (vinte por cento) e tinha previsão legal de não acumulação com qualquer aposentadoria, enquanto o auxílio-acidente variaria entre 30 (trinta), 40 (quarenta) ou 60% (sessenta por cento) e em sua redação original formulada em 1991 não proibia qualquer acumulação com aposentadoria.

¹⁷ Conselho Pleno. Uniformização de Jurisprudência nº NB 114.076.722-1. Rel. Cons. Rodolfo Espinel Donadon. Resolução nº 25/2015. Julgamento em 26/10/2015. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2015/12/RESOLU%C3%87%C3%83O-N%C2%BA-25-2015.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2016. Estando o julgamento vinculado à tese jurídica contida em Parecer da Consultoria Jurídica do Ministério, quando assinada pelo Ministro de Estado da Previdência Social – art. 69 do Regimento Interno do CRPS – coube ao Conselho ratificar no voto o posicionamento do Ministério.

¹⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp 1.514.620/SP. Rel.ª Min.ª Diva Malerbi (desembargadora convocada), 2ª Turma. Julgamento em 04/02/2016. Publicado em 12/02/2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=previdenci%E1rio+e+aux%EDlio+adj+suplementar&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=5>>. Acesso em: 25 out. 2016.

benefícios concedidos ou majorados por errônea interpretação de norma por parte do próprio INSS, órgão concessor¹⁹.

Ocorrido o caso acima e sob a análise administrativa, ainda que diante da boa-fé do beneficiário, a devolução é obrigatória, inclusive, com previsão legal – art. 154 do Regulamento da Previdência Social – RPS aprovado pelo Decreto nº 3.048/99²⁰ – e vinculação a Parecer Normativo Ministerial – Parecer Conjur/MPS nº 616/2010.²¹ Portanto, identificada a concessão errônea de um benefício sem qualquer anuência do beneficiário de tal erro, todo o valor recebido será alvo de processo de cobrança administrativa, respeitado, é claro, o prazo prescricional. Esse é entendimento dado pelo Conselho Pleno do Conselho que limitou apenas a devolução quando diante de concessão por errônea interpretação da norma²².

Levado o caso ao Poder Judiciário, a interpretação seria outra. O STJ consideraria que uma vez ausente a má-fé do beneficiário, deve-se levar em

¹⁹ Não se entrará em discussões a respeito do entendimento dado pela jurisprudência nos casos de concessão por antecipação de efeitos de tutela e nem mesmo nos casos em que houve comprovadamente má-fé do beneficiário, o que gera a devolução sem maiores questionamentos administrativos ou mesmo judiciário.

²⁰ O § 3º do art. 154 indica que nos casos de erro da Previdência, se o segurado permanecer usufruindo de algum benefício previdenciário, o valor a ser ressarcido poderá sê-lo de forma parcelada em até trinta por cento do valor do seu benefício em manutenção. Já o § 4º aplica-se ao segurado que não usufrui nenhum benefício ativo, razão por que a devolução segue os critérios definidos no parágrafo. No caso de empregado, a empresa descontará da remuneração paga ao funcionário. No caso de desempregado, a devolução levará em consideração o valor da dívida: se superior a cinco vezes o valor do benefício suspenso ou cessado, no prazo de sessenta dias da notificação; se inferior a cinco vezes o valor do benefício suspenso ou cessado, no prazo de trinta dias da notificação, com a possibilidade de inclusão na Dívida Ativa em caso de não pagamento. A esse respeito ver NOGA, G. M. SCHLICHTING, M. V. Desaposentação: desnecessidade da devolução das parcelas já pagas pela previdência in *Raízes Jurídicas*, v. 5, n.2, 2009, p. 191 e ss.

²¹ Questão 15. “A boa-fé do segurado é fator impeditivo para a restituição de valores de benefícios equivocadamente concedidos ou majorados administrativamente, por força de errônea interpretação da norma?” A resposta dada pelo Consultor Jurídico, ratificada pelo Ministro de Estado da Previdência, não fez alusão alguma ao caráter alimentar do benefício. Preferiu, ao contrário, deixar claro apenas que a legislação em vigor não permitiria o perdão da dívida, mesmo se caracterizada a boa-fé do receptor do benefício.

²² Vide Conselho Pleno. Uniformização de Jurisprudência no benefício 31/516.594.279-8, Rel.ª Lívia Maria Rodrigues Nazareth, Resolução nº 10/2013. Julgamento em 19/11/2013. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2014/06/Resolu%C3%A7%C3%A3o-10-de-2013.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2016. Tal voto gerou a edição do Enunciado nº 38 do Conselho: “A revisão dos parâmetros médicos efetuada em sede de benefício por incapacidade não rende ensejo à devolução dos valores recebidos, se presente a boa-fé objetiva” Entendeu-se, portanto, que não basta o erro de concessão. Esse deveria derivar de um erro de interpretação de norma. No caso que gerou o enunciado, a mudança de entendimento médico a respeito da incapacidade ou não do beneficiário derivou da sua análise clínica e não legal.

consideração sua hipossuficiência, além do caráter alimentar do benefício, já consumido ao longo dos anos, sendo impossível de ser restituído.²³

3.5. Vínculo empregatício reconhecido na Justiça Trabalhista

Um quinto exemplo se refere ao reconhecimento do vínculo empregatício feito na seara da Justiça Trabalhista (competente para tais reconhecimentos) e seus reflexos no campo previdenciário. Uma ação trabalhista, no caso de êxito da intenção do reclamante, vem acompanhada da obrigação judicial de recolhimento previdenciário por parte do reclamado e, naturalmente, o reclamante pretenderá que tal reconhecimento também surta efeitos para fins de contagem desse tempo em seu patrimônio contributivo previdenciário.

O caminho administrativo, no entanto, não é tão simples. O art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/1991 exige prova material para reconhecimento de direito previdenciário.²⁴ A Consultoria Jurídica do então Ministério da Previdência Social ratificou esse entendimento e indo um pouco mais além, expressamente desautorizou até mesmo que a sentença judicial trabalhista fizesse prova plena do reconhecimento previdenciário de vínculo empregatício reconhecido na esfera administrativa. Nem mesmo a própria contribuição previdenciária seria capaz de gerar o direito ao cômputo do vínculo.

O parecer é ilustrativo²⁵:

Questão 28. “CTPS assinada por ordem judicial em processo trabalhista: serve, por si só, de início de prova material? O fato de ter havido execução trabalhista e recolhimento das contribuições previdenciárias gera obrigatoriedade de consideração, pelo INSS,

²³ STJ. REsp 1.441.615/SE. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Decisão Monocrática, publicado em 28/03/2016.

²⁴ O § 3º do art. 55 é taxativo quanto à necessidade de existência de início de prova material para fins de comprovação de tempo de serviço, não admitindo a prova exclusivamente testemunhal, excetuando, apenas, os casos de força maior ou caso fortuito definidos em regulamento:

“Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta Lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado: [...]”

§ 3º A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento”.

²⁵ Comando da Questão nº 28 do Parecer CONJUR/MPS nº 616/2010: Especificamente quanto à execução trabalhista, “170. Nesse sentido, para ter direito às prestações, é necessário preencher os requisitos da Lei nº 8.213, de 1991, não estando o reconhecimento dos direitos aos segurados empregados atrelado ao pagamento das contribuições previdenciárias, pois, como visto, estas se encontram sob responsabilidade dos empregadores.” Quanto à responsabilidade do pagamento da contribuição pertencer ao empregador, o CRPS tem o Enunciado nº 18 (editado pela Resolução nº 01/1999, publicado no DOU de 18/11/1999) que corrobora o informado pela CONJUR: “Não se indefere benefício sob fundamento de falta de recolhimento de contribuição previdenciária quando esta obrigação for devida pelo empregador”.

do período correspondente?” Entre os parágrafos da resposta dada pelo Consultor Jurídico, destaco: “Salvo nos casos de condenação judicial dirigida ao INSS, situação em que não há dúvida de que a sentença deve ser cumprida, nos termos da legislação processual, cabe ao INSS analisar sempre todo o conjunto probatório e atentar para a exigência da legislação quanto à apresentação, por parte do segurado, de início de prova material. 161. O início de prova material pode ser considerado o ponto de partida do conjunto probatório, algo que sustenta não apenas ideologicamente os fatos a comprovar. Nessa linha, em geral, o início de prova material tende a constituir-se em documentos, enquanto registros contemporâneos dos fatos a comprovar”.

Sem outro caminho a ser seguido, o Conselho Pleno do Conselho pacificou o tema por meio do Enunciado nº 4²⁶:

“Consoante inteligência do § 3º, do artigo 55, da Lei nº 8.213/1991, não será admitida como eficaz para comprovação de tempo de contribuição e para os fins previstos na legislação previdenciária, a ação Reclamatória Trabalhista em que a decisão não tenha sido fundamentada em início razoável de prova material contemporânea constante nos autos do processo”.

Presume-se, judicialmente, o sentido inverso nos julgamentos desses casos. Em sede dos Juizados Especiais Federais, por meio de sua Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência – TNU/JEF, a matéria foi sumulada: Súmula nº 31: “A anotação na CTPS decorrente de sentença trabalhista homologatória constitui início de prova material para fins previdenciários.” De igual modo, o STJ se posiciona no sentido do aproveitamento da sentença trabalhista como início de prova material, desde que fundamentada em outros elementos, e mesmo que seja prova testemunhal colhida nos autos.²⁷

4. A NECESSIDADE DE REFORMAS

Após esse breve estudo, a assertiva demonstrada foi comprovada. Há julgados administrativos que se tem a certeza do resultado final do julgamento, por mais que o beneficiário conteste tais argumentos se respaldando,

²⁶ Enunciado nº 4 do CRPS, aprovado pela Resolução nº 02/2006, publicado no DOU de 07/04/2006.

²⁷ STJ. AgRg no AREsp 833.569/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma. DJe 18/10/2016. Acesso em: 12 dez. 2016. Para o relator, “[...] estando a sentença trabalhista acompanhada de um conjunto fático-probatório, mantém-se incólume o acórdão recorrido. [...] Não se pode deixar de destacar, quanto trata-se do tema da eficácia das decisões da Justiça do Trabalho no Direito Previdenciário, é que conforme dispõe o art. 144, § 3º, da Constituição, a Justiça do Trabalho executa de ofício as contribuições previdenciárias incidentes sobre as verbas que se encontram inseridas na condenação trabalhista. Assim, para fins de custeio, há o pleno reconhecimento da prestação de serviço.”

inclusive, no meio judiciário. O fato é que a vinculação ao princípio da legalidade e o não respaldo do princípio do livre convencimento motivado nas decisões administrativas comprometem a liberdade de interpretação de norma e análise de provas realizadas pelos conselheiros do órgão administrativo.

Destarte, não se pretende afirmar que todas as matérias julgadas no âmbito administrativa estão condicionadas a resultados prévios, de antemão. Evidente que diversos outros casos permitem ao Conselheiro dispor de uma margem de interpretação legal, porém, essa margem não é tão ampla e se resumem a questões, digamos, incidentais de cada benefício.

A título de exemplo quanto à análise de valoração de provas, podemos citar as análises dos documentos para fins de reconhecimento da condição de segurado especial²⁸, há uma margem de interpretação dada ao Conselheiro, muitas vezes em detrimento do próprio entendimento do INSS. Essa margem se refere à validade ou não de um documento para fins de comprovação do exercício da atividade rural e não foge muito do rol de documentação aceito pelo próprio INSS. Ademais, as provas testemunhais corroboradas com indícios de labor rural não são suficientes, sobretudo ao se comprovar longos períodos como segurado especial.

Ainda sobre valoração da prova, outra situação é quando se pretende comprovar um vínculo de união estável ou dependência econômica, para fins de concessão de pensão por morte, por exemplo. Embora o próprio Poder Executivo tenha elencado uma série de documentos que podem ser aceitos para comprovar a união estável ou a dependência econômica, entende-se que este rol não exaustivo, mas exemplificativo²⁹.

²⁸ Com relação à documentação para comprovar a atividade rural, o art. 106 da lei enumera um rol de documentos que servem de prova de atividade rural: "I – contrato individual de trabalho ou Carteira de Trabalho e Previdência Social; II – contrato de arrendamento, parceria ou comodatário rural; III – declaração fundamentada de sindicato que represente o trabalhador rural ou, quando for o caso, de sindicato ou colônia de pescadores, desde que homologada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS; IV – comprovante de cadastro do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra, no caso de produtores em regime de economia familiar; V – bloco de notas do produtor rural; VI – notas fiscais de entrada de mercadorias, de que trata o § 7º do art. 30 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, emitidas pela empresa adquirente da produção, com indicação do nome do segurado como vendedor; VII – documentos fiscais relativos a entrega de produção rural à cooperativa agrícola, entreposto de pescado ou outros, com indicação do segurado como vendedor ou consignante; VIII – comprovantes de recolhimento de contribuição à Previdência Social decorrentes da comercialização da produção; IX – cópia da declaração de imposto de renda, com indicação de renda proveniente da comercialização de produção rural; ou X – licença de ocupação ou permissão outorgada pelo Incra". Acontece que esses documentos, por si só, já reconhecem a condição de segurado especial. No entanto, outros podem ser considerados, como certidões emitidas por Cartórios de Registros com averbação de profissão no documento; documentos emitidos por órgãos de Governo Municipal, Estadual, Federal, entre outros. Pode o Conselheiro entender que o documento fornecido quando corroborado pela prova testemunhal, comprova a atividade rural no período que o benefício exige.

²⁹ O § 3º do art. 22 do RPS aprovado pelo Decreto nº 3.048/99 elenca dezesseis incisos com documentos indicados que comprovam a união estável/dependência econômica, tais como certidão

Contudo, as provas testemunhais ou advindas de pesquisas administrativas realizadas por diligência nos autos do processo, embora sejam favoráveis a tais comprovações, não podem ser aceitas para confirmar o vínculo ou a dependência. Enquanto a lei elenca dezessete itens de meios a proceder a estas comprovações, também exige o número mínimo de documentos atendidos, sendo três provas. Assim, as provas testemunhais ou providas por pesquisas atendem apenas a um dos itens. Veja que embora tenha pleno convencimento sobre a união estável de um casal ou sobre a dependência econômica de uma mãe para com seu filho, o quantitativo de três provas é imprescindível à comprovação.

Assim, o engessamento do poder decisório dos julgadores administrativos e as restrições à valoração da prova não só prejudicam às concessões de benefícios de direito, como também favorecem às fraudes realizadas por meio de atendimento ao mínimo de documentação exigida, porém sem retratar a realidade. Um exemplo de fraude comum ocorre com idosos aposentados que não possuem cônjuge e então estabelecem união estável com uma cuidadora ou outra pessoa, atendendo às documentações previstas em lei. Estas fraudes geralmente só são descobertas por meio de denúncias, já que houve o atendimento administrativo dos documentos comprobatórios. O mesmo ocorre com comprovação do trabalhador rural.

Sobretudo, o que se questiona é a dependência que a Administração tem tido cada vez mais do poder normativo para fins de governabilidade, o que demanda a cooperação entre os três Poderes; a justificativa formal, por sua vez, se encontra na Constituição ou nas leis.³⁰

Faz-se necessário rever a posição do CRSS para que o mesmo acompanhe as posições firmes dos tribunais superiores. Caso contrário, haverá perda de recursos importantes da burocracia, com a gestão de casos repetidos, além de excesso de processos previdenciários desnecessários no Poder Judiciário, que hoje estão entre os principais casos em quantidade de processos.

REFERÊNCIAS

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 304-305.

CONSELHO DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. Conselho Pleno. **Uniformização de Jurisprudência nº NB 42/161.268.049-3**. Relator do Voto Divergente vencedor, Cons. Geraldo Almir Arruda. Resolução nº 08/2016.

de nascimento de filho em comum, certidão de casamento religioso, prova de mesmo domicílio. Porém, no inciso dezessete, faculta a análise “quaisquer outros que possam levar à convicção do fato a comprovar.”

³⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 304-305.

Julgamento em 23/03/2016. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2016/08/crpsres_16.08.pdf>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. Conselho Pleno. **Uniformização de Jurisprudência nº NB 114.076.722-1**. Rel. Cons. Rodolfo Espinel Donadon. Resolução nº 25/2015. Julgamento em 26/10/2015. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2015/12/RESOLU%C3%87%C3%83O-N%C2%BA-25-2015.pdf>>.

Acesso em: 25 out. 2016.

_____. Conselho Pleno. **Uniformização de Jurisprudência no benefício 31/516.594.279-8**, Rel.^a Livia Maria Rodrigues Nazareth, Resolução nº 10/2013. Julgamento em 19/11/2013. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2014/06/Resolu%C3%A7%C3%A3o-10-de-2013.pdf>>.

Acesso em: 25 out. 2016.

JACCOUD et alii. O BPC: avanços na seguridade aos riscos da reforma da previdência in **Revista Ciência & Saúde Coletiva**, disponível em <http://www.cienciaesaudecoletiva.com.br/artigos/o-bpc-dos-avancos-na-seguridade-aos-riscos-da-reforma-da-previdencia/16395?id=16395goo>

NOGA, G. M. SCHLICHTING, M. V. Desaposeitação: desnecessidade da devolução das parcelas já pagas pela previdência in **Raízes Jurídicas**, v. 5, n.2, 2009, p. 191 e ss.

Parecer CONJUR/MPS nº 616/2010, nº 626/2011

SILVA e SILVA, M. O. O bolsa família: problematizando questões centrais na política de transferência de renda no Brasil. **Ciências & Saúde**, 12, n.6, 1429-1439.

* **Submetido em: 7 jun. 2017. Aceito em: 2 dez. 2017.**



A ISONOMIA ENTRE NACIONAIS E ESTRANGEIROS NO TOCANTE AO ASSISTENCIALISMO PÚBLICO SOB O OLHAR DO STF

*João Pedro Ceren**
*Valter Moura do Carmo***

Resumo

A nacionalidade, tema relevante nos estudos do direito constitucional, tem como diretriz estabelecer a diferenciação entre brasileiros e estrangeiros, bem como entre brasileiros natos e naturalizados, limitando tais diferenças, entre os últimos, dentro dos próprios dispositivos da Constituição, não sendo possível ampliação ou redução de traços distintivos por meio de diplomas infraconstitucionais. Todavia, é adequado, em um período de crise, conceder benefícios assistencialistas a estrangeiros que preenchem os requisitos do benefício assistencial ao idoso e à pessoa com deficiência? O tema é acalorado, principalmente em razão do art. 203, V da Constituição Federal prever que o assunto deve ser disciplinado por lei, ou seja, trata-se de dispositivo de eficácia constitucional limitada, logo, depende de diploma infraconstitucional para que seus preceitos sejam efetivados. O que deve prevalecer, a dignidade da pessoa humana, a fraternidade insculpida no texto da lei maior, a isonomia entre nacionais e estrangeiros, ou uma restrição austera na concessão dos benefícios aos idosos e portadores de necessidades especiais não nacionais? O artigo, ora proposto, abordará os dois posicionamentos, tendo-se em vista a relevância do tema e sua contemporaneidade, utilizando-se da doutrina, da jurisprudência e, principalmente, da decisão do Recurso Extraordinário n. 587970, em que, por unanimidade, foi concedido o citado benefício assistencial a uma estrangeira residente há mais de 54 anos no Brasil. Para tal, será utilizado o método dedutivo e comparativo de pesquisa, com o escopo de aprofundarmos a discussão de tema tão relevante.

* Mestrando da Universidade de Marília, com área de concentração: Empreendimentos econômicos, desenvolvimento e mudança social. Bolsista PROSUP/CAPES.

** Possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza; mestrado em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza com período sanduíche na Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC e doutorado em Direito pela UFSC, tendo realizado o doutorado sanduíche na Universidade de Zaragoza (Espanha) com bolsa do PDSE da CAPES e período de investigação na Universidade Federal da Paraíba - UFPB com bolsa do PROCAD da CAPES. Atualmente é professor permanente do PPGD da Universidade de Marília - UNIMAR e Diretor de relações institucionais do CONPEDI. Membro da Comissão de Estudo de Identificação e Descrição da ABNT. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Direito Internacional e Direitos Humanos. Editor-Adjunto da Revista Argumentum (Marília) e da Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos.

Palavras-chave

Estrangeiros. Constituição. Assistencialismo. Isonomia.

THE ISONOMY BETWEEN NATIONALS AND FOREIGNERS REGARDING PUBLIC ASSISTANCE, ACCORDING TO THE BRAZILIAN SUPREME COURT

Abstract

Nationality, a relevant subject in the studies of constitutional law, establishes the differentiation between Brazilians and foreigners, as well as between native and naturalized Brazilians, limiting such differences, among the latter, within the provisions of the Constitution itself, while infra constitutional law must not increase nor reduce distinctive features. However, is it appropriate, in a period of crisis, to grant welfare benefits to foreigners who meet the requirements of the benefits the elderly and the disabled are entitled to? The topic has raised considerable attention, especially because of the art. 203, V of the Federal Constitution, which provides that the matter must be regulated by law, that is, it is a device of limited constitutional effectiveness. Therefore, its precepts depends on an infra-constitutional diploma to be fulfilled. What should then prevail, the dignity of the human person, the fraternity inscribed in the Brazilian constitution and the equality between nationals and foreigners, or an austere restriction on the granting of benefits to elderly foreigners and those with special needs? This article addresses the two positions, considering the relevance of the theme and its contemporaneity, based on scholarship, jurisprudence and, especially, the decision of Extraordinary Appeal no. 587970, in which, unanimously, the cited assistance benefit was granted to a foreign residing in Brazil for over 54 years. To do so, with the scope of deepening the discussion of such a relevant topic, we use the deductive and comparative method of research.

Keywords

Foreigners. Constitution. Assistance. Isonomy.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe, dentre diversos itens, em seu Capítulo III, o tópico nacionalidade, elaborando mandamentos e trazendo definições acerca de quem seria o brasileiro nato e o brasileiro naturalizado, diferenciando-os no tocante a alguns tópicos que serão dissertados ao longo deste artigo; quanto aos estrangeiros, o próprio texto da lei maior traz a determinação de que é assegurado aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, direitos como igualdade, vida, segurança, dentre outros.

Percebe-se uma preocupação do constituinte no tratamento igualitário entre nacional e estrangeiro apenas da leitura deste pequeno dispositivo, que tem uma força constitucional extremamente relevante por estar inserto dentro do caput do art. 5º da Constituição Cidadã.

Ora, foram assegurados em nível constitucional tais direitos, seria adequado uma lei infraconstitucional não permitir, por exemplo, o acesso de estrangeiros ao benefício de prestação continuada destinado aos deficientes e idosos que não possuem recursos para prover seu sustento mínimo? Embora seja de competência infraconstitucional a instituição de tal benefício previsto na Constituição, poderia tal diploma não levar em conta o arcabouço sistemá-

tico propugnado pela Lei Maior? Os defensores desta tese alegam, em apertada síntese, que a eficácia do dispositivo V, do art. 203, limitada de per si, tornaria a lei infraconstitucional apta a dizer quem deve receber o benefício, além do fato da Lei nº 8.742 de 1993 não permitir uma interpretação abrangente, bem como o atual cenário econômico do país não permitir o financiamento de tais comportamentos.

Os que defendem a extensão do benefício aos estrangeiros ressaltam, principalmente, o espírito acolhedor e fraternal do constituinte no momento da elaboração de seu texto, onde a dignidade da pessoa humana guiou a formação de vários mecanismos que possibilitam o alcance da isonomia e igualdade não só entre os próprios brasileiros, mas também entre esses e os estrangeiros.

A discussão foi parar no STF que, por unanimidade, entendeu adequada a concessão do benefício às pessoas idosas e aos portadores de necessidades especiais, ainda que estrangeiros, mesmo que não haja reciprocidade entre países.

Em razão do significado de tal decisão ser um novo paradigma, uma nova base para a construção jurisprudencial no país, ambos os posicionamentos serão abordados e dissecados, tudo com o fito de colocar ambas as teses em combate, avaliando-se desapassionadamente os motivos de cada uma, sob um aspecto imparcial, levando-se em conta, além dos direitos em tela, a situação financeira do país e se tal condição é apta para interferir no julgamento do intérprete do direito.

2. NACIONALIDADE

Os fundamentos de um Estado, além da soberania que é indispensável a este, é necessário o elemento geográfico, qual seja, o território, e o elemento humano, ou seja, o povo. Para haver uma ligação entre estes últimos e o Estado, surge a necessidade de um vínculo que torne a relação estável, sob o aspecto legal e político.

É denominado tal vínculo como nacionalidade que nada mais é do que o elo, ou seja, o liame entre um indivíduo qualquer e o Estado. Ressalte-se que tal junção é de ordem não apenas e exclusivamente política, como também tem seu aspecto jurídico, permitindo que o primeiro possa fruir de determinados direitos e obrigações para com o segundo. Ao tornar-se nacional, passará a integrar-se ao povo de determinado Estado. A necessidade de diferenciar o estrangeiro do nacional é justamente em razão da fruição dos direitos e dos deveres para com seus semelhantes, bem como o coletivo.

Não obstante muitos países não prescreverem mandamentos regulamentares no tocante a nacionalidade no texto da Constituição (como, por

exemplo, França que trata disso em seu Código Civil definindo os meios de obtê-la, arts. 18, 19, 19-1 dentre outros¹), o texto constitucional brasileiro de 1988 narra em capítulo próprio o assunto dando roupagem constitucional para tal tema o que expressa a importância do assunto para o constituinte.

José Afonso da Silva apregoa interessante observação sobre o assunto nacionalidade estar disciplinado em diplomas privados:

Cada Estado diz livremente quais são os seus nacionais. Os fundamentos sobre a aquisição da nacionalidade é matéria constitucional, mesmo naqueles casos em que ela é considerada em textos de lei ordinária. é da tradição pátria inscrever nas constituições as regras sobre nacionalidade, de sorte que, entre nós, o direito de nacionalidade é material e formalmente constitucional. Em outros países como na França, Japão e Itália, a matéria é disciplinada em leis ordinárias, o que não exclui sua natureza constitucional, embora não o seja formalmente. Em todos os casos, o direito de nacionalidade integra o direito público, ainda quando venha configurado entre normas do Código Civil.²

Porém, é necessário destacar que a alocação do tópico nacionalidade não se apresenta como novo constitucionalmente falando, pois a Constituição do Império de 1824 já acomodava o tema, definindo quem era o cidadão brasileiro em seu art. 6º. Vejamos:

Art. 6. São Cidadãos Brasileiros

I. Os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação.

II. Os filhos de pai Brasileiro, e Os ilegítimos de mãe Brasileira, nascidos em paiz estrangeiro, que vierem estabelecer domicilio no Imperio.

III. Os filhos de pai Brasileiro, que estivesse em paiz estrangeiro em sorviço do Imperio, embora elles não venham estabelecer domicilio no Brazil.

IV. Todos os nascidos em Portugal, e suas Possessões, que sendo já residentes no Brazil na época, em que se proclamou a Independência nas Províncias, onde habitavam, adheriram á esta expressa, ou tacitamente pela continuação da sua residencia.

¹ **CÓDIGO CIVIL FRANCÊS EM INGLÊS**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/web/index.php/Media/Traductions/English-en/code_civil_20130701_EN>. Acesso em: 03 nov. 2017.

² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 319.

V. Os estrangeiros naturalizados, qualquer que seja a sua Religião. A Lei determinará as qualidades precisas, para se obter Carta de naturalização.³

A Constituição de 1934 também tratou do assunto, porém a preocupação realmente tornou-se manifesta com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988.

A nacionalidade é um dos principais sustentáculos do Estado Nação, que tem controle não apenas no aspecto territorial (espaço físico do Estado), como também da população que habita neste território.⁴

Francisco Rezek traz importante argumentação a respeito do conteúdo humano da nacionalidade, fazendo considerações relevantes sobre o tema:

Todo o substrato social e histórico do instituto da nacionalidade tende a apontar, de modo inequívoco, apenas o ser humano como seu titular. É por extensão que se usa falar em nacionalidade das pessoas jurídicas, e até mesmo em nacionalidade das coisas. No primeiro caso não há negar valor jurídico ao vínculo, apesar de que fundado quase sempre na mera consideração da sede social ou do lugar de fundação da empresa. No segundo, o uso do termo nacionalidade não excede à metáfora. Assim, a constância com que ouvimos referência a aviões brasileiros ou a sociedades brasileiras de capital aberto não nos deve levar a confundir um vínculo político eminente, dotado de amplo lastro na história das sociedades humanas, com mera sujeição de ordem administrativa, mutável ao sabor da compra e venda.⁵

A importância do tema é tão notável, que existe uma preocupação real de evitar-se o surgimento da figura dos apátridas (pessoa sem vínculo algum com nenhum Estado). Podemos exemplificar tal sentimento com esse pequeno excerto retirado da Declaração Universal dos Direitos humanos: “Artigo 15° 1. Todo o indivíduo tem direito a ter uma nacionalidade; 2. Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua nacionalidade nem do direito de mudar de nacionalidade”⁶.

Dispõe de forma semelhante a Convenção Americana de São José da Costa Rica:

³ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil - 25 de março de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 3 nov. 2017.

⁴ CANOTILHO, J.J Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁵ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 115.

⁶ **Declaração Universal dos Direitos humanos**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2017.

Artigo 20. Direito à nacionalidade 1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade. 2. Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra. 3. A ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade nem do direito de mudá-la.⁷

Ora, embora existam diferenças, conforme será explicitado entre nacionais e estrangeiros, o que não pode ser permitido, principalmente, nos países signatários desta convenção, e dos que observam a Declaração Universal dos Direitos humanos, é a condescendência e a tolerância, permitindo que um indivíduo se mantenha apátrida.

A diferenciação entre nacionais e estrangeiros é perceptível na Constituição Espanhola, conforme raciocínio exposto por José María Ruiz de Huidobro, pois esta admite uma diferenciação fundamentada em seu próprio texto, em razão do estrangeiro não pertencer à comunidade nacional; além da Constituição, em período anterior na legislação espanhola, a primeira lei a regular o assunto direitos e liberdades dos estrangeiros, foi a Lei Orgânica 7/1985 – neste momento a regulação girava em torno, dentre outras disposições, no que se refere à liberdade de trabalhar, entrar e permanecer na Espanha, limitando direitos de forma bastante restritiva, baseado principalmente no tocante à legalidade dos estrangeiros. Necessário destacar que tal diploma tinha, como perceptível, um grande viés discriminatório, sofrendo questionamentos de constitucionalidade em alguns artigos por intermédio do “Defensor del Pueblo”. Outras leis surgiram com o escopo de regular disposições sobre os estrangeiros, a título de exemplo a Lei Orgânica 4/2000 e 8/2000, todavia o que nos interessa é a consequência do movimento legislativo que inspirou alguns princípios como: o respeito à constituição no que concerne ao tratamento isonômico entre espanhóis e estrangeiros tendo duplo viés: não se pode ultrapassar os limites constitucionais como a reserva de alguns direitos restritos aos nacionais como os direitos políticos; por outro lado, não pode haver restrição aos direitos fundamentais vinculados à dignidade da pessoa humana; a liberdade de reunião, manifestação e associação também são extensíveis aos estrangeiros bem como o direito ao trabalho, seguridade social; e, por fim, o reconhecimento de alguns direitos sociais independentemente da situação de regularidade do estrangeiro, ou seja, mesmo se este for ilegal no país, poderá utilizá-lo como a educação e saúde.⁸

⁷ **Convenção Americana de São José da Costa Rica.** Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 01 jul. 2017.

⁸ CARLOS, José María Ruiz de Huidobro. El principio de equiparación entre nacionales y extranjeros en el Derecho español. **Revista Cuadrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales**, Madrid, n. 69, p. 69-88, dez. 2006. Disponível em: <<http://revistas.upcomillas.es/index.php/revistaicade/article/view/661/547>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

Há duas formas para se obter a nacionalidade, vejamos: quando o indivíduo nasce, independentemente de sua vontade, conhecido como forma originária/primária de nacionalidade; e quando o próprio indivíduo a deseja, solicitando-a ou manifestando atos que exprimem o desejo de adquiri-la, como, por exemplo, o casamento em solo estrangeiro, com pessoa estrangeira (quando previsto no país hipotético, como forma de conseguir a nacionalidade), que é denominada forma secundária.

Para determinar quem é nacional, lança-se mão de dois outros critérios, o conhecido *jus soli*, que define quem é nacional, em razão do solo onde houve o nascimento, independente de sua ascendência, e o *jus sanguinis*, que privilegia os laços familiares de filiação, ou seja, serei de determinada nacionalidade em razão da vinculação hereditária, desprezando-se o critério territorial.

A legislação brasileira permite que um indivíduo possa ter mais de uma nacionalidade em duas hipóteses: quando o brasileiro passa a adquirir a segunda nacionalidade em razão dos laços familiares, portanto funda-se na ideia do *jus sanguinis* (forma originária) e, quando para permanecer em território estrangeiro, seja necessária a naturalização como condição de permanência, ambas as hipóteses previstas no art. 12 § 4º, II, a e b da Constituição Cidadã. Interessante destacarmos que a aplicação do *jus sanguinis* varia de país para país, de forma que apenas a vinculação parental não autoriza, de per se, adquirir ou não uma nacionalidade. Em momentos históricos anteriores, a França manteve critérios do *jus sanguinis* diferentes, conforme o momento político e social. Ao tempo do Código Napoleônico, a nacionalidade paterna era acentuada, frente à nacionalidade da mãe; uma criança filha de um pai francês, seria francesa⁹. Diferenças que foram mitigadas com o decorrer dos anos, tendo atualmente o mesmo valor o laço sanguíneo paterno ou materno no apreciar da nacionalidade dos descendentes, além de que o critério *jus sanguinis* não permanece sendo o único meio de adquirir a nacionalidade.¹⁰

A Constituição define quem são os brasileiros natos como aqueles nascidos no solo brasileiro, mesmo que de pais estrangeiros, excetuando apenas os filhos destes últimos quando estão a serviço de seu país, o que seria o caso dos filhos dos diplomatas de embaixadas estrangeiras.

Tal mandamento deixa implícito que, embora haja o critério do *jus soli* para a determinação da nacionalidade, os filhos dos agentes estatais estrangei-

⁹ AZIZI, Sattar. et al. Discriminatory or Non-Discriminatory Application of Jus Sanguinis. **Journal of Politics and Law**, Toronto, v.5 n.1, p. 145-150, mar. 2012. Disponível em: <<http://www.ccse-net.org/journal/index.php/jpl/article/view/15300/10363>>. Acesso em: 03 nov. 2017

¹⁰ **CÓDIGO CIVIL FRANCÊS EM INGLÊS**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/web/index.php/Media/Traductions/English-en/code_civil_20130701_EN>. Acesso em: 03 nov. 2017.

ros guardam uma vinculação de nacionalidade dos pais pelo sangue (*jus sanguinis*) e em razão da função pública que os pais exercem, portanto não serão nacionais.

Os nascidos fora do território nacional, de pai ou mãe a serviço do Brasil, são brasileiros, pelas mesmas regras explicitadas. A expressão a serviço do Brasil não deve ser entendida de forma restrita como apenas as atividades vinculadas à tarefa diplomática, pelo contrário, deve ser compreendida como qualquer função concernente à Administração Pública direta como a União, Estados, DF, Municípios, e a indireta como suas autarquias.

É perceptível que o Brasil adotou a perspectiva do *jus soli*, via de regra, valorizando o prisma do conceito territorial para o propósito de definir quem é nacional e quem não o é. Os filhos de pai brasileiro ou mãe brasileira, nascidos no estrangeiro, caso sejam registrados em repartição brasileira ou venham a residir no Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade, depois de atingida a maioridade, são brasileiros natos.

Já os brasileiros naturalizados, são os que adquirem a nacionalidade brasileira, na forma da lei como os indivíduos oriundos de países que compartilham a língua portuguesa, sendo necessária residência por um ano ininterrupto, sendo idôneos moralmente, conforme art. 12, II, a da CF. Quanto aos estrangeiros de qualquer nacionalidade que requererem a naturalização, para ocorrer a concessão, deverão manter residência em solo nacional, por mais de 15 anos ininterruptos, não havendo, inclusive, condenação criminal. Para ambos os casos, havendo descumprimento de uma das exigências, não ocorrerá a pretensa conquista da nacionalidade brasileira. Dispõe, ainda, o Estatuto do Estrangeiro, Lei nº 6.815/80 de outros requisitos que não serão mencionados neste trabalho.

3. DIFERENCIAÇÃO E SIMILITUDE ENTRE NATOS E NATURALIZADOS

O texto da Carta Maior propugna que não pode ser feita distinção entre brasileiros natos e naturalizados, excetuando as diferenças que a própria Constituição Federal enuncia. Logo, nenhum diploma infraconstitucional teria o condão de criá-las. Exemplo de distinção manifesta, prevista constitucionalmente, é a titularidade de certos cargos, que são apenas e exclusivamente reservados aos brasileiros natos, como os cargos de Presidente e Vice da República, Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Ministro do Supremo Tribunal Federal, da carreira diplomática, de oficial das Forças Armadas e Ministro de Estado de Defesa e, por conseguinte, tal interpretação deve se estender também aos substitutos de tais cargos.¹¹

¹¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

O propósito de tal reserva remete justamente à ideia de proteção nacional, impossibilitando que brasileiros naturalizados ocupem cargos que poderiam, ainda que hipoteticamente, ameaçar a defesa do país.

Todavia, as diferenciações não se restringem apenas aos cargos, pois o brasileiro naturalizado pode ser extraditado, situação não admitida para o brasileiro nato. A extradição ocorrerá em casos em que houve a prática de crime antes da naturalização, ou quando for comprovado envolvimento em tráfico de entorpecentes, após a naturalização.

Ademais, existe ainda limitação no tocante à propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora (rádios) e de sons e imagens (televisão), sendo reservada aos brasileiros natos ou aos naturalizados há mais de dez anos. Tal ocorre, justamente, embasado na ideia de proteção nacional, por ser ponto passível de manobras, ou seja, é um setor estratégico.

Ambos os brasileiros natos e naturalizados podem perder a nacionalidade quando adquirirem outra, de forma voluntária. O que não raro acontece, quando o país estrangeiro possibilita que, com a realização do matrimônio, o nubente estrangeiro ganhe a nacionalidade de seu cônjuge. Trata-se de apenas ato declaratório do Presidente da República, vez que com o ato realizado, ou seja, no caso em tela, o matrimônio, já houve a perda da nacionalidade.¹²

José Javier Ezquerro Ubero e Isabel Eugenia Lázaro González dissertam sobre o papel da nacionalidade do indivíduo como um método de determinar qual lei seria aplicável, tamanha relevância que o tema carrega. Analisa-se a hipótese de divórcio entre estrangeiros onde havia divergência de interpretações, trazendo como consequência insegurança jurídica em razão de nesses casos haver uma zona cinzenta na antiga redação do art. 107 do Código Civil. Em um caso concreto foi constatado que caso uma mulher muçulmana se desejasse separar na Espanha, decisões jurisprudenciais diferentes eram emitidas. O artigo 107 do Código Civil Espanhol previa que, no tocante a separação e divórcio, a lei comum aos nubentes (caso fossem da mesma nacionalidade) era a que deveria prevalecer, caso de nacionalidades diferentes a do último domicílio prevaleceria se o cônjuge ainda residisse nesse Estado. Caso um dos cônjuges seja Espanhol ou resida na Espanha, a lei espanhola é a que será aplicada.¹³

¹² REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: Curso Elementar. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹³ UBERO, José Javier Ezquerro; GONZÁLEZ, Isabel Eugenia. El critério de la nacionalidade en la reforma del Derecho internacional privado español. **Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales**, Madrid, n. 69, p. 293-315, dez 2006. Disponível em: <<http://revistas.upcomillas.es/index.php/revistaicade/article/view/673/557>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

Rezek vai além, afirma que a perda da nacionalidade não pode ocorrer de mera declaração por parte da lei estrangeira, deve ser um comportamento ativo da parte, rechaçando-a. Vejamos:

Se, ao contrair matrimônio com um francês, uma brasileira é informada de que se lhe concede a nacionalidade francesa em razão do matrimônio, a menos que, dentro de certo prazo, compareça ela ante o juízo competente para, de modo expresso, recusar o benefício, sua inércia não importa naturalização voluntária. Não terá havido, de sua parte, conduta específica visando à obtenção de outro vínculo pátrio, uma vez que o desejo de contrair matrimônio é, por natureza, estranho à questão da nacionalidade. Nem se poderá imputar procedimento ativo a quem não mais fez que calar. Outra seria a situação se, consumado o matrimônio, a autoridade estrangeira oferecesse, nos termos da lei, à nubente brasileira a nacionalidade do marido, mediante simples declaração de vontade, de pronto reduzida a termo. Aqui teríamos autêntica naturalização voluntária, resultante do procedimento específico – visto que o benefício não configurou efeito automático do matrimônio –, e de conduta ativa, ainda que consistente no pronunciar de uma palavra de aquiescência¹⁴

Nos casos de imposição da nacionalidade estrangeira como exigência, verdadeiro requisito para sua estadia em solo estrangeiro, não ocorrerá a perda da nacionalidade, conforme dispositivo constitucional, art. 12, § 4º, II, b.

Excepcionalmente, o brasileiro naturalizado sofrerá a perda da nacionalidade, caso pratique atividade contrária ao interesse nacional, porém, só poderá ser decretada após decisão judicial com o devido trânsito em julgado.

4. OS ESTRANGEIROS

Clovis Beviláqua comenta a situação do estrangeiro em períodos anteriores da história e como era o relacionamento entre o Estado e a população alienígena:

As associações políticas primitivas, sob o influxo dos sentimentos guerreiros e religiosos, olhavam para o estrangeiro como para um inimigo que estivesse constantemente ameaçando a sua existência e a sua religião. O estrangeiro não colaborava para o bem-estar da comunidade, falava outra língua, adorava outros deuses, adotava outros costumes, não podia merecer benevolência [...]. Dos povos gregos, foram os atenienses os que mais facilitam o acesso do estrangeiro a terras helênicas, porque ali mais se desenvolveram o comércio, as indústrias e as artes. Havia no direito ateniense três clases (sic) de estrangeiros: os isotélos, os metécos e os

¹⁴ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: Curso Elementar. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 190.

bárbaros. Os primeiros, por deliberação popular ou por um tratado gozavam de quase todos os direitos civis do ateniense ou mesmo de todos, conforme os termos da concessão. Quando, em virtude de tratado era estabelecida a igualdade plena dos direitos, dava-se a isopolitia cujos exemplos, aliás, são muito raros. O metécos tinha a permissão de estabelecer-se em Atenas, mas não podia possuir imóveis, nem fazer testamento, nem ser herdeiro inscrito, nem contrair justas núpcias.¹⁵

Dispensável dizer que a relação entre nacionais e estrangeiros, bem como destes para com o Estado teve alteração vertiginosa. A visão humanitária do estrangeiro, atualmente é a que predomina, em oposição as ideias arcaicas que imperavam anteriormente.

Georg Simmel disserta sobre os estrangeiros em sua essência:

Se o mover for o contraste conceptual do fixar-se, com a liberdade em relação a cada ponto dado do espaço, então, a forma sociológica do “estrangeiro” representa, não obstante, e até certo ponto, a unidade de ambas as disposições. Revela também, certamente, que as relações concernentes ao espaço são, por um lado, apenas, a condição e, por outro, o símbolo das relações entre os seres humanos. Não se usa aqui, destarte a noção de estrangeiro no sentido habitual, em relação àquele que vem hoje e amanhã se vai, mas como o que vem hoje e amanhã pode permanecer – porque era possível se mover e, embora não siga adiante, ainda não superou completamente o movimento do ir e vir. Fixo dentro de um determinado raio espacial, onde a sua firmeza transfrontereira poderia ser considerada análoga ao espaço, a sua posição neste é determinada largamente pelo fato de não pertencer imediatamente a ele, e suas qualidades não podem originar-se e vir dele, nem nele adentrar-se.¹⁶

A palavra “estrangeiro”, vem ganhando destaque do direito (bem como de outras ciências como a sociologia), em razão dos fluxos migratórios do século 21. Para compreender este fenômeno é necessário analisarmos a possibilidade e o alcance do migrante. Em oposição a períodos anteriores da história, onde o raio limitava-se a migrar para a cidade mais próxima em busca de melhores condições, ou migrar para uma nova capital do estado; em um mundo globalizado a perspectiva do migrante também é globalizada, ou seja, sem fronteiras. As influências da televisão, do cinema, do contato com pessoas diferentes, do incentivo ao consumo, do esbanjamento do luxo, e da abundância

¹⁵ BEVILAQUA, Clovis. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Rio, 1978, p. 113.

¹⁶ SIMMEL, Georg. O Estrangeiro. **Revista Brasileira de Sociologia da Emoção**. João Pessoa, v. 4, n. 12, p. 350-357 dez 2005. Disponível em: <<http://www.cchla.ufpb.br/rbse/N%FAmeros%20Anteriores/RBSEv4n12dez2005.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

de informações gera a promessa de uma vida com mais qualidade, o que pode incentivar as migrações internacionais.¹⁷

Portanto, repensar a relação que o estrangeiro tem com um Estado nação, mostra-se como uma verdadeira necessidade.

Francisco Rezek comenta a respeito da situação e do vínculo que passa a existir entre estrangeiros e Estado:

Nenhum Estado é obrigado, por princípio de direito das gentes, a admitir estrangeiros em seu território, seja em definitivo, seja a título temporário. Não se tem notícia, entretanto, do uso da prerrogativa teórica de fechar as portas a estrangeiros, embora a intensidade de sua presença varie muito de um país a outro: o número de estrangeiros residentes é maior no Brasil que na Espanha, onde, contudo, são muito mais numerosos os visitantes de curto prazo; excedendo de longe, uns e outros, o contingente de estrangeiros que, a qualquer título, se dirigem ao Nepal ou à Albânia. Entretanto, a partir do momento em que admite o nacional de outro país no âmbito espacial de sua soberania, tem o Estado, perante ele, deveres resultantes do direito internacional costumeiro e escrito, cujo feito e dimensão variam segundo a natureza do ingresso¹⁸.

Ao falarmos em estrangeiros e da possibilidade ou não do Estado em admiti-los no seu território, a Corte Interamericana de Direitos Humanos enfrentou questão polêmica, trata-se de uma expulsão coletiva de estrangeiros noticiado no “Caso pessoas dominicanas e haitianas expulsas vs. República Dominicana”, onde foi consubstanciado o raciocínio da vedação de expulsões coletivas.¹⁹ Embora, como Rezek explicitou na citação acima, não há notícia atual do uso de métodos para fechar as portas para estrangeiros de maneira expressa, no caso concreto, violações constantes dos direitos humanos existem.

Ora, o ingresso do indivíduo em território nacional definirá como será a relação entre o Estado e o ser humano em questão. A diferenciação que primeiramente ocorre, é entre os estrangeiros que desejam se instalar no território com ânimo definitivo daqueles que querem apenas e temporariamente transitar pelo país, como ocorre com turistas.

Apesar dessa distinção inicial entre os estrangeiros, o Estado deve assegurar, até mesmo em situações onde o primeiro passa de forma efêmera no

¹⁷ MARTINE, George. A globalização inacabada migrações internacionais e pobreza no século 21. **Revista São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 19, n. 3, p. 3-22, jul. 2005. Disponível em: <http://produtos.seade.gov.br/produtos/spp/v19n03/v19n03_01.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2017.

¹⁸ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.122.

¹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso pessoas dominicanas e Haitianas expulsas VS. República Dominicana**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/contenudo/arquivo/2016/09/edc3cfd3cdfbb8cb73bdf425abfb85c9.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

território do segundo, direitos como a vida, a integridade física, o direito de petição dentre tantos outros.

Grande parte dos países outorga aos estrangeiros a fruição dos direitos civis, com poucas restrições. Geralmente, como exemplo de exceção a tais direitos está o exercício do trabalho remunerado, que está reservado, via de regra, ao estrangeiro residente. O estrangeiro não possui, atualmente, direitos políticos, ainda que tenha ânimo de aqui consubstanciar sua moradia de forma definitiva. Tal princípio é abrandado, apenas, por diplomas como o Tratado de Amizade/Tratado de Porto Seguro (Decreto nº 3.927) e convenções como o estatuto da igualdade, materializado através do Decreto nº 70.391 de 12 de abril de 1972, o qual dispõe de forma apertada das relações entre brasileiros e portugueses. O art. 7º do citado decreto dispõe:

Art. 7º (1) O gozo de direitos políticos por portugueses no Brasil e por brasileiros em Portugal só será reconhecido aos que tiverem cinco anos de residência permanente e depende de requerimento à autoridade competente. (2) A igualdade quanto aos direitos políticos não abrange as pessoas que no Estado da nacionalidade, houverem sido privadas de direitos equivalentes. (3) O gozo de direitos políticos no Estado de residência importa na suspensão do exercício dos mesmos direitos no Estado da nacionalidade. Ou seja, não havendo tratado ou mecanismo internacional que preveja de forma contrária, estrangeiros, na generalidade, não podem votar ou ser votados.²⁰

Em uma análise breve, seria possível concluir que, caso um direito específico não esteja consubstanciado em um diploma legal, e não havendo reciprocidade com o país estrangeiro, não seria possível estender direitos ao indivíduo de outra pátria. Todavia, ao ser feita uma leitura constitucional, outras interpretações poderão ser alcançadas conforme será analisado.

5. MÍNIMO VITAL E ESTRANGEIROS

O Decreto nº 6.214 que regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social à pessoa com deficiência e ao idoso previsto na Lei nº 8.742, define o seguinte, sendo extremamente preciso em sua redação:

Art. 7º O Benefício de Prestação Continuada é devido ao brasileiro, nato ou naturalizado, e às pessoas de nacionalidade portuguesa, em consonância com o disposto no Decreto nº 7.999, de 8 de maio de 2013, desde que comprovem, em qualquer dos casos,

²⁰ BRASIL. Decreto nº 70.391 de 12 de abril de 1972. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70391.htm>. Acesso em: 01 jul. 2017.

residência no Brasil e atendam a todos os demais critérios estabelecidos neste Regulamento.²¹

Percebe-se, em primeiro momento, que não há qualquer referência à palavra estrangeiro para ser permitida a interpretação e extensão de uma possível concessão de benefício a eles, pois se o legislador o quisesse, teria feito de maneira expressa, já que ao longo de todo diploma constitucional são feitas ressalvas aos direitos políticos, de propriedade dentre outros aos estrangeiros, definindo de forma clara tais limitações. Aparentemente, utilizando-se de uma interpretação semântica, se é devido o benefício aos brasileiros natos, naturalizados e aos portugueses, não havendo referência qualquer a estrangeiros, a razão seria a exclusão destes para o pleito de tal benefício; argumento que ensea uma das principais críticas ao deferimento de um benefício que legalmente (em uma interpretação estrita) não poderia ser concedido, não havendo previsão taxativa que possibilitaria a fruição de tal prerrogativa aos estrangeiros.

A precisão do texto da lei torna outras interpretações questionáveis, principalmente, colocando a debilidade dos recursos públicos em evidência.

Existem projeções que apontam um déficit financeiro alarmante, em 2018 a Previdência Social alcançará a quantia de R\$ 202 bilhões, valor superior aos gastos com saúde e com investimentos públicos.²²

Todavia, a argumentação não se limita apenas ao fato de não constar a partícula estrangeiro, vejamos o que dispõe o art. 1º da Lei 8.742: “Art. 1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas”.²³

A palavra cidadão tem como significado jurídico indivíduo que está no gozo dos direitos políticos. E como já afirmado no decorrer deste artigo, via de regra, somente o nacional nato ou naturalizado possui tais direitos, com exceção do estatuto da igualdade firmado entre Brasil e Portugal, logo não há que se falar em assistência social aos estrangeiros.

Ainda a respeito deste artigo da Lei 8.742, o argumento de que a assistência social seria outorgada apenas aos “cidadãos” parece equivocado, sim-

²¹ BRASIL. **Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm>. Acesso em: 01 jul. 2017.

²² CARNEIRO, Mariana. **Deficit da Previdência supera gastos com saúde e investimentos**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/06/1896580-deficit-da-previdencia-supera-gastos-com-saude-e-investimentos.shtml>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

²³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 jul. 2017.

plesmente porque o preso (que como sabido tem os direitos políticos suspensos) também se utiliza da proteção à maternidade, quando gestante, não sendo restrito apenas aos cidadãos (art. 2º, I, a).

Com respeito a tais teses inicialmente defendidas pela Advocacia Geral da União na defesa de que o benefício assistencial em análise não deveria ser concedido ao indivíduo simplesmente por ser estrangeiro, não prospera, vejamos o que dispõe o art. 203 da Constituição Federal, que corrobora com este raciocínio:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.²⁴

Percebe-se, portanto, que o dispositivo constitucional ao utilizar-se da expressão grifada “quem necessitar”, não a está restringindo somente ao cidadão nacional. Se a intenção, como argumenta a autarquia INSS, fosse restringir, o constituinte teria feito procedimento similar à ação popular, onde somente o cidadão (ou seja, aquele com direitos políticos regulares) pode impetrar este remédio constitucional. Ademais, o art. 5º da Carta Maior propugna a igualdade entre brasileiros e estrangeiros no tocante à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade

Logo, não parece ser adequado tratar desigualmente alguém que a Constituição Federal, neste caso do benefício assistencial em tela, não diferenciou, sendo o direito ao salário mínimo ao deficiente e ao idoso, direito também do estrangeiro, com a finalidade de garantir-se a dignidade da pessoa humana, pois, o conhecido LOAS (nomeado corriqueiramente com tal nome, embora a sigla signifique Lei orgânica da assistência social, tal nomeação surgiu em razão do benefício de prestação continuada estar inserto no diploma da lei orgânica, sendo conhecido tanto na doutrina e na jurisprudência por tal nome) tem como finalidade conceder um mínimo existencial para a sobrevivência do ser humano.

Sobre a dignidade da pessoa humana, Bianco Zalmora Garcia preceitua:

O ordenamento jurídico compreende a dignidade como qualidade intrínseca da pessoa humana em sua realização existencial, irrenunciável e inalienável. Deste modo, vincula-se à sua compreensão como princípio ético-normativo baseado na auto compreensão do ser humano como fim em si mesmo e não na sua utilização como um meio. É no contexto de modernização complexa

²⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 jul. 2017.

das sociedades contemporâneas que o conceito de dignidade humana, além de expressar a necessidade de uma ética da responsabilidade e da solidariedade, introduz um elemento de ordem e de harmonização no conflito das relações das comunidades humanas.²⁵

Dizer que a dignidade da pessoa humana é um direito de caráter universal não é novidade, as Constituições democráticas e as diversas declarações internacionais propugnam tal ideia com a naturalidade que lhe é merecida. Falar que a dignidade da pessoa humana, deve regular e nortear o sistema jurídico como um todo, é um axioma irrefutável, porém, tentar definir o que é o objeto, ou melhor, o alcance de tal princípio, abre-se na expressão de Gunther Maluschke “uma caixa de Pandora cheia de problemas”²⁶, em razão da amplitude do assunto.

Os argumentos aqui trazidos foram expostos de maneira inteligível pela autarquia INSS e pela representante da requerente, tendo como resultado deferimento do benefício em primeira e segunda instância, motivo pelo qual houve o recurso extraordinário por parte da autarquia, questionando, em apertado resumo, a repercussão geral que causaria a concessão do benefício aos estrangeiros e refugiados. A tese financeira e a falência do sistema previdenciário, já eram argumentos utilizados pela autarquia²⁷ e a crítica da interpretação do inciso V, do art. 203, ser de constitucionalidade limitada, ou seja, é necessária lei infraconstitucional para ter seus efeitos devidamente aplicados e, havendo-a, o judiciário não poderia ampliar a intenção do legislador, foram bem utilizados na fundamentação do recurso, havendo violação frontal da Constituição Federal, segundo os recorrentes.

Uadi Lammêgo Bulos define o que seriam tais normas de eficácia constitucional limitada, em suas palavras:

Normas constitucionais de eficácia limitada e aplicabilidade diferenciada são as que dependem de lei para regulamentá-las. No momento que são promulgadas, apresentam eficácia jurídica, mas não efetividade (eficácia social). Logo, não produzem todos os seus efeitos, os quais dependem de lei para se concretizar. Daí a aplicabilidade reduzida dessas normas. [...] as leis editadas para

²⁵ GARCIA, Bianco Zalmora; GODOY, Edvania Fátima Fontes. Multiculturalismo e a indissociabilidade entre os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social no Estado Democrático de Direito. **Revista Nomos**, Fortaleza, v. 31, n.1, p. 53-78, jan./jul. 2011. p. 10. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/397/379>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

²⁶ MALUSCHKE, Gunther. A Dignidade Humana como princípio Ético-Jurídico. **Revista Nomos**, Fortaleza, v. 27, n. 2, p. 95-117, jul./dez. 2007. p. 107. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/411/393>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 587970**. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Recorrido: Felícia Mazzitello Albanese. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2621386>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

regulá-las podem ampliar o conteúdo delas, aumentando o campo de abrangência dos assuntos que disciplinam; • enquanto não advier normatividade para viabilizar o exercício do direito ou benefício que consagram, permanecem inaplicáveis; por isso, são normas de aplicação indireta, mediata ou diferida; e embora não nasçam prontas para ser aplicadas, pois dependem de lei para lograr eficácia social, produzem efeitos normativos, vinculando o legislador infraconstitucional aos seus comandos e paralisando os efeitos das leis que as desrespeitarem.²⁸

Também, é reafirmado que a partícula “cidadão” disposta no art. 1º da Lei 8.742, refere-se ao indivíduo nacional, em detrimento do estrangeiro que não possui tal característica. A seletividade do legislador para restringir o benefício aos nacionais demonstra preocupação financeira e social; o Estado deve colaborar com o sustento daqueles que preenchem os requisitos do benefício, todavia, não há que se falar na concessão deste, para estrangeiros que não cumprem condição vital, segundo a autarquia.

Ora, não levar em conta o que o art. 203, V, narra, embora não tenha sido declarada a inconstitucionalidade de fato pelo poder judiciário, demonstra a importância das forças em jogo.

A procuradoria geral da república utiliza como argumentos a falta de previsão legal interna e externa (norma internacional) para possibilitar uma interpretação que beneficiasse estrangeiros, podemos citar como exemplo a Convenção sobre Igualdade de tratamento de nacionais e não nacionais, que traz importante dispositivo que poderia resolver a controvérsia, no sentido de negar-se a permissão do benefício. Vejamos o art. 10, da referida convenção, da qual o Brasil é signatário:

Artigo 10 §1. As disposições da referida Convenção serão aplicadas aos refugiados e aos apátridas sem condição de reciprocidade. §2. A presente Convenção não se aplica aos regimes especiais dos funcionários nem aos regimes das vítimas de guerra, **nem à assistência pública** (grifo nosso). §3. A presente Convenção não obriga nenhum Membro a aplicar suas disposições às pessoas que, em virtude de instrumentos internacionais, serão isentos da aplicação das disposições de sua legislação nacional de previdência social.²⁹

Aduzindo ainda que Brasil e Itália possuem acordo consubstanciado no Decreto 80.138, que é silente justamente ao tópico da assistência social.

²⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 482.

²⁹ **Convenção da OIT (nº 118) sobre Igualdade de Tratamento dos Nacionais e Não-Nacionais em Matéria de Previdência Social**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvOit118.html>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

Como já foi lembrado em momento anterior, a questão financeira muito influi em uma decisão deste nível, e as consequências poderiam comprometer a autarquia, alegando-se a reserva do possível para negar uma possível concessão em sede de recurso extraordinário.

Sobre o princípio em comento, Maria Sylvia Zanella di Pietro traz o conceito e se posiciona a respeito da intervenção do judiciário sobre as possibilidades da Administração Pública:

[...] Daí o princípio da reserva do possível, oriundo do direito alemão: os deveres estatais, impostos pelo ordenamento jurídico, devem ser cumpridos na medida em que o permitam os recursos públicos disponíveis. Surge então o difícil problema de tentar estabelecer critérios para a definição de políticas públicas: quais as prioridades a serem atendidas? Quais as escolhas que melhor atendem às metas constitucionais? Pode o Poder Judiciário (ou outro órgão de controle) interferir nas escolhas feitas pelo legislador ao definir as metas no Plano Plurianual e distribuir recursos nas leis orçamentárias? Pode o Poder Judiciário interferir nas escolhas feitas pela Administração Pública? Rigorosamente, não pode o Judiciário interferir em políticas públicas, naquilo que a sua definição envolver aspectos de discricionariedade legislativa ou administrativa. O cumprimento das metas constitucionais exige planejamento e exige destinação orçamentária de recursos públicos. Estes são finitos. Não existem em quantidade suficiente para atender a todos os direitos nas áreas social e econômica. Essa definição está fora das atribuições constitucionais do Poder Judiciário.³⁰

Os argumentos selecionados de ambas as partes guardam consigo interpretações opostas: a autarquia reduzindo o alcance da interpretação, enquanto a requerente amplia a hipótese para se encaixar na ideia do benefício.

O Ministro Marco Aurélio define bem a finalidade do benefício previsto na Constituição. Vejamos:

A Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, imbuída de espírito inclusivo e fraternal, fez constar o benefício assistencial previsto no artigo 203, inciso V, da Lei Básica da República. Consubstancia especialização dos princípios maiores da solidariedade e da erradicação da pobreza, versados no artigo 3º, incisos I e III, nela contido. Concretiza a assistência aos desamparados, estampada no artigo 6º, cabeça, do Diploma Maior. Daí ostentar a natureza de direito fundamental.³¹

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 869.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 587970**. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Recorrido: Felícia Mazzitello Albanese. Relator: Ministro

Parece haver razão o argumento de que lei infraconstitucional regularia quem seria apto a receber o benefício, entretanto, em uma leitura conjunta do diploma que concede o direito assistencial e a Constituição Federal, aliado do princípio da igualdade outorgada a estrangeiros e nacionais e da dignidade da pessoa humana, a interpretação que foi adotada pelo excelso Supremo Tribunal Federal é de que a lei infraconstitucional deve ser lida aos ditames da Constituição Cidadã e não o contrário, o que nos parece acertado em razão da própria solidez sistemática constitucional e da hierarquia das normas. Principalmente, porque as interpretações devem sempre levar em conta os ideais propugnados na Constituição Federal, ora, se o constituinte deixou no caput do art. 203 a expressão “a assistência social será prestada a quem dela necessitar”, deve haver um entendimento amplo.

Ao interpretar os dispositivos constitucionais, devem ser levados em conta fatores como a disposição dos tópicos (ordem de estruturação dos direitos). Embora tal mecanismo não seja restritivo, auxilia no momento da exegese. Sobre este assunto Polyana Vidal Duarte e Nilton Cesar Flores expressam:

A proteção à dignidade da pessoa humana localiza-se no Título I, fato que pela técnica legislativa adotada revela a importância de tal dispositivo, que precede a todos os demais capítulos constitucionais, servindo de base interpretativa para eles. Este princípio confere unidade axiológica ao sistema jurídico-constitucional, vinculando o aplicador do direito que, ao interpretar e aplicar as normas jurídicas deverá primar pela proteção da pessoa humana. Portanto, o sistema jurídico em geral, e os direitos fundamentais em especial, encontram seu fundamento na pessoa humana. Entender o conteúdo substancial do princípio da dignidade da pessoa humana é compreender que o ser humano é bússola a nortear todo o sistema. Nessa perspectiva de análise, suas necessidades têm que ser consideradas concretamente, não podendo se sujeitar aos modelos tradicionalmente abstratos de proteção.³²

É ressaltado também no voto do Recurso Extraordinário nº 587970 que, embora os outros entes e Poderes tenham suas próprias interpretações, quem tem o dever de se pronunciar para dirimir as controvérsias oriundas de uma interpretação constitucional é o próprio STF. Analisando o dispositivo do art. 203, percebe-se que a intenção do legislador é a de estender o benefício a quem

Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2621386>>. p. 5. Acesso em: 01 jul. 2017.

³² DUARTE, Polyana Vidal; FLORES, Nilton Cesar. A proteção da dignidade da pessoa humana como paradigma para a superação da dicotomia entre direito público e direito privado. **Revista da Faculdade de Direito**, Fortaleza, v. 36, n. 2, p. 213-232, jul. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/504/421>>. Acesso: 03 nov. 2017, p. 216.

dele necessitar, observando-se principalmente aqueles princípios tão repetidos, como a erradicação da pobreza, a solidariedade, a dignidade da pessoa humana etc.

O Brasil, em específico, desde sua formação embrionária, foi um país composto de estrangeiros de diversas nacionalidades, em especial, os oriundos do continente europeu, dos africanos e também, por sua vez, dos asiáticos, tendo a cultura nacional sido influenciada nos mais diversos setores, dentre eles, a culinária, a religião a música e etc.

O mínimo existencial deve estar presente e se traduz na seguinte forma, segundo descrição de Thadeu Weber:

A dignidade da pessoa humana como preceito ético e fundamento constitucional exige do Estado não só respeito e proteção, mas garantia de efetivação dos direitos dela decorrentes. Toda a pessoa é sujeito de direitos e deveres e como tal deve ser tratada. Quando, do ponto de vista jurídico, falamos de um “mínimo existencial” estamos tratando de algo intrinsecamente ligado à realização dos direitos fundamentais, que representam a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. A ideia que o norteia refere-se à preservação e garantia das condições e exigências mínimas de uma vida digna. Isso significa dizer que o direito ao mínimo existencial está alicerçado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana. Que esta seja respeitada, protegida e promovida é dever do estado.³³

Não parece ser o argumento da diferença da nacionalidade apto a dificultar ou impedir o recebimento de um benefício destinado ao hipossuficiente que tem idade avançada ou àquele que tem alguma deficiência, principalmente em razão do já exposto na Constituição Federal, mesmo que não haja disposição expressa na lei infraconstitucional da autorização deste. A igualdade impressa no caput do art. 5º expressa a necessidade de tratamento imparcial entre brasileiros e estrangeiros, segundo o Ministro, seguindo em unanimidade os demais ministros votantes.

Porém, ressalta Maria Sylvia Zanella de Pietro, de forma adequada, a dificuldade de se estabelecer equilíbrio entre o aspecto financeiro e a dignidade da pessoa humana:

Não há critérios objetivos que permitam definir, com precisão, o que é essencial para que se garanta a dignidade da pessoa humana, ou em que consiste o núcleo essencial dos direitos fundamentais ou o mínimo existencial. E mesmo esse mínimo pode estar fora do alcance do poder público, pela **limitação dos recursos**

³³ WEBER. Thadeu. A ideia de um “mínimo existencial” de J. Rawls. **Revista Kriterion**, Belo Horizonte, n. 217, p. 197-210, jun. 2013. p. 2. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2013000100011>. Acesso em: 01 jul. 2017.

financeiros (grifo nosso). Não é por outra razão que o cumprimento das metas constitucionais exige planejamento [...].³⁴

O modo de interpretar a sistematização dos direitos fundamentais no Brasil tem como grandes inspirações o modelo Alemão (*statute law*/controle concentrado de constitucionalidade) e o sistema Americano (*Common Law*), bem como de outros países, todavia, em menor escala, o que demonstra uma versatilidade da estrutura constitucional, (uma miscelânea do sistema). Sucintamente, o direito constitucional americano evita atos de intervenção judicial em demandas políticas, bem como na defesa dos direitos sociais, com a finalidade de consolidar e valorizar uma democracia participativa, em oposição, o direito alemão visa uma interferência judicial na sociedade.³⁵ A combinação das várias influências constitucionais pode indicar, justamente, a diversidade de opiniões acerca do assunto, ser objetivo e interpretar a legislação em um sentido formal, ou analisar todo o alicerce constitucional.

Alfred Verdross já propugnava em sua obra *Derecho Internacional Publico* direitos que pertencem também aos estrangeiros, seja por tais direitos estarem taxativamente previstos em um ordenamento interno, ou por serem oriundos da pessoa humana. Qualquer corrente que adote direitos como a liberdade, a possibilidade de buscar o judiciário (podendo demandar ou ser demandado), a proteção da propriedade privada (como, por exemplo, a privação direta de um bem, simplesmente pelo indivíduo ser estrangeiro, visa vedar exatamente medidas de caráter confiscatório) e honra, sendo reconhecido como sujeito de direito.³⁶ O direito ao benefício de prestação continuada, em termos de Brasil, se encaixaria na hipótese?

Questão polêmica que ganha novos ares com os fluxos migratórios recentes no Brasil.

6. FLUXOS MIGRATÓRIOS NO BRASIL

A questão humanitária e constitucional torna-se ainda mais complexa, com os novos fluxos migratórios no cenário nacional. A história do Brasil foi composta pela miscelânea de vários povos e culturas, e novamente o Brasil passa a acolher estrangeiros. A diferenciação tangível, porém, é que no passado colonial do Brasil, o solo, e o imaginário cultural pintavam uma terra com

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo e dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional A&C**, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 13-33, abr./jun. 2013. p. 21. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/131/274>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

³⁵ VASCONCELOS, Eneas Romero. Interpretação dos direitos fundamentais: caminhos para a hermenêutica constitucional no Brasil. **Revista Jurídica da UNIF**, Fortaleza, v.5, n.1, p.161-184, abr. 2008. Disponível em: <<http://www.uni7setembro.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/view/215/239>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

³⁶ VERDROSS, Alfred. **Derecho Internacional Publico**. 5. ed. Madrid: Aguilar, 1978.

riquezas infinitas e quase inexploradas, diferente do atual momento, onde há forte desemprego, riquezas na mão de poucos e perspectiva de crescimento quase inócuo em um cenário internacional. A dignidade do ser humano, embora presente no texto constitucional, não é suficiente para consubstanciar sua plena e máxima efetividade, nascendo uma lacuna entre realidade fática e existência jurídica³⁷, principalmente em um período de instabilidade econômica.

A migração de haitianos, em razão da catástrofe ocorrida em 2010 (embora não seja o único motivo, tendo-se em vista a pobreza que assola o país), saltou de 7 (número oficial) em 2009, para 29.241, todavia, o número é maior se levarmos em conta os haitianos não documentados, os que atuam na informalidade, bem como outras variantes, podendo alcançar a marca de 59.750³⁸. Atualmente, venezuelanos chegam ao Brasil para fugir de uma penúria extrema, estima-se que a inflação mais alta do mundo é a venezuelana. Uma das rotas mais comuns de entrada, tanto para os haitianos quanto para os venezuelanos é por meio dos Estados da região norte que fazem fronteira com outros países. Números oficiais apresentam um dado importante a ser levado em conta, dos períodos de 2010-2015, houve um aumento da população de migrantes em 20%.³⁹

A relevância do tema é cabal, porém, há dificuldades práticas entre a constitucionalidade e a efetividade plena dos preceitos da lei maior no caso concreto. Como possibilitar que qualquer estrangeiro (que cumpra os requisitos da lei) possa receber o benefício, quando há dificuldade financeira até mesmo de garantir a assistência aos nacionais? No atual cenário econômico que o Brasil passa, resposta harmônica parece ser impossível.

As decisões do STF tem pela sua própria natureza repercussão que ultrapassa os limites da controvérsia original; uma situação é conceder o benefício LOAS para uma italiana (ou seja estrangeira) residente há mais de 54 anos no Brasil, que embora não tenha formalmente adquirido o vínculo da nacionalidade, neste solo deitou raízes, adquiriu hábitos nacionais, tornou-se uma tupiniquim ao longo das décadas, características que não foram levadas em conta para diferenciar estrangeiros em futuros pleitos no judiciário. Ou seja,

³⁷ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; SENGER, Ilise. As migrações no mundo contemporâneo e o paradoxal papel dos direitos humanos: proteção ou abandono? *Revista Nomos*, Fortaleza, v. 37, n. 1, jan.2017. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2558/30829>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

³⁸ OLIVEIRA, Wagner. **Haitianos no Brasil: hipóteses sobre a distribuição espacial dos imigrantes pelo território brasileiro**. Diretoria de Análises Públicas - FGV. Disponível em: <<http://dapp.fgv.br/haitianos-no-brasil-hipoteses-sobre-distribuicao-espacial-dos-imigrantes-pelo-territorio-brasileiro/>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

³⁹ ONU. **População de migrantes no Brasil aumento 20% no período de 2010-2015**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/populacao-de-migrantes-no-brasil-aumentou-20-no-periodo-2010-2015-revela-agencia-da-onu/>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

como não houve diferenciação é possível a requisição do benefício, o que não parece razoável de um ponto de vista realista.

Como é demonstrado, o problema é complexo e tem efeitos de escala nacional e internacional, não só no tocante à ideia dos próprios direitos humanos, como também na possibilidade fática financeira do país de arcar com tais medidas.

7. CONCLUSÃO

A diferenciação primária, entre o brasileiro nato e naturalizado foi elaborada no trabalho, com o intento de trazer uma introdução ao problema das diferenciações que existem entre brasileiros, e da discussão que existe entre as diferenciações entre brasileiros e estrangeiros que de fato foi questionada no STF, por meio do Recurso Extraordinário de nº 587.970, que, em apertado resumo, indagava se seria lícita ou não a concessão do benefício LOAS (conhecido erroneamente por tal nome, porém a doutrina e a jurisprudência se utilizam deste, de forma ampla), destinado às pessoas portadoras de deficiência e idosas, entenda-se, no tocante à palavra idoso, a pessoa com mais de 65 anos, aos estrangeiros, que na visão da Procuradoria, e da autarquia INSS, seria incabível, em razão destes não preencherem o requisito da lei infraconstitucional que regula o benefício – Lei 8.742 de 1993, bem como o dispositivo constitucional que o regula, qual seja, o art. 203, V, não ter eficácia imediata, tendo-se em vista existir a partícula “conforme dispuser a lei” o que tornaria tal matéria, como perceptível, sujeita e afeta à lei, traçando a Carta Cidadã apenas os preceitos iniciais.

A argumentação também girou no tocante à possibilidade financeira dos cofres públicos conseguirem custear ou não tal benefício caso fosse estendido aos estrangeiros que passem a habitar o solo nacional, levantando-se inclusive à ideia da reserva do possível; embora haja convenções, inclusive as quais o Brasil é signatário, como, por exemplo, a Convenção Sobre Igualdade de tratamento de nacionais e não nacionais, consubstanciado no Decreto Legislativo n.º 31, de 20 de agosto de 1968, e sobre o Acordo que Brasil e Itália possuem, concretizado no Decreto nº 80.138, de 11 de agosto de 1977, cuja primeira exclui taxativamente em seu art. 10 §2, afirmando que a convenção não se aplica à assistência pública, enquanto a segunda é silente a respeito do tema.

A tese vencedora, de forma unânime, contudo, salienta a necessidade da preservação do mínimo existencial, materializado através da dignidade da pessoa humana, da erradicação da pobreza, e da isonomia outorgada no art. 5º, não apenas aos nacionais, mas também aos estrangeiros, logo, o benefício assistencialista não poderia ser negado, principalmente, por ter como escopo atender idosos e os portadores de necessidade especiais.

O art. 203, caput da Constituição, prevê que a assistência social será prestada a quem necessitar, ou seja, não limita esse alguém ao brasileiro, portanto, ainda que lei infraconstitucional regule o benefício, esta não poderia reduzir o grau ampliativo, mais que isso, a lei 8.742 deve ser lida junto da Constituição, e não de forma isolada.

Com respeito a ambas as teses, e levando-se em conta a realidade atual do país, parece-nos que uma decisão de tamanha repercussão, que refletirá em todo solo territorial brasileiro, deve carregar consigo equilíbrio para distorções serem evitadas.

No caso concreto, a estrangeira que deu causa ao Recurso Extraordinário 587.970 por parte da União, é uma italiana, que na época do processo, já residia no país há 54 anos, ou seja, existe uma identidade entre a requerente do benefício assistencialista e o país. A dúvida que fica é a seguinte, de forma hipotética: um estrangeiro que chegasse em solo nacional, com 66 anos de idade (primeiro requisito que o torna apto para requerer o benefício assistencialista de um salário mínimo) e tivesse poucas condições financeiras (segundo requisito para a concessão), seria adequado a outorga deste? Para além da dignidade da pessoa humana, o Brasil teria condições financeiras para a implementação de tais políticas? A decisão do Recurso Extraordinário nº 587.970 nos pareceu acertada, voltamos a ressaltar, diante do caso concreto que foi exposto durante todo o processo, o mínimo existencial para a sobrevivência do ser humano, seja de qual nacionalidade for, em uma leitura constitucional, deve ser aplicada, principalmente para proteger o idoso e o deficiente, todavia, não pode haver um distanciamento entre constituição e realidade fática, sob pena de garantir-se direitos que não podem ser realizados, do ponto de vista real.

A concessão do benefício assistencialista deve ser dado ao indivíduo que possua, além dos requisitos solicitados na Lei 8.742, identidade com o país, não apenas residência neste, sob pena de comprometer a execução de outros direitos. Não se trata de ideia xenófoba, de aversão a estrangeiros, pelo contrário, a igualdade conferida pela Constituição Federal deve ser proporcionada a todos, dentro dos limites palpáveis.

A decisão, embora tenha colocado fim à discussão até o momento, parece extremamente salutar e importante novas abordagens, questionamentos e análises por parte da doutrina, em razão do tema inclusive ter repercussões internacionais, tendo relevância constitucional pelos próprios interesses envolvidos em jogo.

REFERÊNCIAS

AZIZI, Sattar. et al. Discriminatory or Non-Discriminatory Application of Jus Sanguinis. **Journal of Politics and Law**, Toronto, v. 5, n.1, p. 145-150, mar. 2012.

Disponível em: <<http://www.ccsenet.org/journal/index.php/jpl/article/view/15300/10363>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

BEVILAQUA, Clovis. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Rio, 1978.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil - 25 de março de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 3 nov. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 jul. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 3.927 de 19 de setembro de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3927.htm>. Acesso em: 03 nov. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm>. Acesso em: 01 jul. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 70.391 de 12 de abril de 1972**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70391.htm>. Acesso em: 01 jul. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.742 de 7 de dezembro de 1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm>. Acesso em: 01 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 587970**. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Recorrido: Felícia Mazzitello Albanese. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2621386>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARLOS, José Maria Ruiz de Huidobro. El principio de equiparación entre nacionales y extranjeros em el Derecho español. **Revista cuadrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales**, Madrid, n. 69, p. 69-88, dez. 2006. Disponível em: <<http://revistas.upcomillas.es/index.php/revistaicade/article/view/661/547>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

CARNEIRO, Mariana. **Deficit da Previdência supera gastos com saúde e investimentos**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/>>

2017/06/1896580-deficit-da-previdencia-supera-gastos-com-saude-e-investimentos.shtml>. Acesso em: 01 jul. 2017.

CÓDIGO CIVIL FRANCÊS EM INGLÊS. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/web/index.php/Media/Traductions/English-en/code_civil_20130701_EN>. Acesso em: 03 nov. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso pessoas dominicanas e Haitianas expulsas VS. República Dominicana**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/edc3cfd3cdffb8cb73bdf425abfb85c9.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

DUARTE, Polyana Vidal; FLORES, Nilton Cesar. A proteção da dignidade da pessoa humana como paradigma para a superação da dicotomia entre direito público e direito privado. **Revista da Faculdade de Direito**, Fortaleza v. 36, n.2, p. 213-232, jul. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/504/421>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

OEA. **Convenção Americana de São José da Costa Rica**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 01 jul. 2017.

OIT. **Convenção da OIT (nº 118) sobre Igualdade de Tratamento dos Nacionais e Não-Nacionais em Matéria de Previdência Social**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvOit118.html>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

OLIVEIRA, Wagner. **Haitianos no Brasil: hipóteses sobre a distribuição espacial dos imigrantes pelo território brasileiro**. Diretoria de Análises Públicas - FGV. Disponível em: <<http://dapp.fgv.br/haitianos-no-brasil-hipoteses-sobre-distribuicao-espacial-dos-imigrantes-pelo-territorio-brasileiro/>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos humanos**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2017.

ONU. **População de migrantes no Brasil aumento 20% no período de 2010-2015**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/populacao-de-migrantes-no-brasil-aumentou-20-no-periodo-2010-2015-revela-agencia-da-onu/>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo e dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional A&C**, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 13-33, abr./jun. 2013. Disponível em: <<http://>

www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/131/274>. Acesso em: 01 jul. 2017.

GARCIA, Bianco Zalmora; GODOY, Edvania Fátima Fontes. Multiculturalismo e a indissociabilidade entre os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social no Estado Democrático de Direito. **Revista Nomos**, Fortaleza, v. 31, n.1, jan. 2011. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/397/379>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

MAISONNAVE, Fabiano. **Pobreza atinge 87% da população da Venezuela em 2017, diz estudo**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/02/pobreza-atinge-87-da-populacao-da-venezuela-em-2017-diz-estudo.shtml>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

MALUSCHKE, Günther. A Dignidade Humana como princípio Ético-Jurídico. **Revista Nomos**, Fortaleza, v. 27, n. 2, p. 95-117, jul. 2007. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/411/393>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

MARTINE, George. A globalização inacabada migrações internacionais e pobreza no século 21. **Revista São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 19, n. 3, p. 3-22, jul. 2005. Disponível em: <http://produtos.seade.gov.br/produtos/spp/v19n03/v19n03_01.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2017.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIMMEL, Georg. O Estrangeiro. **Revista Brasileira de Sociologia da Emoção**, João Pessoa, v. 4, n.12, p. 350-357, dez. 2005. Disponível em: <<http://www.cchla.ufpb.br/rbse/N%20Anteriores/RBSEv4n12dez2005.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

UBERO, José Javier Ezquerria; GONZÁLEZ, Isabel Eugenia. El critério de la nacionalidade en la reforma del Derecho internacional privado español. **Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales**, Madrid, n. 69, p. 293-315, dez. 2006. Disponível em: <<http://revistas.upcomillas.es/index.php/revistaicade/article/view/673/557>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

VASCONCELOS, Eneas Romero. Interpretação dos direitos fundamentais: caminhos para a hermenêutica constitucional no Brasil. **Revista Jurídica da UNI7**, Fortaleza, v. 5, n.1, p.161-184, abr. 2008. Disponível em: <<http://www.uni7setembro.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/view/215/239>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

VERDROSS, Alfred. **Derecho Internacional Publico**. 5. ed. Madrid: Aguilar, 1978.

WEBER. Thadeu. A ideia de um "mínimo existencial" de J. Rawls. **Revista Kriterion**, Belo Horizonte, n. 217, p. 197-201, jun. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2013000100011>. Acesso em: 01 jul. 2017.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; SENGER, Ilise. As migrações no mundo contemporâneo e o paradoxal papel dos direitos humanos: proteção ou abandono? **Revista Nomos**, Fortaleza, v. 37, n. 1, jan.2017. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2558/30829>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

*** Submetido em: 29 set. 2017. Aceito em: 22 dez. 2017.**



INSTRUMENTOS COLETIVOS DE TRABALHO, NUM CONTEXTO DE REFORMA TRABALHISTA

*Francisco Gerson Marques de Lima**

Resumo

Os instrumentos coletivos de trabalho (Acordos e Convenções Coletivas) assumem novo papel no contexto de prevalência do negociado sobre o legislado, realidade trazida pela Lei nº 13.467/2017 e pela Medida Provisória nº 808/2017, ambas responsáveis pela implementação da Reforma Trabalhista no Brasil. Este artigo doutrinário aborda várias peculiaridades destes novos tempos, como o que possa ser objeto de negociação coletiva, a hierarquia negocial, limitações ao poder de negociação, ultratividade, responsabilidade sindical etc.

Palavras-chaves

Trabalho. Negociação coletiva. Acordo coletivo. Convenção coletiva. Ultratividade.

Abstract

The collective labor instruments (Collective Agreements and Agreements) assume a new role in the context of the prevalence of the negotiated over the legislated, a reality brought by Law 13467/2017 and Provisional Measure No. 808/2017, both responsible for the implementation of the Labor Reform in Brazil. This doctrinal article addresses various peculiarities of these new times, such as what can be the object of collective bargaining, the negotiating hierarchy, limitations to bargaining power, ultraactivity, trade union responsibility, and so on.

Keywords

Job. Collective bargaining. Collective agreement. Collective agreement Ultrativity.

1. REFORMA TRABALHISTA E SUA PROBLEMATIZAÇÃO NO PLANO DOS INSTRUMENTOS COLETIVOS DE TRABALHO

A Lei nº 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista) trouxe profundas mudanças no Direito Coletivo de Trabalho, impactando nas negociações coletivas, na responsabilidade dos sindicatos e, obviamente, nas relações entre empregados e empregadores. Uma das novidades consistiu em estabelecer a prevalência do negociado sobre o legislado, sistemática pela qual os dispositivos le-

* Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Procurador do Trabalho.

gais podem ser afastados por negociação coletiva celebrada pelas representações de empregados e empregadores. Outra mudança foi a consagração do entendimento do STF (ADPF 323-DF, 14.10.2016) ao retirar a ultratividade dos acordos e convenções coletivas, o que significa dizer que os efeitos de tais instrumentos findam com o prazo neles estipulado, não se incorporando aos contratos individuais de trabalho, independentemente de ser mais benéficos ou não, o que parece afrontar o art. 114, § 2º, CF. A inteligência esposada pelo legislador ordinário e pelo STF pouco contribui para a pacificação duradoura dos conflitos sociais. Da forma como ficou, as negociações coletivas promovem um mero armistício (paz efêmera e frágil) entre as empresas, suas representações e os sindicatos profissionais, com ânimos reacendentes a cada data-base das categorias.

O prazo de validade dos acordos e convenções é de até 02 (dois) anos, embora a prática seja de negociações anuais. Vale dizer, a potencialidade conflitiva é instaurada todos os anos, na grande maioria das categorias. Diferentemente de outros conflitos, os trabalhistas se repetem indefinidamente, porque as relações entre as representações de empregados e empregadores são contínuas e permanentes. Então, os esforços em manter uma ambiência pacífica nessa convivência devem ser redobrados, tendo sido esta a inteligência esposada na Constituição Federal, cujo § 2º do art. 114 determina aos Tribunais que, no julgamento dos dissídios coletivos, respeitem as condições **convencionadas anteriormente**. Para maior clareza, segue a redação do referido dispositivo constitucional:

“§ 2º. Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as **convencionadas anteriormente**.” (red. EC 45/2004).

Atentando para esta redação do constituinte derivado, o TST firmou jurisprudência que se consagrou na Súmula 277, assim vazada:

Súmula 277-TST: “As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho”.

Este delineamento jurisprudencial foi que levou ao seu questionamento empresarial perante o STF. Insta observar que a redação anteriormente dada à Súmula pelo TST era a seguinte:

Súmula 277-TST:

I - As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordos coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho.

II - Ressalva-se da regra enunciado no item I o período compreendido entre 23.12.1992 e 28.07.1995, em que vigorou a Lei nº 8.542, revogada pela Medida Provisória nº 1.709, convertida na Lei nº 10.192, de 14.02.2001.

Observe-se que na nova redação dada à Súmula 277, o TST: (a) retirou a menção à sentença normativa, constante da redação anterior, o que excluiu dela os efeitos da ultratividade; (b) retirou a ressalva quanto à vigência da MP 1.709, convertida na Lei 10.192; (c) adequou a redação à nova disposição constitucional, imprimida pela EC 45/2004; (d) consagrou a ultratividade no plano dos Acordos e Convenções Coletivas de Trabalho.

Ao analisar a ADPF 323-MC/DF, o Relator (Min. Gilmar Mendes) se pronunciou da seguinte forma, num tom pouco elegante para com a Corte Trabalhista e prenunciando a Reforma Trabalhista, que viria pela Lei nº 13.467/2017:

Como se vê, a mudança de posicionamento da Corte trabalhista consubstanciada na nova Súmula 277, em sentido diametralmente oposto ao anteriormente entendido, ocorreu sem nenhuma base sólida, mas fundamentada apenas em suposta autorização advinda de mera alteração redacional de dispositivo constitucional.

Se já não bastasse a interpretação arbitrária da norma da Constituição Federal, igualmente grave é a peculiar forma de aplicação da Súmula 277 do TST pela Justiça Trabalhista.

Não são raros os exemplos da jurisprudência a indicar que a própria súmula – que objetiva interpretar dispositivo constitucional – é igualmente interpretada no sentido de ser aplicável apenas a hipóteses que beneficiem um lado da relação trabalhista.

Em outras palavras, decanta-se casuisticamente um dispositivo constitucional até o ponto que dele consiga ser extraído entendimento que se pretende utilizar em favor de determinada categoria.

Corroborando o entendimento da Suprema Corte, o art. 614 da CLT foi alterado pela Lei nº 13.467/2017, que lhe acrescentou um trecho final ao dispositivo, *verbis*:

Art.
614.....

§ 3º. Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, **sendo vedada a ultratividade.**

A disposição legal se refere expressamente aos acordos e convenções coletivas, mas, obviamente, também alcança as sentenças normativas, cujo prazo de vigência fixado pelo Tribunal (arts. 868, parág. Único, **analogia juris**) aponta o término de sua irradiação nos contratos de trabalho.

Conquanto o STF tenha se pronunciado contra a ultratividade dos efeitos das cláusulas coletivas (ADPF 323-DF, 14.10.2016), nada impede que as partes pactuem entre si a projeção dos instrumentos coletivos para além do período de sua vigência. Assim, embora ocorra o final da vigência do instrumento coletivo de trabalho, suas disposições podem continuar se projetando nos contratos individuais (e mesmo coletivos) se os legitimados assim o desejarem. Esta inteligência agora se torna mais clara e aceitável, ante a prevalência do negociado sobre o legislado, primado trazido pela Lei nº 13.467/2017.

De seu turno, a potência dos instrumentos coletivos de trabalho foi ampliada pela multicitada Lei, que acrescentou à CLT o art. 611-A, enumerando os casos, “entre outros”, de prevalência do negociado sobre o legislado. Entrementes, o art. 611-B, CLT, aponta o que não pode ser objeto de negociação coletiva, numa lista óbvia e, juridicamente, desnecessária. Neste segundo dispositivo, a CLT menciona que “*constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos...*”. O legislador pretendeu que a relação fosse *numerus clausus*, taxativa, no que, porém, não obteve êxito, em razão de disposições e princípios superiores à citada lei ordinária.

Sendo assim, importa verificar o novo quadro jurídico no qual se inserem as negociações coletivas de trabalho, dentro da sua possibilidade negocial.

2. CONTEXTO NEGOCIAL DE APLICAÇÃO DA REFORMA TRABALHISTA

A Lei da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), privilegia a negociação coletiva, colocando os instrumentos coletivos de trabalho acima da lei, assim compreendida a legislação proveniente do Estado (leis, decretos, portarias...), excetuando-se as normas constitucionais e, de resto, os tratados e convenções internacionais, que possuem hierarquia normativa superior à legislação ordinária, mesmo sob a pecha de *supralegalidade*. Portanto, considerando o *status* hierárquico da Lei nº 13.467/2017, ela não poderia se sobrepor à Constituição Federal nem às normas dotadas de *supralegalidade* (art. 5º e seus §§, CF).

Estranhamente, a referida Lei reformista **não** expressou nenhum esforço em: (a) estimular as negociações coletivas, o que seria possível mediante criação de condições reais e jurídicas de autocomposição, com mecanismos eficazes e dialogais; (b) garantir igualdade negocial entre os atores, pois enfraqueceu os sindicatos, deixando o equilíbrio negocial comprometido; (c) estabelecer entre as partes proteção efetiva ao negociado, limitando-se a reduzir a

intervenção do Estado nos instrumentos coletivos, enquanto nada inovou na obrigatoriedade dos atores em honrar as cláusulas negociadas; (d) demonstrar preocupação com o princípio da vedação do retrocesso social, pois pretendeu tornar negociáveis garantias de saúde, segurança do trabalho e direitos há muito consagrados (veja-se o art. 611-B, parág. único, CLT); (e) privilegiar os canais autocompositivos, como a mediação, a conciliação e a arbitragem, na instrumentalização institucional das negociações coletivas. No geral, percebe-se que a intenção do legislador foi a de criar um arremedo de negociação coletiva, na qual será possível a entrega e a renúncia de direitos por entidades fragilizadas, com instrumentos coletivos infensos ao reexame do Judiciário.

Postas as coisas nestes termos, a Reforma Trabalhista expõe não apenas os trabalhadores à sanha de empresas não éticas, mas, também, as próprias empresas que primam pela qualidade de seus produtos e dos serviços que oferecem. Sabe-se que é íntima a relação entre o tratamento dispensado ao trabalhador e a qualidade e celeridade de bens e serviços disponibilizados pelas empresas. Trabalhadores mal remunerados, com jornadas estafantes, sob pressão, inseguros do emprego, assediados, tendem a se dedicar menos às suas atividades, a ser mais distraídos e mais sujeitos a acidentes de trabalho. O compromisso com o empregador se torna frágil.

Em face do humor do mercado, no qual a economia é mutável e os setores econômicos se alternam entre lucratividade e prejuízos, é compreensível que as negociações coletivas sejam periódicas. Em alguns momentos, as empresas suportarão determinadas conquistas trabalhistas, enquanto em outros as dificuldades do mercado exigirão cortes consideráveis. Nessa flexibilidade mercadológica, sucederá que **enquanto uns choram, outros vendem lenços**, na paráfrase que indica haver sempre um setor que tira proveito das situações mais difíceis. Enquanto pessoas morrem nos hospitais e sua partida entristece as famílias, as funerárias próximas se beneficiam desta tétrica ocorrência. Os momentos de crise econômica, por exemplo, requerem medidas mais drásticas e mais amplas no enxugamento de custos, o que é próprio da flexibilização pela via do legislativo, a fim de criar condições para a retomada da economia. Sendo a crise **setorial**, o instrumento apropriado para a sobrevivência e reerguimento do setor será a convenção coletiva. Mas se a dificuldade for inerente apenas a determinada **empresa ou grupo econômico**, as condições de trabalho poderão ser reajustadas pela via do acordo coletivo. Este mesmo tipo de instrumento pode ser replicado em mais de uma empresa, quando elas se encontrem na mesma situação de dificuldade ou de bonança, em nível ainda não setorial, o que seria próprio da convenção coletiva de trabalho, conforme já explicitado.

Quem melhor pode compreender a dimensão e a duração das alterações de humor do mercado são as próprias entidades sindicais, os represen-

tantes do capital e do trabalho. As relações de mercado apresentam vários atores, dos quais ora se destacam: (a) os empresários, *rectius* as empresas; (b) os trabalhadores, a mão-de-obra, e seus sindicatos; (c) os fornecedores, que, a rigor, também são empresários; e (d) os consumidores, destinatários dos bens e serviços dos empresários, salientando-se que os consumidores também podem ser empresários, que repassam a outros consumidores os bens e serviços adquiridos (consumidores finais). A legislação possibilita que as empresas negociem com os trabalhadores, por meio de acordos e convenções coletivas, as condições que regularão suas relações trabalhistas. Mas, também, a legislação abre margem a que determinadas condições possam ser negociadas coletivamente entre as empresas e os consumidores (convenções de consumo), conforme se constata da redação dada pelo art. 107 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), abaixo transcrito:

Art. 107. As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por **convenção escrita**, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo.

§ 1º A convenção tornar-se-á obrigatória a partir do registro do instrumento no cartório de títulos e documentos.

§ 2º A convenção somente obrigará os filiados às entidades signatárias.

§ 3º Não se exime de cumprir a convenção o fornecedor que se desligar da entidade em data posterior ao registro do instrumento.

Com estas duas fontes negociais, a trabalhista e a consumerista, a legislação proporciona que as empresas dialoguem (a) com os trabalhadores e (b) com os consumidores, o que é de grande relevância para a regulação do mercado.

Não se pode esquecer, por fim, que as negociações coletivas cumprem funções **política, econômica e social**, pois a um só tempo regulam pela via dialogal a luta de classes, distribuem riqueza e uniformizam práticas de repercussão econômica, e proporcionam justiça social, repartindo direitos e regulando o mercado de trabalho.

O fim da compulsoriedade da contribuição sindical trouxe novas indagações no movimento sindical. Destaca-se a discutível pretensão das entidades sindicais em **aplicar as cláusulas das convenções e acordos coletivos apenas aos trabalhadores e empresas filiados**. De um lado, tem-se sustentado que, a princípio, isto descaracterizaria a natureza do ato-regra, inerente às CCTs, e geraria grande desigualdade social, além de tentativa explícita de filiar compulsoriamente o trabalhador, ao excluir os não-associados, o que atenta à liberdade sindical; ou que estimularia as empresas a

pressionar trabalhadores para que se desfilie, o que também viola as liberdades sindicais. No caso do Brasil, a negociação restrita aos filiados feriria, 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. Atualmente, algumas entidades levantam a bandeira de que negociarão, apenas, em favor dos trabalhadores **que estejam em dia com as obrigações (rectius, contribuições) sindicais**, o que parece ser uma perspectiva meramente financeira do problema da apatia política dos membros da categoria. Com efeito, tira-se o foco da luta por melhores condições de trabalho e da busca por legitimidade para concentrar-se no aspecto das contribuições sindicais.

A polêmica é interessante e cheia de perplexidades, tanto nas CCTs quanto nos ACTs, levando a vários questionamentos, como a situação em que trabalhadores não filiados a sindicato algum, mesmo havendo entidade representante da categoria, encontrem o ânimo negocial da empresa, mas sem nenhuma disposição do sindicato, enquanto a Constituição obriga a presença do sindicato, que não quer representá-los. E se a empresa se dispuser a negociar diretamente com estes trabalhadores, talvez até em condições melhores do que o acordo ou a convenção coletiva firmada com o sindicato profissional?¹

¹ A situação descrita justificaria, certamente, a aplicação do art. 617, CLT, a propósito do qual o TST já decidiu, *verbis*: “Acordo direto entre empregados e a empresa. Recepção do art. 617 da CLT pelo art. 8º, VI, da CF. Recusa de participação do sindicato da categoria profissional na negociação coletiva. Necessidade de prova cabal. O art. 8º, VI, da CF estabelece ser obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho. Já o art. 617, caput, da CLT, dispõe que os empregados 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 oito dias para assumir a direção dos entendimentos entre os interessados. Caso não sejam tomadas as medidas negociais por parte do sindicato representativo da categoria, o § 1º do art. 617 da CLT autoriza a formalização de acordo diretamente entre as partes interessadas. Nesse sentido, reputa-se válido acordo firmado 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. O art. 617 da CLT, portanto, foi recepcionado pela Constituição Federal, mas em caráter excepcional, pois é imprescindível que o sindicato seja instado a participar da negociação coletiva. Somente a demonstração da inequívoca resistência da cúpula sindical em consultar as bases autoriza os próprios interessados, regularmente convocados, a firmarem diretamente o pacto coletivo com a empresa, na forma da lei. No caso concreto, em negociação direta entre o empregador e comissão de empregados acordou-se a fixação de jornada de trabalho em turnos ininterruptos de revezamento de doze horas. O TRT, todavia, com fundamento no art. 8º, VI, da CF, considerou inválido o referido acordo, deixando, porém, de apreciar os requisitos previstos no art. 617 da CLT. Assim, a SBDI-I, por unanimidade, conheceu dos embargos, no tópico, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, por maioria, deu-lhes provimento parcial para, diante da recepção do art. 617 da CLT pela Constituição da República de 1988, determinar o retorno dos autos ao TRT de origem a fim de que aprecie o atendimento ou não dos requisitos exigidos no art. 617 da CLT para a validade do acordo coletivo de trabalho firmado sem assistência sindical, máxime no tocante à comprovação cabal ou não de recusa do sindicato da categoria profissional em participar da negociação coletiva. Vencidos os Ministros Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, relator, Augusto César Leite de Carvalho, José Roberto Freire Pimenta e Hugo Carlos Scheuermann. TST-E-ED-

Bem, se o sindicato se dispõe a negociar apenas em proveito dos seus filiados, então os não-filiados estariam 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 à representação de trabalhadores nos locais de fábrica (art. 510-A e segs., CLT) ou a outras estruturas coletivas. É, portanto, uma complicada situação perante a Constituição Federal e o papel histórico dos sindicatos. A restrição negocial a filiados (ou apenas aos contribuintes) pode significar oportunidades para as oposições sindicais. Em face desta complexidade e da finalidade deste texto, o presente articulista prefere não se posicionar por enquanto, deixando para fazê-lo noutra oportunidade, apenas consignando de forma sumária sua tendência em refutar a tese de instrumentos coletivos de trabalho alcançarem apenas os filiados à entidade respectiva.²

De todo modo, saiba o leitor que a taxa média de filiação de trabalhadores a seus sindicatos, no Brasil, é de 16%. Portanto, negociar apenas em benefício dos associados significa deixar sem representação 84%, número por si só preocupante, em termos de legitimidade sindical.

3. DUMPING SOCIAL E REGULAÇÃO SETORIAL PELA CONVENÇÃO COLETIVA

O *dumping social* é reconhecido no Direito do Trabalho brasileiro como causador de reparação pelo dano que causa à sociedade. O instituto é oriundo, porém, do direito concorrencial, caracterizando-se por práticas que geram concorrência desleal, sobretudo quando determinada empresa ou grupo econômico se utiliza de expedientes reprováveis para inibir o funcionamento de

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.

² 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).

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.

outra(o), interferindo no mercado.³ A jurisprudência trabalhista aponta sua definição e a indenização coletiva, escudando-se na *analogia juris* acima apontada e no direito comparado, autorizada pelo art. 8º, CLT. Por todos, colhe-se a seguinte passagem jurisprudencial, em face de sua clareza:

[...] caracteriza-se o *dumping* quando a empresa obtém vantagens em decorrência da supressão ou do descumprimento total ou parcial de direitos trabalhistas, reduzindo com essa postura o custo da produção, e potencializando maior lucro, o que, no fundo e em última análise, representa, uma conduta desleal de prática comercial de preço predatório, além, é claro, da evidente violação aos direitos sociais. Esse importante tema foi objeto de estudo da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada no final de 2007, e desaguou no Enunciado nº 4, in verbis: 'DUMPING SOCIAL. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado Social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido 'dumping social', motivando a necessária reação do Judiciário Trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único, do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, 'd', e 832, § 1º, da CLT.' (TRT-3ª Reg., 1ª T., RO 0000061-03.2013.5.03.0063, Rel. Luiz Otávio Linhares Renault, DEJT 29.08.2014).

Considerando a imensa abertura ocasionada pela dita Reforma Trabalhista à negociação coletiva, sob o discurso pouco verídico da geração de emprego e de sua formalização, o legislador estimulou, na verdade, o *dumping* social, porquanto a concorrência entre as empresas, no oferecimento e venda de seus produtos e serviços, terá como elemento definidor o preço da mão-de-

³ Na classificação das modalidades de *dumping*, pode-se citar o por excedente (excesso de produção, com redução dos custos fixos), predatório (eliminação de concorrentes que produzem mercadorias similares), tecnológico (rápida mudança de recursos tecnológicos, propiciando baixo custo na produção), estrutural (excesso de oferta de certo produto, levando a exportação a preços inferiores aos praticados no mercado interno), ecológico (transferência de unidades produtivas da empresa para locais de baixa fiscalização pelo Poder público ou utilização de matéria prima não renovável, mais barata) e cambial (manutenção artificial de taxas de câmbio, com desvalorização da moeda nacional para estimular as exportações e inibir as importações). Veja-se: FERNANDEZ, Leandro. *Dumping Social*. São Paulo: Saraiva, 2014, passim. O mesmo autor assim define o *dumping social*: "pode ser definido como a modalidade de concorrência desleal consistente na comercialização de mercadorias ou serviços a preços inferiores àqueles normalmente praticados pelo mercado, obtidos mediante a reiterada utilização de mão de obra em condições inadequadas a padrões locais mínimos, gerando danos sociais" (ibidem, p. 85).

obra. De fato, quanto maior a precarização, o subemprego, os baixos salários, a terceirização irresponsável e a jornada extravagante, maior será a possibilidade de concorrência desleal no mercado, em que as empresas mais comprometidas com os direitos trabalhistas e sua formalização ordinária sentirão dificuldades em concorrer com as demais. **Baixos custos da mão-de-obra geram produtos e serviços mais baratos.** Por exemplo, na indústria da construção civil pesada, em que o maior cliente é o Poder Público, as empresas com mão-de-obra mais barata poderão concorrer nas licitações públicas com preços menores, levando vantagem na concorrência, muito embora a qualidade final possa não ser tão boa, o que o contratante só constatará após iniciadas as obras ou com a sua entrega final. O preço da mão-de-obra é um dos fatores mais relevantes no oferecimento de produtos manufaturados (ou na etapa manual da produção, como montagens de eletrônicos, testes pessoais, conferências finais), tendo influência direta no preço oferecido no mercado. Trabalho infantil, escravo, sob condições subumanas, salário miserável etc., integram o pacote de fatores da baixa mão-de-obra e, conseqüentemente, de produtos a preços inferiores aos regularmente oferecidos no mercado. Essa **chinesização** pode até ser aceita pelo consumidor mais humilde em alguns setores e por algum tempo, mas não será admissível em outros, como é o caso de produtos que envolvem riscos, exijam melhor acabamento ou serviços que requeiram maior refinação. De todo modo, o processo de **chinesização** receberá tentativas de expansão, com promessas de produtos iguais a preços menores. Enfim, a concorrência desleal se encontra estimulada pela Reforma Trabalhista. No jogo entre as empresas, entre a rocha e o mar, o caranguejo será o trabalhador.

Assim contextualizado o novo quadro de relações do trabalho, **a Convenção Coletiva de Trabalho assume papel importante na regulação setorial.** Cada setor econômico possui peculiaridades e características próprias, que exigem tratamento comum e com marcos regulatórios específicos. No geral, o próprio mercado impõe normas que disciplinem regras de funcionamento das empresas, critérios na fixação de preços, qualidade mínima dos produtos, garantias que protejam os consumidores, informações ao público, disciplina concorrencial etc. E cada setor, dentro das suas peculiaridades, reclama disciplinamento específico. A indústria se difere do setor de comércio, que se distingue da atividade de produção agrícola, que se diferencia do transporte, que não é idêntico ao serviço educacional etc. E dentro dos setores, existem subsectores que exigem tratamento ainda mais específico, considerando suas práticas de regência. É para isto que serve a Convenção Coletiva de Trabalho, ao tratar da homogeneização do trabalho humano, regulando salários, jornada, benefícios, responsabilidade empresarial etc. Afinal, na vertente já lançada linhas atrás, em qualquer empreendimento econômico, os custos com a mão-de-obra influenciam no preço dos produtos e serviços disponibilizados pelas empresas

e na margem de seu lucro. Uma convenção coletiva mal feita ou sua inexistência podem, portanto, desequilibrar o setor produtivo e gerar concorrência desleal, tendendo a levar à quebra de empresas.

A regulamentação coletiva de patamares mínimos de condições de trabalho e de salário afetará, indubitavelmente, o direito econômico, repercutindo no direito de concorrência e na lealdade que regula o mercado, mesmo que parcialmente. O consumidor será testado na escolha dos produtos baratos, tendentes a ter qualidade inferior à de produtos (bens e serviços) mais caros. Mão-de-obra ruim tende a ser mais barata e acessível, o que se projetará no resultado apresentado pelas empresas. As empresas que quiserem se destacar no mercado, com um diferencial de qualidade, precisarão de trabalhadores melhor qualificados, com capacidade produtiva maior. Então, a mão-de-obra mais qualificada será disputada em certos segmentos, sendo necessário o estabelecimento de elementos de fidelização do trabalhador para com a empresa, o que passa, inexoravelmente, pelas condições de trabalho e de salário oferecidas pelos empregadores. O trabalhador melhor qualificado e com maior capacidade de produção, sobretudo no pertinente à qualidade com que desempenha sua atividade laboral, escolherá a empresa que lhe ofereça melhores condições de trabalho e de salário. O processo de sua fidelização e de inserção na empresa terá repercussão no mercado.

Incumbe à representação empresarial aprimorar seus canais negociais com os trabalhadores, acertando as cláusulas de interesse geral do setor ou segmento econômico. Mas, também é sabido, as primeiras tratativas da negociação são feitas internamente, entre o sindicato empresarial e os membros de sua própria categoria, na definição de seus objetivos e, conseqüentemente, das cláusulas a ser negociadas com o sindicato profissional. A liberdade e os contornos da concorrência serão definidos nesse momento, de forma dialogal dentro da entidade. Internamente, a categoria profissional definirá os ditames da liberdade do setor, na contratação da mão-de-obra, na aquilatação de seus custos, na parametrização das cláusulas pretendidas, na liberdade contratual. Em seguida, a entidade patronal levará ao sindicato profissional suas propostas. Aí começa, de fato, a negociação coletiva (externa).

Não raramente, **cláusulas sociais**, assim entendidas aquelas que não acarretem desembolso pecuniário imediato pelos empregadores, poderão ter influência sobre o trabalhador tanto ou mais do que as de natureza econômica. De fato, benefícios como liberdade de jornada, garantia de emprego por algum tempo, mecanismos de proteção contra acidentes, meios assecuratórios de segurança e saúde, práticas recreativas e atividades esportivas propiciadas pela empresa, licenças para capacitação, plano de valorização do trabalhador, incentivadoras do primeiro emprego etc., poderão chamar a atenção do profissional mais do que reajustes salariais, sobretudo os de pouca expressão.

4. UTILIZAÇÃO E VANTAGENS DO ACORDO COLETIVO

O acordo coletivo de trabalho visa, precipuamente, estabelecer condições de salário e de trabalho dentro da empresa, considerando as peculiaridades e a condição econômica do empregador. Se a empresa é de grande porte, justifica-se que o acordo coletivo possua cláusulas melhores para o trabalhador do que as fixadas na legislação e na convenção coletiva. Se a empresa é de pequeno porte ou vem passando por situação econômica difícil, é compreensível que os trabalhadores negociem condições mais apropriadas, evitando o fechamento da unidade empresarial ou melhorando o seu patamar trabalhista. Enfim, o acordo coletivo se destina à empresa que se encontra **fora da curva** normal do setor econômico. Seu objetivo é adequar as normas gerais às excecionalidades da empresa.

A Lei 13.467/2017 reza que os acordos coletivos prevalecerão sobre as convenções coletivas (art. 620, CLT). Evidentemente, o legislador considerou a necessidade de se atender, nas negociações com a empresa, as peculiaridades do empregador e sua condição econômica. Por isso, estabeleceu que os acordos prevalecerão sobre as normas mais genéricas e abstratas (convenção e lei). Por outro lado, esta inteligência não desconsidera direitos indisponíveis, casos de nulidade ou mesmo as hipóteses em que a convenção coletiva não possa ser desfigurada por acordos destrutivos. O equilíbrio negocial deve orientar todas as negociações coletivas, de forma que a flexibilização de direitos consagrados em convenções ou na lei deve encontrar alguma justificativa plausível na negociação. Rompido o equilíbrio negocial, o instrumento coletivo poderá ser discutido politicamente na categoria ou judicialmente, quando comprovada a simples renúncia de direitos.

Os acordos coletivos que onerem demasiadamente a empresa poderão comprometer o seu desenvolvimento econômico ou lhe causar a quebra, arrastando consigo os empregos dos trabalhadores. A finalidade do acordo coletivo é, exatamente, a de promover ajustes no âmbito da empresa, com possibilidade, inclusive de eventuais reduções da jornada e do salário (art. 7º, VI, CF). É nesta linha que se observa o tirocínio expresso em voto do Min. Roberto Barroso, mesmo que o julgado comporte algumas escusas pela doutrina trabalhista:

3. No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual. 4. A Constituição de 1988, em seu artigo 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção n. 98/1949 e na Conven-

ção n. 154/1981 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida.” (STF, RE 590.415-MG, Min. Roberto Barroso).

Outro aspecto dos acordos coletivos é que, apesar do comando expresso no art. 620, CLT, eles **não podem ser utilizados para beneficiar a empresa signatária em detrimento da paridade do mercado**, o que sucederia se os benefícios negociados com o sindicato profissional fossem de tal forma a propiciar excepcional concorrência desleal. A prova da intenção beneficiadora poderia ser extraída do próprio instrumento coletivo de trabalho, na análise do real equilíbrio negocial e nas vantagens concedidas aos trabalhadores. Se houvesse a ampla possibilidade de se negociar tudo e a qualquer custo com a empresa, por meio dos acordos coletivos, então não faria sentido a convenção coletiva, pois bastaria um grupo de empresas (ou uma de destacado poder econômico) celebrar acordo coletivo altamente proveitoso a si e, deste modo, influenciar no funcionamento do mercado, talvez até quebrando outras empresas. Configuraria *dumping* social, a ensejar medidas como ações coletivas para a reparação do dano coletivo, anulação do acordo e responsabilização dos subscritores, aí incluído o sindicato profissional (art. 611-A, § 5º, CLT).

5. ULTRATIVIDADE ANTE AS PECULIARIDADES DAS CLÁUSULAS NEGOCIADAS COLETIVAMENTE

Percebe-se que a ultratividade encontra maior aceitabilidade no âmbito das convenções coletivas, porque os setores ou segmentos econômicos são mais estáveis do que suas unidades empresariais. Isso justifica normas negociais mais duradouras, especialmente as que repercutem diretamente na regulação do mercado.

A Reforma Trabalhista traz a necessidade de instrumentos coletivos mais elaborados, com redação aperfeiçoada. O novo contexto reclama cláusulas também novas ou que, anteriormente, não possuíam a mesma relevância de agora. Assim, enquanto a cláusula sobre **jornada de 12h por 36h** merece melhor regulação (em face de sua repercussão nos repousos, na PLR, nos feriados e nas horas extras), a cláusula a propósito do **banco de horas** deixou de ter a mesma força negocial coletiva, pois autorizada por lei para que possa ser firmada individualmente (art. 59-A, CLT). Elas constituíam cláusulas de barganha negocial pelos sindicatos profissionais, na mesa de negociação, oportunidade em que eram apresentadas como instrumentos de troca por outros benefícios trabalhistas. Porém, conforme demonstrado, ditas cláusulas saíram do âmbito primário das negociações coletivas para os acordos individuais, o que diminui a força de barganha negocial dos sindicatos de trabalhadores. Claro que ainda se reconhece certa importância da negociação coletiva para suprir

as lacunas que a lei traz nestes pontos, sobretudo como forma de organização setorial.

O revigoramento da **assistência sindical nas rescisões contratuais** (art. 477, CLT), para obtenção da eficácia liberatória (Súmula 330-TST), ao contrário do que possa parecer a um primeiro olhar, torna-se mais importante do que antes da Reforma Trabalhista, pois a medida substitutiva facultada por lei (homologação de acordo extrajudicial pela Justiça do Trabalho, art. 855-B da CLT) não terá como ser aplicada na prática, ante o congestionamento da máquina judiciária; e, justamente por isso, enfrentará resistência dos juízes e tribunais do trabalho. Entrementes, as rescisões individuais, sem assistência alguma, não terão eficácia liberatória, pois admitirão discussão judicial, nos termos da jurisprudência consagrada ainda antes da Súmula 330-TST. A expressa revogação dos §§ 1º e 3º (assistência na rescisão), com a manutenção do § 2º (eficácia da quitação rescisória), todos do art. 477, CLT, revolve uma discussão jurídica há anos sedimentada no sentido da discutibilidade das ditas quitações passadas pelo empregado diretamente ao empregador. Nas quitações individuais, a condição de hipossuficiência do empregado perante o empregador, que certamente não aceitará a aposição de ressalva no termo de quitação, abre margem a discussões no Judiciário.⁴ Logo, esta cláusula é de grande importância para os sindicatos profissionais (por proporcionar contato direto e pessoal com o trabalhador, facilitando a assistência) e para as empresas (que almejam a segurança jurídica nas quitações rescisórias, com a eficácia liberatória). Como o § 7º do art. 477, CLT, foi expressamente revogado pela Lei nº 13.467/2017, será possível ao sindicato obreiro estabelecer taxa pelo serviço prestado, a ser paga pela empresa.

Outra novidade é a **quitação anual das obrigações trabalhistas** perante o sindicato da categoria (art. 507-B, CLT), que é de grande interesse para a segurança e desoneração anual pelas empresas. Embora o exercício desta faculdade não requeira, obrigatoriamente, autorização em negociação coletiva, convém sua regulamentação nos instrumentos coletivos de trabalho, de forma a explicitar, por exemplo: (a) a faculdade do empregado em se submeter a este tipo de procedimento, a quitação anual; (b) a presença obrigatória do obreiro,

⁴ Mozart Victor Russomano lecionava, ao comentar o art. 477, CLT: “Muito relevante, finalmente, é o problema da *eficácia da quitação em si mesma*. Essa eficácia inexistente, se as formalidades indicadas não foram preenchidas; mas, mesmo satisfeitos todos os requisitos da lei, ainda assim, a eficácia da quitação dada pelo trabalhador pode ser contestada” (*Comentários à CLT*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 519). No mesmo sentido: SAAD, Eduardo Gabriel. *CLT Comentada*. São Paulo: LTr, 2007, p. 532, nota 5.

Se a edição da Súmula 330-TST, em substituição ao conteúdo da Súmula 41-TST, foi necessária para esclarecer a referida eficácia liberatória por meio da assistência sindical, apesar dos ditames da lei, é de se extrair que o novo quadro imprimido pela Lei nº 13.467/2017 deixará à jurisprudência a definição da dita eficácia nas rescisões desassistidas. Provavelmente, o tratamento será o mesmo conferido aos trabalhadores que, na redação anterior à Lei nº 13.467/2017, tinham menos de um ano de casa e, por isso, eram dispensados da assistência sindical, salvo se houvesse instrumento coletivo de trabalho.

nessas quitações; (c) discriminação rigorosa das parcelas, dos valores e sua conferência; (d) delimitação prévia de algumas matérias não sujeitas à quitação anual, como os direitos personalíssimos, os direitos indisponíveis e os que possam comprometer a titularidade de terceiros; e (e) explicitação se este serviço pelo sindicato será oneroso ou não. Uma vez que não há proibição na estipulação de taxas, será possível às entidades fixarem valor razoável para cobrir despesas inerentes a esta atividade, podendo ser pagas pelo empregador ao sindicato obreiro.

Típica cláusula setorial, para evitar *dumping* econômico-social, é a fixação de regras sobre o **contrato e a jornada intermitentes** (art. 443 e seu § 3º; e art. 452-A e seus §§), o que pode se dar por meio de convenção coletiva (art. 611-A, inc. VIII).⁵ Mais do que em outras situações, a convenção coletiva funcionará com disposição guarda-chuva, sem prejuízo de adequação complementar nos acordos coletivos. Nestes termos, cumpre às entidades sindicais estabelecer os casos de admissão da intermitência; as condições para convocação dos trabalhadores; as consequências da empresa que não convoca o trabalhador, em detrimento da obrigação de lhe conferir trabalho (direito de trabalhar); igualdade de tratamento no poder convocatório; padrão salarial e sua periodicidade; responsabilidade nos infortúnios ocorridos nos intervalos da jornada intermitente, especialmente quando o empregado permanecer nas cercanias da empresa ou se encontrar com a farda ou vestimenta identificadora do empregador ou por ele determinada; prioridade na contratação para o emprego ordinário, de contrato ou jornada contínua; regras que afastem práticas de assédio moral, fenômeno constatado com frequência na jurisprudência dos EUA e já escoimado na legislação europeia.

Gino Giugni informa a existência de duas importantes cláusulas utilizadas no Direito comparado, destacando as experiências alemã e italiana: **(a) cláusula de “dever de influência”**; e **(b) cláusula de paz**. E anota:

Quanto ao dever de influência, compromete a associação, no momento da estipulação do contrato coletivo, a influir sobre os associados para que apliquem a parte normativa do mesmo. Em seu conjunto, tal dever, entretanto, desempenha papel limitado na economia das relações entre as partes sindicais e se esgota, na prática, em um compromisso político; de fato, à violação do dever de influência nunca se seguiram ações judiciais, quanto mais, e raramente, conflitos internos ao sistema de relações sindicais.

Bem maior é a importância do dever de paz sindical, que consiste no compromisso de não recorrer à ação direta e não organização agitações para conseguir a modificação do contrato antes de seu

⁵ Sobre contrato e jornada intermitentes, veja-se: LIMA, Francisco Gérson Marques de. Trabalho intermitente. In www.excolasocial.com.br/artigos, acessado em 01.10.2017.

término ou antes que suceda acontecimento resolutivo do mesmo.⁶

Cabe uma observação complementar ao trecho transcrito. No Brasil, onde a litigiosidade é evidente, as cláusulas constantes de instrumentos coletivos de trabalho devem prever sanções, multas e indenizações, abrindo caminho para o ajuizamento de ações de cumprimento (art. 872, parág. Único, CLT). Na realidade de países como a Alemanha, em que o negociado é cumprido voluntária e rigorosamente, é desnecessário o ajuizamento de ações judiciais. Aqui, nas terras de Santa Cruz, porém, sempre se deve contar com a possibilidade de se demandar no Judiciário as obrigações negociadas.

Considerando a cultura da autocomposição, que a Lei nº 13.467/2017 deixa antever, a **previsão de mecanismos de solução extrajudicial de conflitos** nos Acordos e Convenções coletivas se torna aconselhável, sobretudo os canais de conciliação, mediação e arbitragem, instrumentos indiscutivelmente cabíveis no plano do Direito Coletivo. Se uma empresa se recusa a cumprir determinada cláusula da CCT, é de interesse negocial, ético e jurídico, do sindicato patronal envidar esforços para, junto com a entidade profissional, influenciar no cumprimento do acordado. A boa-fé negocial (art. 113, Cód. Civil) sugere que o subscritor da CCT zele pelo seu adimplemento, independentemente das providências que o sindicato profissional e os trabalhadores interessados possam adotar.⁷

Note-se que estas cláusulas, dentre outras ora não referidas, importam a empregados e empregadores, não se satisfazendo com mera duração anual, como é a regra de vigência dos instrumentos coletivos de trabalho. Embora não se pode dar a tais instrumentos o mesmo tratamento conferido aos contratos individuais, é de se registrar que até estes admitem prorrogação tácita.

Nada impede, por outro lado, na atual legislação, que **as partes convençionem, nos instrumentos coletivos de trabalho, sua ultratividade**, projetando as cláusulas para além da vigência, em nome da paz social e do entendimento recíproco. Nestes termos, a ultratividade, consignada em cláusula específica, pode ser parcial, ou seja, apenas de algumas cláusulas, como as sociais (ex.: a cláusula de paz), ou a previsão de compromissos, como a obrigatoriedade de prévia instauração de mesa de negociação nos conflitos coletivos e

⁶ GIUGNI, Gino. *Direito Sindical*. São Paulo: LTr, 1991, p. 128.

⁷ Entre os documentos da OIT, aponta-se o originado da Oficina Internacional do Trabalho (Genebra, 2000), intitulado "La Negociación Colectiva: normas de la OIT y principios de los órganos de control", elaborado pelos peritos Bernard Gernigon, Alberto Otero e Horacio Guido, do qual se extrai o seguinte item: "H. El principio de la buena fe en la negociación colectiva entraña reconocer a las organizaciones representativas, realizar esfuerzos para llegar a un acuerdo, desarrollar negociaciones verdaderas y constructivas, evitar retrasos injustificados en la negociación y respetar mutuamente los compromisos asumidos teniendo en cuenta los resultados de las negociaciones de buena fe".

previsão de um número mínimo de rodadas para deflagração de greve ou adoção de outras medidas por patrões ou empregados.

Há entendimento de que as **cláusulas obrigacionais** (estabelecem obrigações entre as entidades pactuantes) perdem a eficácia juntamente com o fim da vigência do instrumento coletivo de trabalho. Quanto às **cláusulas normativas** (regulam as condições de trabalho e de salário dos trabalhadores), porém, a doutrina diverge bastante. Sem entrar no mérito da fértil discussão, a legislação brasileira não as distinguiu quanto à ultratividade, a qual restou vedada (art. 614, § 3º, CLT). No entanto, note-se bem, a vedação é apenas no que diz respeito ao caráter automático da ultratividade, não inviabilizando que seja implementada pela via negocial, o que se exige a forma expressa.

Documento de considerável importância emanado da OIT-Organização Internacional do Trabalho, objetivando orientar a prática de negociadores com base nos princípios de suas Convenções internacionais, sobretudo as de nº 98 e 154, e Recomendação nº 163, expõe o seguinte, a propósito da ultratividade:

É possível que inexperientes negociadores sindicais assinam um acordo coletivo com a empresa, sem atentar para a necessidade de especificar a sua duração. Naturalmente, em certas ocasiões, não é uma questão de omissão. É uma prática aceita que, na ausência de vigência especificada, um contrato continue em vigor até que ocorra um pedido de nova negociação. Ambos os procedimentos são justificáveis: contrato por prazo determinado ou contrato que vigore até 'notificação ulterior'. Na última hipótese, porém, a condição deve ser explicitamente registrada e não apenas suposta. A tendência atual é de que acordos coletivos sobre salários vigorem por tempo determinado, enquanto outros acordos concernentes a condições de trabalho, salários indiretos e outros assuntos podem ser por tempo indeterminado. Se os acordos forem de curta duração, as partes podem ter de voltar, muitas vezes, à mesa de negociação, e as relações gerência-trabalho podem tornar-se, em consequência, desnecessariamente instáveis. Em muitos casos em que os acordos são por um prazo determinado, esse prazo normalmente é de um ou dois anos (em alguns países, três), dependendo muito da estabilidade da situação econômica. Quando o ritmo da inflação é acelerado, todo acordo sobre salários precisará ser revisto pelo menos uma vez por ano, se não mais frequentemente. Em vista disso, empregadores e sindicatos acordam sobre alguma forma de indexação, à qual fizemos referência no capítulo anterior.

Problemas têm surgido nos casos em que não se fez a previsão de indexação, quando o índice de inflação sobe repentinamente, como ocorreu em alguns países nos anos seguintes a 1973, quando o preço do petróleo começou a se elevar de um dia para

outro, e os salários acordados não eram mais aceitáveis para os trabalhadores.

Depreende-se claramente do que foi dito até agora que não há regras fixas nem conselhos-padrão para todos os casos. Há, porém, uma lição de universal aplicação: – quaisquer que sejam os mecanismos do processo, a relação entre empregadores e sindicatos deve ser de tal natureza que as mudanças induzidas por um súbito aumento da taxa da inflação não devem gerar uma crise. Deve ser sempre possível ao sindicato abordar a administração da empresa, expor os sentimentos de trabalhadores e discutir mudanças no acordo em vigor. Do mesmo modo, a administração deve poder levar ao conhecimento do sindicato alguma grave dificuldade que a empresa esteja enfrentando, de modo que a situação possa ser examinada no contexto da negociação coletiva. Isso tem a máxima probabilidade de acontecer em períodos de recessão.⁸

Ao lume destas considerações, tem-se que a vedação legal à ultratividade não impede que os próprios convenientes, nos acordos ou convenções coletivas de trabalho, estabeleçam a projeção das cláusulas além do prazo de vigência. Isto não ofende o disposto na legislação, porque atende à vontade coletiva das partes, encontrando-se de acordo com o espírito da lei.

O acordo coletivo, no atual sistema jurídico brasileiro, por prevalecer sobre a convenção coletiva, pode, em princípio, conter disposição contrária à ultratividade, sendo o caso, então, de ser expresso, por consignar exceção a instrumento coletivo celebrado por instâncias coletivas dotadas de maior generalidade. Contudo, se a ruptura à ultratividade causar desequilíbrio negocial, a cláusula poderá ser passível de anulação.

Não há sentido em que acordo individual, sob o argumento de prevalecer sobre os instrumentos coletivos de trabalho (art. 444, parág. Único, CLT), trate da matéria. De fato, a ultratividade não é tema de contratos individuais, mas, sim, de normas jurídicas, como são as cláusulas coletivas. Deveras, as cláusulas individuais possuem natureza distinta, finalidade própria e forma peculiar, sendo regra os contratos por tempo indeterminado. Por isso, a previsão de vedação à ultratividade em acordos individuais não tem validade alguma. Insta pontuar, outrossim, que os acordos individuais prevalecentes sobre as normas coletivas requerem as seguintes condições dos trabalhadores: (a) diploma de nível superior (universitário); e (b) percepção de salário igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

⁸ OIT-Organização Internacional do Trabalho. *Negociações Coletivas*. Tradução: Sandra Valle. São Paulo: LTr, 1994, p. 81-82.

No referente ao direito intertemporal, as cláusulas coletivas vigorantes ao tempo em que entrará em vigência a Lei nº 13.467/2017 (11.11.2017), que contenham a ultratividade negocial, continuarão válidas, até que novo instrumento coletivo de trabalho a postergue, pois assim ocorre com a estabilidade contratual e o ato jurídico perfeito.

6. CONCLUSÕES

É difícil apresentar conclusões em tema ainda novo, sobre o qual a doutrina e a jurisprudência irão apreciar. Contudo, este artigo dá por alcançado seu propósito se o leitor o compreender nos seguintes termos:

As convenções coletivas são responsáveis por proporcionarem regulação setorial, sendo importantes elementos no combate ao *dumping social*;

As cláusulas coletivas que estabeleçam a ultratividade, acordadas e registradas antes do início de vigência da Lei da Reforma Trabalhista, continuam válidas, projetando-se até que as partes a revoguem expressamente;

Apesar do contido no art. 614, § 3º, CLT, a ultratividade pode ser negociada pelos sindicatos e empresas, integrando cláusula própria e expressa dos acordos e convenções coletivas de trabalho;

A Reforma Trabalhista enseja a construção e estipulação de várias novas cláusulas, como a de quitação anual, e valoriza outras, como a de assistência sindical nas rescisões contratuais, tudo sem nenhum impedimento de que as empresas se obriguem a pagar alguma taxa pelo serviço prestado pela entidade sindical;

A Reforma Trabalhista introduzida pela Lei nº 13.467/2017 tornou sem efeito a Súmula 277-TST, ao vedar a ultratividade dos instrumentos coletivos de trabalho;

Estas são, portanto, as primeiras considerações deste articulista sobre o tema, que ainda podem receber várias contribuições e passar por um processo de amadurecimento intelectual.

REFERÊNCIAS

FERNANDEZ, Leandro. **Dumping Social**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GIUGNI, Gino. **Direito Sindical**. Tradução e notas: ITIOKA, Eiko Lúcia. São Paulo: LTr, 1991.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. Trabalho intermitente. In www.excolasocial.com.br/artigos, acessado em 01.10.2017.

MAZZONI, Giuliano. **Relações Coletivas de Trabalho**. Tradução de Antonio Lamarca. São Paulo: RT, 1972.

OIT-Organização Internacional do Trabalho. **Negociações Coletivas**. Tradução: Sandra Valle. São Paulo: LTr, 1994.

RUPRECHT, Alfredo J. **Relações Coletivas de Trabalho**. Trad.: Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à CLT**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SAAD, Eduardo Gabriel & alii. **CLT Comentada**. São Paulo: LTr, 2007.

*** Recebido em: 28 nov. 2017.**



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)

*Germana de Oliveira Moraes**

Resumen

A partir del estudio de las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, editadas de 2009 a 2016, concernientes a los diálogos iterativos y virtuales y a las demás acciones que se vienen desarrollando en el Programa Armonía con la Naturaleza de las Naciones Unidas (HwN UN), aproximaciones filosóficas y entre los diálogos de ecosaberes ali referidos, examinase la influencia del nuevo constitucionalismo democrático latino americano sobre la Iniciativa *Armonía con la Naturaleza* de las Naciones Unidas y su posible contribución para un acuerdo semántico mundial, sobre *Armonía con la Naturaleza*, como el paradigma no antropocéntrico, para este siglo, sucedáneo al desarrollo sostenible.

Palabras-clave

Armonía con la Naturaleza. Naciones Unidas. Buen Vivir. Nuevo Constitucionalismo Latino Americano. Derechos De Pachamama. Madre Tierra. Desarrollo Sostenible.

DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL À HARMONIA COM A NATUREZA: A INFLUÊNCIA DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO SOBRE O PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS HARMONIA COM A NATUREZA (HWN UN)

Resumo

A partir do estudo das Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas, editadas de 2009 a 2016, relativas aos diálogos interativos e virtuais, e às demais ações que se vêm desenvolvendo no Programa Harmonia com a Natureza das Nações Unidas (HwN UN), aproximações filosóficas e entre os diálogos de ecosaberes ali referidos, examina-se a influência do novo constitucionalismo democrático latino-americano sobre a Iniciativa Harmonia com a Natureza das Nações

* Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Professora associada do Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC e do Curso Graduação em Direito da UFC. Juíza federal da Seção Judiciária do Ceará - TRF 5a Região. Ex-membro do Conselho Nacional de Justiça.

Unidas e possíveis contribuições para um acordo semântico mundial, sobre Harmonia com a Natureza, como o paradigma não antropocêntrico, para este século, sucedâneo ao desenvolvimento sustentável.

Palavras chave

Harmonia com a Natureza. Nações Unidas. Bem viver. Novo Constitucionalismo Latino Americanos. Direitos de Pachamama. Mãe terra. Desenvolvimento sustentável.

1. INTRODUCCIÓN

El Programa Armonía con la Naturaleza (HwN UN) viene siendo desarrollado desde 2009 por las Naciones Unidas junto a la DESA, División para el Desarrollo Sostenible.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en el ámbito de la Iniciativa *Harmony with Nature* (<http://www.harmonywithnatureun.org>), desde 2009, emitió ocho resoluciones y publicó siete informes. De este modo, colocó en pauta la necesidad de superar la visión de mundo antropocéntrica para establecer una relación no antropocéntrica, o *Earth-centered*, con el planeta Tierra, reconociendo, bajo ese paradigma, a la Naturaleza como socia en condiciones iguales con la Humanidad. Desde entonces, las Naciones Unidas han promocionado acciones para difundir esa concientización. Se destacan, entre esas acciones, los Diálogos Interactivos de 2011 a 2015, y, a partir de 2016, diálogos virtuales en torno de la idea nuclear Armonía con la Naturaleza (<http://www.harmonywithnatureun.org/chronology.html>), con la participación de 127 especialistas en ocho áreas del conocimiento, Derecho centrado en la Tierra, Economía Ecológica, Educación, Ciencia Holística, Humanidades, Filosofía y Ética, Artes, comunicación, diseño y Arquitectura y Teología y Espiritualidad, representantes de todos los continentes.

Apremiados por la emergencia global de transición del paradigma antropocéntrico para uno no antropocéntrico, en el afán de asegurar la continuidad de la Vida humana sobre este Planeta, y, del sistema Vida, de modo general, especialistas en ecosaberes de todos los cuadrantes de la Tierra pretenden atribuir un sentido universal a Armonía con la Naturaleza y editar una Declaración Internacional de los Derechos de la Madre Tierra.

Mi propósito aquí es de registrarse la influencia del Nuevo Constitucionalismo Latino Americano sobre la Iniciativa del Programa Armonía con la Naturaleza de las Naciones Unidas y de presentarse la perspectiva jurídica del tratamiento internacional en las Naciones Unidas del principio Armonía con la Naturaleza como fundamento de los derechos de la Madre Tierra.

El abordaje es transdisciplinar bajo la perspectiva transdisciplinar de los ecosaberes. Considera ecosaberes aquellos conocimientos producidos a partir de la superación de las contradicciones entre conocimientos científicos y sabe-

res tradicionales de los pueblos indígenas. No hay espacio para limitar los conocimientos a la Ciencia o a aquellos de la cultura occidental, como se pretende en la Modernidad.

Los ecosaberes albergan, no obstante, la verificación de la existencia de una herencia ancestral común a la humanidad, transhistórica y transcultural, independientemente de las coordenadas de tiempo y de espacio, esto es, la herencia de un modo consciente del ser humano de relacionarse con la Naturaleza: con los demás seres humanos, las demás especies vivas, el Planeta en que viven y conviven y el Cosmos, de orden a permitir la continuidad de su vida individual y colectiva, como especie, en la Tierra. Esa herencia ancestral se identifica común, como lo que se denomina, desde los Andes, de Conciencia Pachamama.

La presencia común, como se observa en la mencionada Iniciativa, a diversos pueblos ancestrales de varias partes del Planeta, de esa consciencia resultante de experiencias, sentimientos y comprensiones de mundo, bajo condiciones de vida en comunidad (*ayllu*) y en relaciones de reciprocidad o complementariedad (*ayni*), apunta una vía para la concertación, en el ámbito de las Naciones Unidas, de un acuerdo semántico universal sobre Armonía con la Naturaleza.

Pueden contribuir para ese acuerdo aproximaciones filosóficas y diálogos interculturales entre el Buen Vivir y la teoría *Earth Jurisprudence*, los dos objeto de los Diálogos HwN UN, a las cuales se agregaran consideraciones sobre los estudios de la Ecología Profunda, desarrollados en el Occidente. De igual forma sobre los saberes del Oriente, por ejemplo, el actual Manifiesto para una Democracia de la Tierra: Justicia, Sostenibilidad y Paz, de la ecofilósofa activista india Vandana Shiva, concebido a partir de la concepción hindú de familia de la Tierra (*vasutlhaiva kutumbkam*).

A partir de las aproximaciones filosóficas y de los diálogos de ecosaberes antes referidos, y, del estudio de las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, editadas de 2009 a 2016, concernientes a los diálogos iterativos y virtuales y a las demás acciones que se vienen desarrollando en la Red de conocimientos Diálogos HwN UN, se observa la influencia del nuevo constitucionalismo democrático latino americano sobre el programa Armonía con la Naturaleza de las Naciones Unidas y su posible contribución para un acuerdo semántico mundial, sobre Armonía con la Naturaleza, como el paradigma no antropocéntrico, para este siglo, sucedáneo al desarrollo sostenible.

2. DEL CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO A LA INICIATIVA DEL PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS ARMONÍA CON LA NATURALEZA

En el ámbito político-jurídico, se verifica la influencia del constitucionalismo ecocéntrico de los Andes sobre la instauración, en el seno de las Naciones

Unidas, de una trayectoria mundial de transición para un paradigma no antropocéntrico y centrado en la Tierra. Ese protagonismo inicial se debe al reconocimiento pionero de los derechos de Pachamama (Naturaleza) en la Constitución del Ecuador de 2008, y, principalmente, al encaminamiento, en 2009, a las Naciones Unidas por Bolivia, de la propuesta de Declaración del Día Internacional de la Madre Tierra.

Las investigaciones académicas sobre Política y Derecho en América Latina proporcionaron y actualizan los datos para el rescate histórico de la influencia del nuevo constitucionalismo democrático latinoamericano, principalmente aquél de cariz ecocéntrico, concebido y vivido en el Ecuador y en Bolivia, sobre los diálogos y demás acciones del Programa *Armonía con la Naturaleza* (HwN UN), que viene siendo desarrollada desde 2009 por las Naciones Unidas.

La angustia por la busca de salidas preventivas al *humanicidio* anunciado por la ciencia de hoy, precipitó en el ámbito de las Naciones Unidas, esa Iniciativa del Programa *Armonía con la Naturaleza* (HwN UN), con intento de concertación de un acuerdo semántico universal sucedáneo al paradigma del desarrollo sostenible. Ese acuerdo semántico podrá producir reflejos en el mundo interior de los seres humanos y otros a ellos externos. Internamente, promover el despertar de una consciencia común a humanos. Externamente, como efecto de esa consciencia resurgida, modificar las relaciones que los rodean.

La iniciativa *Armonía con la Naturaleza* en las Naciones Unidas surgió de una propuesta hecha por el Gobierno Plurianual de Bolivia, en 2009, a la Asamblea General de las Naciones Unidas, entonces bajo la presidencia del nicaragüense Miguel d'Escotto Brockmann. Quedó a cargo del filósofo brasileño Leonardo Boff fundamentar, ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, el proyecto a ser votado de transformar el Día Internacional de la Tierra en Día Internacional de la Madre Tierra. En la condición de representante del Brasil, pronunció, en 22.04.2009, el discurso "Porque la Tierra es nuestra Madre". El proyecto fue acogido por unanimidad por los 192 representantes de los pueblos allí reunidos.

Ese mismo año de la promulgación de la Constitución boliviana de 2009, el Gobierno Plurinacional de Bolivia encaminó a las Naciones Unidas una propuesta para transformar el Día Internacional de la Tierra en el Día Internacional de la **Madre Tierra**. Pablo Solón, el representante de Bolivia, al defender esa propuesta, se manifestó así ante la Asamblea General de la ONU:

"Víctor Hugo, el autor de Los Miserables escribió: 'Produce una inmensa tristeza pensar que la naturaleza habla mientras el género humano no escucha' [...]"

Hablar de equilibrio es hablar de derechos para todas las partes del todo. Puede ser que los derechos no sean idénticos para todos ya que todos no son iguales. Pero creer que sólo la parte humana goza de privilegios mientras los otros son objetos, es la peor estupidez de la naturaleza humana.

Albert Einstein decía que “La vida es muy peligrosa. No por las personas que hacen el mal sino por los que se sientan a ver lo que pasa” (on line, 2009)

Miguel d’Escotto Brockmann (Brockmann, 2009, *on line*), Presidente de la Asamblea General de la ONU, a la época, afirmó:

“La Asamblea está enviando un mensaje especial de esperanza con el Día de la Madre Tierra. Nosotros estamos colocando personas y el bienestar del planeta en el centro de nuestras atenciones y reconociendo la buena administración de nuestros recursos menguantes como una responsabilidad común. La Madre Tierra, al final, nutre y sustenta la vida y la propia humanidad y es de esperarse que nosotros, Hermanos y Hermanas que somos, cuidemos de la Madre Tierra recíprocamente. Volvémonos buenos cuidadores una vez más. Vamos a oír la sabiduría de los pueblos indígenas, los cuales, a pesar de todo, mantuvieron sus profundas conexiones con la naturaleza.”

Quedó a cargo del filósofo brasileño Leonardo Boff (BOFF, 2009, *on line*), fundamentar, ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, el proyecto a ser votado de transformar el Día Internacional de la Tierra en el Día Internacional de la Madre Tierra. En la condición de representante de Brasil, profirió, el 22.04.2009, el discurso “*Porque la Tierra es nuestra Madre*”. Boff, en su discurso, al hacer la defensa filosófica del proyecto, dijo que “*para los pueblos originarios de ayer y de hoy, es constante la convicción de que la Tierra es generadora de vida y por eso comparece como Madre generosa y fecunda*”. En seguida, explica que, con los maestros modernos del saber científico, como Newton, Descartes y Francis Bacon, se perdió la visión de la Tierra como Madre. Bajo ese nuevo prisma, aclara, que la Tierra “*no es más vista como una entidad viva, sino apenas como una realidad extensa (res extensa), sin vida y sin propósito. Por eso, ella viene siendo entregada a la explotación de sus bienes y servicios por parte de los seres humanos en busca de riqueza y de bien estar*”. Resalta que ya nos recostamos a los límites físicos de la Tierra, mientras advierte que un planeta finito no puede soportar un proyecto infinito, considerando engañosa la creencia de los recursos ilimitados de la Tierra y del progreso infinito.

Fue iniciada la tesitura mundial del concepto *Armonía con la Naturaleza* a partir de la declaración en 2009 hecha por las Naciones Unidas del día 22 de abril como el “Día Internacional de la Madre Tierra” (A/RES/63/278). Esa tesitura se nutre de manifestaciones universales de las tradiciones espirituales, de las artes, de los saberes tradicionales y de la ciencia, comunes a las culturas de

pueblos ancestrales, independientemente de los condicionamientos geográficos, políticos, sociales o económicos. Esas manifestaciones se reconducen a la percepción universal de la Tierra como Madre, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas justifica esa declaración admitiendo ser "*Madre Tierra una expresión común utilizada para referirse al planeta Tierra en diversos países y regiones y que demuestra la interdependencia existente entre los seres humanos, las demás especies vivas y el planeta que todos habitamos*".

En 2009, a través de la Resolución A/RES/63/278, la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró el día 22 de abril como el *Día Internacional de la Madre Tierra*. En aquel momento, los Estados miembros, tras el reconocimiento de la Tierra y de sus ecosistemas como nuestro hogar, expresaron su convicción de que es necesario promover la Armonía con la Naturaleza de modo a alcanzar un justo equilibrio entre las necesidades económicas, sociales y ambientales para las presentes y futuras generaciones.

3. LA EMERGENCIA EN LAS NACIONES UNIDAS DE LA HERENCIA ANCESTRAL ARMONÍA CON LA NATURALEZA COMO PARADIGMA DEL SIGLO XXI SUCEDÁNEO AL DESARROLLO SOSTENIBLE Y FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS DE LA MADRE TIERRA

Cuando las Naciones Unidas designaron el día 22 de abril como el Día Internacional de la Madre Tierra, acogieron una visión de mundo centrada en la Tierra, conocida, en América del Sur, como Buen Vivir, y comprendida, bajo un aspecto más amplio, como Conciencia Pachamama. En América del Norte se defiende, con apoyo en la Teoría *Earth Jurisprudence* de autoría de Thomas Berry. En la Europa, con base en la Ecología Profunda y en África, con apoyo en el Ubuntu. Verifícase la existencia u origen ancestral de una cosmovisión común a varios pueblos y presente en diversas regiones de la Tierra, lo que facilita su adopción como nuevo paradigma a ser seguido por la Humanidad.

Armonía con la Naturaleza viene afirmándose, año a año, en el ámbito del Programa HwN UN de las Naciones Unidas, como el paradigma del siglo XXI, con aptitud para suceder el del siglo anterior y solucionar la angustia existencial del individuo, de Ser humano, y, la colectiva, de la sobrevivencia de la Humanidad.

Leonardo Boff (2009, *on line*) correlaciona la *Armonía con la Naturaleza* con el *Buen Vivir*, categoría central de la cosmovisión andina, puesta como verdadera alternativa para la humanidad, en el lugar del capitalismo competitivo, del progreso y del crecimiento ilimitado, hostil al equilibrio con la naturaleza. El "*Buen Vivir*", dice él, consiste en "*vivir en armonía consigo mismo, con los otros, con Pachamama, con las energías de la naturaleza, del aire, del suelo, de las aguas, de las montañas, de los animales y de las plantas y en armonía con los espíritus y con la*

Divinidad, sostenida por una economía de lo suficiente y decente para todos, incluidos los demás seres."

La perspectiva que se infiere a partir de las contribuciones de los siete informes y de los seis diálogos, de modo particular, de aquel informe resultante de los Diálogos Virtuales *Harmony with Nature* de 2016, del cual participaron juristas, es la tendencia incipiente de una conformación no antropocéntrica del Derecho, relatada como visión del mundo centrada en la Tierra, de acuerdo con la cual, en los términos allí escritos, *"el planeta no se considera un objeto inanimado para ser explotado, sino nuestro hogar común, vivo y sujeto a un exceso de peligros para su salud"*.

De las contribuciones y propuestas resultantes de los Diálogos de la Red HwN, aprobadas por medio de Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, despunta la *Armonía con la Naturaleza* como la estrella guía del Derecho, principio jurídico a ser incorporado en textos normativos internacionales, regionales, nacionales y locales.

El propósito de *Armonía con la Naturaleza* se consagra, por primera vez, en 1992, en la Conferencia del Desarrollo Sostenible en Río, cuya Declaración de Principios lo enuncia como el primero de ellos:

Seres humanos son el centro de las preocupaciones del desarrollo sostenible. Ellos son titulares del derecho a una vida sana y productiva en armonía con la naturaleza (Traducción libre)

Conforme se observa, florece en campo permeado por una visión antropocéntrica y desarrollista, bajo la cual los seres humanos se consideran el centro de las preocupaciones del desarrollo sostenible. Poco a poco, a partir de las reflexiones y de las recomendaciones de los especialistas de los Diálogos HwN, la Asamblea General de las Naciones Unidas agrega a él un nuevo significado, a punto de proponer, en 2013, que venga a constituir un nuevo paradigma mundial no más centrado en el ser humano, y sí en la Tierra. (<http://harmonywithnatureun.org/index.php?page=view&type=12&nr=14&menu=198>)

Cada informe se desarrolló a partir de las reflexiones y recomendaciones del informe del año anterior. El primero de ellos, publicado en 2010, lanzó como desafío para la primera reflexión en 2011, cuestionar como los seres humanos pueden conectarse mejor con el mundo a su alrededor, a partir de la verificación de la necesidad *de recuperación de la herencia ancestral de la Conciencia, perdida en la Era industrial, de la inseparabilidad entre seres humanos y la Naturaleza*. Como respuesta, en 2011, fue reconocida la necesidad de promover, en el siglo XXI, la *Armonía con la Naturaleza*, considerada ella misma viva. Fue indagado allí, cuales serían los impactos sobre la Naturaleza de la acción de los seres humanos. Los diálogos de 2011 y de 2012 aportaron subsidios a la Conferencia Río+20. Frente a la acción humana devastadora y esterilizante del

planeta, durante el Antropoceno, es sugerido, en 2012, como base ética de los seres humanos, la *Armonía con la Naturaleza*. El Informe de 2013 propone la construcción de este nuevo paradigma, que, apareció por la primera vez como principio, en la Declaración de Principios de la Conferencia Río +20, conforme se vio anteriormente. En el informe de 2014, fueron apuntadas como bases para esa construcción teórica las contribuciones del *Buen Vivir* y del *Earth System Science and Governance*. En el de 2015, se resalta una visión de mundo para más allá del antropocentrismo, con foco en la protección de la Tierra, formulada a partir de los saberes tradicionales y de la ciencia moderna, y con aportes tanto del derecho consuetudinario cuanto de las leyes escritas. En los diálogos de 2016, fue presentada una propuesta de sistema holístico de gobernabilidad global con base en la teoría de la Jurisprudencia de la Tierra (*Earth Jurisprudence*).

En 2013, la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución A68/325, al apuntar la *Armonía con la Naturaleza* como el nuevo paradigma a ser construido en las primeras décadas de este siglo XXI, hace mención en el informe aprobado por la Resolución como importante aspecto de esa construcción, la redefinición de las necesidades de la humanidad y el reconocimiento de que es necesario abandonar la busca insostenible de crecimiento económico siempre creciente sin preocuparse con el desarrollo social ni con la naturaleza:

Este nuevo paradigma desmitifica la creencia en el progreso infinito y parte de la aceptación de los límites de la Naturaleza. Implica, por esto mismo, en relaciones armoniosas del ser humano con Ella. Esa aceptación produce una inversión de valores. Se comienza a comprender la *Armonía con la Naturaleza* como pre condición de la continuidad de la Vida de la especie humana. La *Armonía con la Naturaleza* se vuelve un fin en sí misma y no un medio para la consecución del desarrollo sostenible. La Armonía con la Naturaleza es antes una precondition del desarrollo sostenible y de la subsistencia misma de la Humanidad. Sin *Armonía con la Naturaleza*, no existe desarrollo sostenible. No existe ni siquiera desarrollo. No sólo su falta compromete la sobrevivencia de la especie humana, sino que sin Armonía con la Naturaleza simplemente la Vida humana no tiene como prosperar.

Esa comprensión se encuentra profundamente internalizada por la sabiduría de pueblos ancestrales y aún permanece en algunas culturas. La concepción de Conciencia Pachamama, herencia ancestral de los indígenas latinoamericanos constituye uno de esos ejemplos. Los últimos avances científicos, por su vez, cada vez la fortalecen más. Es lo que se aprende en el Informe de 2014 de la Red HwN, de las Naciones Unidas, donde se sugieren como bases para la construcción del paradigma *Armonía con la Naturaleza*, los aportes de la sabiduría tradicional de la cosmovisión andina indígena del "*Buen Vivir para Armonía con la Naturaleza*" y la doctrina *Earth Science System*, expuesta allí por

Mark Lawrence (<http://harmonywithnatureun.org/index.php?page=view&type=12&nr=40>).

La concepción de Conciencia *Pachamama*, esencia de la cosmovisión andina y abarcadora del *Buen Vivir*, sirvió de soporte a la propuesta de Declaración del Día Internacional de la Madre Tierra, propuesta ésa hecha a las Naciones Unidas, en 2009 por Bolivia. Por este motivo, se parte de la premisa de que ella, en cotejo como otras cosmovisiones semejantes, puede contribuir con un acuerdo semántico mundial en las Naciones Unidas sobre Armonía con la *Naturaleza*.

Poco a poco, a partir de las reflexiones y de las recomendaciones de los especialistas de los Diálogos HwN, la Asamblea General de las Naciones Unidas agrega a Armonía con la Naturaleza un nuevo significado, a punto de proponer, que venga a constituir un nuevo paradigma mundial no más centrado en el ser humano, y sí en la Tierra y fundamento de los derechos de la Madre Tierra.

Sobre los derechos de la Madre Tierra, mencionaré, *à vol d'oiseaux*, importantes avances: los ejemplos de los ríos como sujetos derechos: del reciente acuerdo Te Awa Tupua celebrado en Oceanía entre los pueblos Maori y el gobierno de Nueva Zelandia, por medio del cual se atribuyó al Río Wahghanui el status de persona y la consecuente titularidad de derechos y las victorias judiciales de los ríos Vilcabamba en Ecuador, Ganges y Yamuna en India y Atrato, en Colombia

4. EL DESAFIO DEL PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS ARMONÍA CON LA NATURALEZA

Eses ejemplos instigan el desafío del Programa de las Naciones Unidas de construir un nuevo Paradigma no antropocéntrico para este siglo, sucedáneo al paradigma del Desarrollo Sostenible y fundamento de los derechos de la Madre Tierra, resultante de un acuerdo semántico mundial a partir de los Diálogos de la Red de Conocimientos Armonía con la Naturaleza.

Observase, desde la perspectiva transdisciplinar de ecosaberes, que hay en los diálogos HWn convergencias entre el Buen Vivir, el *Ubuntu*, la *Earth Jurisprudence*, la Ecología Profunda, la filosofía hindú que inspiró la Democracia de la Tierra de Vandana Shiva, y la comprensión del mundo de los pueblos aborígenes de Oceanía. Así, se puede contribuir para la tesitura de un concepto mundial de Armonía con la Naturaleza en las Naciones Unidas. De manera que ese concepto traduzca un acuerdo semántico mundial y un nuevo paradigma, para este siglo, no antropocéntrico, sucedáneo al desarrollo sostenible y fundamento de los Derechos de la Madre Tierra.

5. CONCLUSIONES

En resumen, la perspectiva que se infiere a partir de las contribuciones de los siete informes y diálogos del Programa Armonía con la Naturaleza de las Naciones Unidas, de modo particular, de aquel informe resultante de los Diálogos Virtuales *Harmony with Nature* (HwN) de 2016, del cual participaron juristas, es la tendencia incipiente de una conformación no antropocéntrica del Derecho, relatada como visión del mundo centrada en la Tierra, de acuerdo con la cual, en los términos allí escritos, *“el planeta no se considera un objeto inanimado para ser explotado, sino nuestro hogar común, vivo y sujeto a un exceso de peligros para su salud”*.

De las contribuciones y propuestas resultantes de los Diálogos de la Red HwN, aprobadas por medio de Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, despunta la Armonía con la Naturaleza como la estrella guía del Derecho, principio jurídico a ser incorporado en textos normativos internacionales, regionales, nacionales y locales y fundamento de los derechos de la Madre Tierra.

La atribución de sentido a Armonía con la Naturaleza configura, por sí, un proceso creativo y encierra también un matriz generador. Contiene más Verbo que significado. Conduce más a un sentido dinámico y dialéctico que a un significado inerte y aislado. Al mismo tiempo en que se crea una expresión, se induce a la creación de renovadas e inéditas manifestaciones de sentir, pensar y de actuar, inherentes al Ser humano. Conduce a la esperanza, imaginada por Humberto Eco, de creación de un nuevo mundo para estos tiempos.

*** Recibido em: 2 jan. 2018.**



O USO DE NOVAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO NAS SALAS DE AULA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ: FERRAMENTAS AGREGADORAS OU DISRUPTIVAS DO PROCESSO DE ENSINO-APRENDIZAGEM?

*Carlos César Sousa Cintra**
*Eulália Emília Pinho Camurça***
*Ulisses Levy Silvério dos Reis****

Resumo

O presente artigo objetiva perquirir acerca do papel que as novas tecnologias de informação e comunicação possuem nas aulas ministradas no âmbito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Para tanto, além de correlacionar *in abstracto* aquelas ferramentas contemporâneas com a preocupação revelada pelos que se dedicam a discutir novos paradigmas trazidos pela metodologia do ensino jurídico, realizou-se uma pesquisa junto a três grupos de alunos do referido curso, para sondar as percepções dos discentes quanto ao emprego e aos resultados advindos do uso das mencionadas tecnologias de informação e comunicação. Como resultado do levantamento realizado, verificou-se que mais da metade dos docentes da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará efetivamente adotam o aludido instrumental para facilitar o processo de ensino, postura esta que segundo o alunado, mesmo com eventuais deficiências, tem a virtude de facilitar sobremaneira o processo de ensino-aprendizagem. Além disso, os discentes também confirmaram a eficiência das novas tecnologias de informação e comunicação como proveitoso meio de interação que pode ser explorado fora da sala de aula para adicionar novos elementos aos conteúdos versados em sala de aula pelos professores.

* Doutor e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará. Professor da Graduação e Pós-graduação da Unichristus. Professor Conferencista do IBET – Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Membro do ICET – Instituto Cearense de Estudos Tributários. Advogado.

** Doutoranda e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Jornalista formada pela Universidade Federal do Ceará. Professora do Centro Universitário Sete de Setembro (Uni7).

***Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB). Especialista em Direitos Humanos e Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Professor dos cursos de Graduação e Especialização em Direito da Universidade Potiguar (UNP).

Palavras-chave

Ensino Jurídico. Metodologia. Tecnologias De Informação E Comunicação.

THE USE OF NEW INFORMATION AND COMMUNICATION TECHNOLOGIES IN THE CLASSROOMS OF THE FACULTY OF LAW OF THE FEDERAL UNIVERSITY OF CEARÁ: TOOLS AGGREGATING OR DISRUPTIVE OF THE TEACHING-LEARNING PROCESS?

Abstract

This paper aims to investigate the role that the new information and communication technologies have in the classes taught in the scope of the Faculty of Law of the Federal University of Ceará. Therefore, in addition to correlating *in abstract* those contemporary tools with the concern revealed by those who are dedicated to discuss new paradigms brought by the methodology of the legal education, a research was carried out with three groups of students of referred course, to probe the perceptions of the students regarding the employment and the results of the use of the mentioned information and communication technologies. As a result of the survey realized, it was verified that more than half of the teachers of the Faculty of Law of the Federal University of Ceará effectively are adopting the aforementioned instrument to facilitate the teaching-learning process. According to the group of surveyed students, this teacher's posture, even with any deficiencies, has the virtue of greatly facilitating the teaching-learning process. In addition, the students have also confirmed the effectiveness of new information and communication technologies as an useful form of interaction that can be explored outside the classroom to add new elements to the content taught in the classroom by teachers.

Keywords

Law Teaching. Methodology. Information and Communication Technologies.

1. INTRODUÇÃO

São muitos os aspectos que admitem ser examinados quando da realização de uma análise crítica do atual cenário em que se encontra o ensino jurídico posto em prática pelas nossas Instituições de Ensino Superior (IES). Entre outros tópicos, podemos enumerar os seguintes como os que geralmente habitam as discussões em torno do citado assunto:

- a. Métodos aplicáveis ao ensino jurídico;
- b. Teoria e prática no ensino jurídico;
- c. Pesquisa científica e ensino jurídico;
- d. Didática e ensino jurídico;
- e. Estrutura curricular e ensino jurídico;
- f. Avaliação no ensino jurídico; e
- g. Importância da formação pedagógica e ensino jurídico.

Ora, é questão fora de disputa que os preditos assuntos ocupam o centro das atenções dos que se dedicam a perquirir acerca do que comparece como crucial para a excelência ou derrocada da educação jurídica em nosso País.

Contudo, por ocasião das inúmeras discussões travadas nos encontros referentes à disciplina “Metodologia do Ensino Jurídico”, integrante do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Federal do Ceará, surgiu uma inquietação que, apesar de ter relação com os pontos referidos antes, possui um traço de atualidade destacado pela turma.

O problema pode ser sintetizado na seguinte pergunta: qual a relação dos alunos de graduação com as chamadas Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC)?

A questão mostra-se relevante à medida que se destina a investigar até que ponto o processo de ensino-aprendizagem sofre influência direta das Tecnologias de Informação e Comunicação eventualmente utilizadas tanto pelos docentes como pelos discentes, sujeitos estes integrantes da aludida prática da “ensinagem”¹.

Diante da questão proposta, decidiu-se perscrutar se elementos tecnológicos teriam ou não influência no processo da aprendizagem dentro e fora de sala de aula. Registre-se, por oportuno, que, para os estreitos limites deste escrito, entende-se por elementos tecnológicos desde o uso de softwares como *Power Point* até a utilização de vídeos de internet ou mesmo o acesso às aulas em plataformas como *YouTube*.

Como forma de aplicar o arcabouço teórico objeto da presente pesquisa, optou-se por realizar um levantamento junto a determinadas turmas de graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Para tanto, foram formuladas perguntas submetidas a alunos das disciplinas **Ciência Política e Teoria do Estado** (primeiro semestre), **Direito Administrativo II** (sexto semestre) e **Direito Tributário II** (oitavo semestre), dados estes que serão objeto de exposição e análise em tópico específico deste escrito.

O trabalho divide-se em três momentos. Num primeiro instante, será avaliado sumariamente o cenário atual brasileiro acerca da utilização das tecnologias de informação e comunicação em sala de aula, com ênfase no descortinamento das novas possibilidades trazidas por tais ferramentas. A seguir, apresentaremos o resultado da coleta de dados feita junto ao corpo discente delineado no parágrafo anterior. Por fim, teceremos as análises críticas tendo como pano de fundo o levantamento de pesquisa que guiou a investigação.

Cumprе assinalar que, apesar de a amostra não se prestar à apresentação de conclusões generalizadoras, ainda assim, foi possível desvelar aspectos relevantes que podem colaborar para a melhoria da atual prática do ensino jurídico no Brasil.

¹ Para maior desenvolvimento acerca dessa categoria, cf. ANASTASIOU, 1998.

2. O USO DA TECNOLOGIA PARA O IMPULSIONAMENTO DOS SABERES NA SALA DE AULA

Os desafios relacionados à educação estão em todas as áreas do saber. No caso do ensino jurídico, há uma crise constante das mais diversas ordens, o que inclui métodos de repassar o conhecimento em sala de aula.

Não sem razão, diz-se que “o ensino jurídico não tem conseguido acompanhar as transformações sociais, políticas e econômicas pelas quais o país tem passado, dentre outros motivos porque o tempo do Direito é muito mais lento que o tempo da sociedade.” (ALMEIDA; SOUSA; CAMARGO, 2013, p.19).

Ora, lúdimo aspecto desafiador para o ensino jurídico tem que ver com o emprego das Tecnologias de Informação e Comunicação, que implicaram em mudanças na forma como se ensina e se aprende. Mercado (2016, on-line) ressalta que grande parte dos cursos jurídicos mantém-se adaptada não apenas ao modelo que privilegia o objeto, mas também ao modelo discursivo centrado no professor.

Para aquele citado autor, “se tem a ideia de que bastam professores, alunos, códigos, manuais, salas de aula e um repertório de modelos práticos de processos juridicamente exemplares para a realização da formação jurídica do aluno” (MERCADO, 2016).

Mercado (2016, on-line) lembra ainda que, entre os desafios postos aos professores universitários na contemporaneidade, estão a criação de um ambiente que permita interação, mediação pedagógica, produção de conhecimento colaborativo e ainda o desenvolvimento de competências para utilizar as Tecnologias da Informação e Comunicação. O autor avalia que o professor precisa ampliar a construção de novas competências e habilidades:

Ser um coordenador de aprendizagem, um sujeito que está aberto à aprendizagem, que aprende com seus alunos; que constrói novas habilidades no seu percurso formativo: saber usar as TIC numa perspectiva didática; construir uma proposta pedagógica que valorize a autonomia, a construção coletiva e a autoria dos envolvidos; valorizar a construção do conhecimento em detrimento da reprodução de informações; modelo ainda muito presente nas práticas pedagógicas atuais com ou sem TIC. (MERCADO, 2016, on-line)

Acrescente-se ainda o que ensina Hargreaves (2004), para quem a sociedade do conhecimento é também a sociedade de aprendizagem. Segundo este autor, o ensino está relacionado, inclusive, a uma aprendizagem cognitiva sofisticada, que compreende um repertório crescente e inconstante de práticas de ensino.

Hargreaves (2004, p.36) assinala também o “desenvolvimento e utilização da inteligência coletiva e cultivo de uma profissão que valorize a solução de problemas, a disposição para o risco, a confiança profissional, lidar com a mudança e se comprometer com a melhoria permanente”.

Braudt e Goulart (2015, on-line) reforçam a necessidade de atualização da metodologia do ensino superior para lidar com a grande quantidade de informações disponíveis e ampliando o papel do professor na formação de novas competências dos professores para orientar os alunos no ambiente digital. Esses autores questionam: “Se os alunos, cada vez mais, passam a utilizar a Internet como fonte de seus trabalhos acadêmicos, o professor passa a ser responsável em aprimorar o espírito crítico daqueles. Com tanta informação à disposição a qualquer momento será que é fácil, para o aluno, filtrar a ‘melhor’ informação?”.

Oscar Vilhena (2012, p. 35) considera que a questão demanda reposicionamentos para os professores:

Há, aqui, um duplo desafio: o primeiro é conceber formas de pesquisa que permitam ao aluno selecionar as informações e compreender a qualidade e a autoridade das fontes; o segundo desafio, este mais difícil, refere-se ao modo distinto como a nova geração, educada sob a influência da internet e das mídias sociais, se relaciona com a construção do discurso linear, no qual tradicionalmente opera o direito. Essas novas tecnologias, por outro lado, abrem inúmeras possibilidades para o professor, em sala de aula. Como este não é mais o monopolizador da informação, a qual se coloca à disposição de todos os alunos, torna-se possível a construção de estratégias muito mais dinâmicas, em que o professor passa a ser, sobretudo, indutor e coordenador de debates.

Assim, a chamada sociedade do conhecimento segue mudando o perfil das salas de aula repletas de alunos que demandam cada vez mais informação e rapidez na elaboração de olhares e eleição de novos interesses. A atmosfera de troca intermitente e imediata de informações que ocorre na vida dos jovens, inclusive em sala de aula, tem exigido sofisticadas na composição da educação na contemporaneidade.

Fraiman (2015, p.15) alerta que é justamente pelo “caráter volátil, impactante e transformador que acreditamos que seja preciso desde já fundamentar também a Educação Digital nos mesmos valores humanos que as demais aprendizagens”. Para o autor, essa fundamentação é necessária “para que uma consciência de interdependência, sustentabilidade e humanidade sejam desenvolvidas e para que interações nos meios digitais tenham uma conduta sábia, eficaz e promotora de bem-estar e do bem comum ente seus usuários”.

As mudanças contemporâneas influenciam até mesmo nos índices de atenção dos alunos devido à grande quantidade de dados compartilhados.

“Uma incrível falta de concentração é gerada pela avalanche de informações desconexas a que somos bombardeados a todo o momento, em um mundo cada vez mais *on-line*” (FRAIMAN, 2015).

Fraiman (2015) analisa que aquele aduzido contexto acaba por repercutir na sala de aula, onde jovens distraídos, cansados e hiperestimulados precisam ter acesso também à construção de valores pessoais. Nas suas palavras: “É imprescindível que o aluno perceba que um determinado aprendizado é importante para que ele fixe sua atenção de maneira profunda e significativa” (FRAIMAN, 2015, p.16).

Giuliano Giova (2015) considera que os reflexos da internet na educação nunca foram tão marcantes e isso deve definir novas abordagens educacionais para incorporar novas tecnologias a conceitos e práticas. Ao passo em que acontece a evolução tecnológica, é necessária a realização de uma revolução educacional.

Não se trata de uma visão passiva proporcionada por lousas, livros ou filmes, ao contrário, a Internet permite que o aluno seja um explorador, aventureiro que mergulha por vontade e ação próprias nas experiências do universo. Não é só isso, praticamente não há intermediários, não é uma estória contada pelo professor e orientada pela Escola, mas sim um experimento interativo direto e pessoal entre o aluno e o mundo, escolhendo livremente seus locais, grupos, regras e experimentos (GIOVA, 2015, p.20).

Ao revisitar o pensamento de Edgar Morin sobre o conhecimento, Lidiiane Cury (2012, p.43) lembra que o “modelo de educação reduzido à instrução, centrado na transmissão de conteúdos fragmentados e descontextualizados, e que entende o conhecimento como acúmulo de informações, não dá conta da complexidade inerente a este século”.

Aquela autora alerta para a necessidade de transformar informação em conhecimento, tendo em vista o fato de que nem todo dado necessariamente será apropriado pelo aluno sem o estímulo para fazer conexões e contextualizações. Desse modo, ela assinala: “Conhecimento é, nesse sentido, informação tratada, significada por operações de pensamento. Esse processo deve se tornar uma prática sistemática e permanente, pois é ele que sustentará a abordagem de problemas complexos” (CURY, 2012, p. 47).

Diante dos desafios de pensar a contemporaneidade e seus saberes, Edgar Morin (2003) sugeriu que a missão espiritual da educação é ensinar a compreensão entre as pessoas como condição e garantia da solidariedade moral e intelectual da humanidade. Em entrevista sobre a importância de educar também os educadores, Morin (2016, *on-line*) alerta que, apesar dos avanços na tecnologia da comunicação, permanece a incompreensão em diversos planos

do conhecimento. O autor ressalta ainda a importância do professor enquanto mediador inegociável do saber:

A figura do professor é determinante para a consolidação de um modelo “ideal” de educação. Através da Internet, os alunos podem ter acesso a todo o tipo de conhecimento sem a presença de um professor. Então eu pergunto, o que faz necessária a presença de um professor? Ele deve ser o regente da orquestra, observar o fluxo desses conhecimentos e elucidar as dúvidas dos alunos. Por exemplo, quando um professor passa uma lição a um aluno, que vai buscar uma resposta na Internet, ele deve posteriormente corrigir os erros cometidos, criticar o conteúdo pesquisado. (MORIN, 2016, on-line)

Mas será que estas inquietações chegaram às salas de aulas da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará? As novas tecnologias influenciam no aprendizado dos alunos da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará? Essas questões mobilizaram este artigo científico que realizou uma pesquisa quantitativa que vai ser apresentada a partir de agora.

3. LEVANTAMENTO SOBRE O USO DE NOVAS TECNOLOGIAS NO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFC (2017.1)

A presente pesquisa investigou a percepção dos alunos do curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará acerca do uso das novas tecnologias dentro e fora da sala de aula, por meio da aplicação de um questionário com 5 (cinco) perguntas objetivas, cujas opções de respostas eram apenas sim ou não. O modelo do questionário aplicado encontra-se no Anexo I.

As perguntas que compunham o questionário foram as seguintes:

- 1) Você acha que o uso de tecnologias em sala de aula auxilia no seu aprendizado (slides, vídeos, internet etc.);
- 2) Os professores utilizam recursos tecnológicos como forma de transmissão dos conteúdos (slides, vídeos, internet etc.);
- 3) Você acha que a forma como os recursos tecnológicos são empregados favorecem efetivamente o processo de ensino-aprendizagem, à medida que tais ferramentas agregam valor à metodologia;
- 4) Você utiliza tecnologia(s) durante a aula para complementar os seus estudos (acesso à internet para buscar fontes normativas, jurisprudência, autores/literatura mencionada pelo docente etc.); e
- 5) Você utiliza tecnologia fora da sala de aula para realizar estudos individuais (p. ex., aulas no *YouTube* ou sites pagos, acesso a livros em *PDF* etc.)?

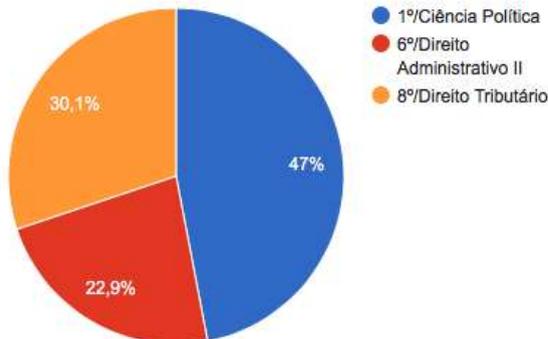
O grupo de estudantes pesquisados foi formado por alunos do curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, distribuídos em turmas do início, do meio e do término do curso, especificamente de turmas que, no período 2017.1, estavam no primeiro semestre (Disciplina Ciência Política e Teoria do Estado); sexto semestre (Direito Administrativo II) e oitavo semestre (Direito Tributário II).

O número total de alunos pesquisados foi 83 (oitenta e três), assim distribuídos entre as turmas:

Semestre/disciplina	Quantidade de alunos
1º/Ciência Política e Teoria do Estado	39
6º/Direito Administrativo II	19
8º/Direito Tributário II	25
Total	83

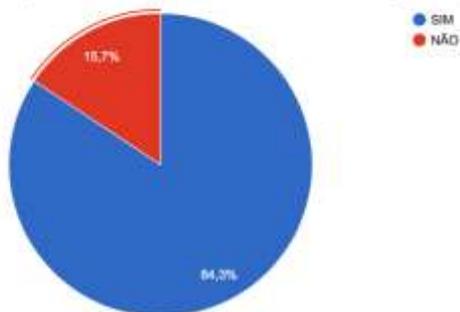
Portanto, constata-se que os alunos pesquisados foram distribuídos de forma quase equilibrada entre os três períodos de formação, considerando que a maior turma foi aquela do primeiro semestre por conta da pública e notória evasão comum aos cursos de graduação públicos no país. Referida distribuição pode ser verificada no gráfico abaixo:

QUANTIDADE DE ALUNOS POR TURMA



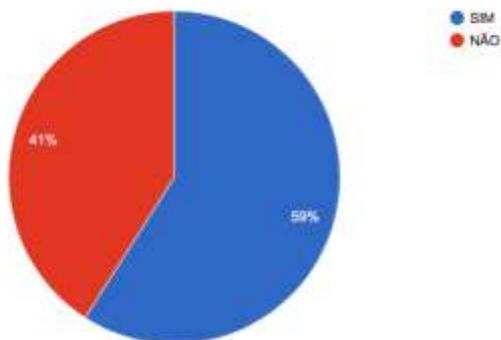
Passando à análise das respostas obtidas na presente pesquisa, tem-se que quanto à primeira pergunta, mais de 80% (oitenta por cento) dos alunos entrevistados afirmaram que acreditam que o uso da tecnologia, tais como slides, vídeos e internet, em sala de aula, auxilia seu aprendizado.

1) Você acha que o uso de tecnologias em sala de aula auxilia no seu aprendizado (slides, vídeos, internet etc.)?



No tocante à segunda pergunta, os alunos demonstraram-se bem divididos quanto ao fato dos professores utilizarem ou não tais recursos tecnológicos como forma de transmissão dos conteúdos, posto que aproximadamente 59% (cinquenta e nove por cento) dos alunos afirmaram que sim, os professores utilizam tais recursos, enquanto 41% (quarenta e um por cento) deles afirmaram que os professores não os utilizam.

2) Os professores utilizam recursos tecnológicos como forma de transmissão dos conteúdos (slides, vídeos, internet etc.)?

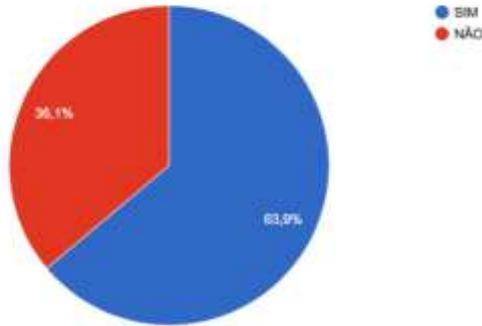


Cumprе frisar que a divisão quase equitativa dos alunos em suas respostas positivas e negativas a tal pergunta de aspecto de fato (professores utilizam ou não os recursos tecnológicos supracitados) pode demonstrar que somente um pouco mais da metade dos professores utilizam tais recursos, ou que mais da metade dos alunos entendem que os professores de uma forma geral usam os recursos tecnológicos enquanto menos da metade do grupo entrevistado acredita que os professores, em sua maioria, não utilizam tais recursos.

Quanto ao terceiro questionamento, de natureza opinativa, mais de 60% (sessenta por cento) dos alunos entrevistados entendem que a forma

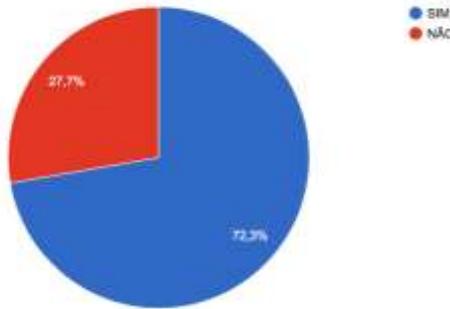
como os recursos tecnológicos são empregados favorecem efetivamente o processo de ensino-aprendizagem, considerando que tais ferramentas agregam valor à metodologia aplicada.

3) Você acha que a forma como os recursos tecnológicos são empregados favorecem efetivamente o processo de ensino-aprendizagem, à medida que tais ferramentas agregam valor à metodologia?



Já na quarta pergunta, cuja natureza assemelha-se à segunda por também possuir caráter factual, os alunos afirmaram, em sua grande maioria (mais de setenta por cento), que utilizam tais ferramentas, como por exemplo, acesso à internet para buscar jurisprudência, durante as aulas como forma de complementar seus estudos.

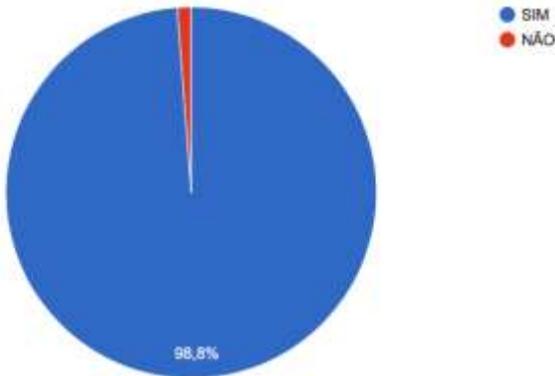
4) Você utiliza tecnologia(s) durante a aula para complementar os seus estudos (acesso à internet para buscar fontes normativas, jurisprudência, autores/literatura mencionada pelo docente etc.)?



E na quinta e última pergunta, também de natureza factual, os alunos responderam positivamente de forma quase unânime, considerando que apenas 01 (um) dos 83 (oitenta e três) alunos respondeu não a tal pergunta.

Dessa forma, mais de 98% (noventa e oito por cento) dos estudantes interrogados responderam que utilizam ferramentas tecnológicas, tais como aulas no YouTube, ou acesso a livros no formato PDF para realizar seus estudos individuais, fora das salas de aula.

5) Você utiliza tecnologia fora da sala de aula para realizar estudos individuais (p. ex., aulas no YouTube ou sites pagos, acesso a livros em PDF etc.)?



Assim, observa-se que enquanto dentro das salas de aula, a utilização de recursos tecnológicos pelos professores (segunda pergunta do questionário) ou pelos alunos (quarta pergunta) ainda possui bastante espaço para ampliação, no tocante à utilização de tais ferramentas fora das salas de aula pelos alunos, tal situação já chega a quase unanimidade da comunidade estudantil pesquisada.

4. ANÁLISE CRÍTICA DOS DADOS LEVANTADOS

Por um critério de coesão e coerência metodológicas, avançaremos neste último momento apresentando as análises críticas dos questionamentos direcionados aos discentes na mesma ordem em que eles foram tabulados na seção anterior.

Extrai-se do levantamento realizado quanto ao primeiro questionamento que a larga maioria dos discentes (84,3%) acredita que a utilização de tecnologias em sala de aula possui potencial transformador no que toca ao auxílio do aprendizado. Percebe-se daí provável influência do próprio ambiente de mundo que interage com tais estudantes, o qual se encontra permeado pela utilização de tecnologias relacionadas principalmente à internet (slides, livros digitais, vídeos por *streaming* etc.).

Num ambiente como esse, consideramos indispensável que os docentes tenham a compreensão de que não poderão estabelecer elo comunicacional eficiente com os seus estudantes se não estiverem adequadamente inseridos nessas tecnologias. Muito embora uma afirmação como essa possa parecer por demais generalizante, visto que 15,7% dos entrevistados responderam negativamente à primeira pergunta, devemos levar em consideração que um ambiente universitário deve ter por preocupação atingir o maior potencial cogni-

tivo de ensino-aprendizagem possível. Nesse tocante, mostrou-se sobremaneira relevante a utilização dessas novas tecnologias, segundo a opinião da maioria dos discentes ouvidos.

A resposta da segunda pergunta mostra-se dissonante do resultado encontrado a partir da primeira. É que, embora 84,3% dos alunos considerem que o uso das novas tecnologias influencie positivamente no processo de ensino-aprendizagem, apenas 59% deles disseram que, em suas salas de aula, os docentes efetivamente fazem uso desse potencial. Ou seja, 41% dos alunos podem estar insatisfeitos com as técnicas de ensino que estão sendo lhes ministradas, caso estejam eles inseridos no universo de 84,3% dos que responderam afirmativamente à primeira questão.

Por mais que nem todos os 41% que responderam “não” à segunda pergunta façam parte do conjunto de 84,3% dos que disseram “sim” na primeira, ainda assim permanecerá alto índice de estudantes que não estão passando por um processo de ensino-aprendizagem considerado (por eles) adequado às disponibilidades tecnológicas ofertadas.

Essa desproporção pode gerar anomalias relacionadas a uma alienação no processo de interação professor-aluno, já que existe um desestímulo de partida para tanto, e ocasionar a fuga dos estudantes para outros materiais disponibilizados em plataformas da internet, os quais não necessariamente possuem o mesmo rigor conceitual do material trabalhado pelo professor em sala de aula. A partir do visto na primeira seção, notamos que não basta ao docente transmitir conteúdos corretos, mas também fazê-lo de forma que possa prender a atenção do seu corpo discente.

Antes de passar aos comentários das demais questões, frise-se que não estamos qualificando como ineficiente o processo de transmissão de conteúdos em sala de aula que se escora apenas no quadro branco e pincel. Há muitos professores que têm a habilidade de, apenas com o uso de tais artifícios tradicionais, desempenhar o seu papel de maneira satisfatória e prender a atenção dos alunos nesse empreendimento. Tanto é que, se 15,7% dos estudantes responderam afirmativamente à primeira questão, isso pode ter explicação em possível interação destes discentes com professores que detêm tal capacidade. O fato, contudo, é que a maioria dentre o público-alvo das aulas compreende estimulante o uso de tecnologias em sala, mas boa parte do corpo docente ainda não atentou para tal necessidade.

A terceira pergunta traz questionamento sensível quanto ao desempenho dos professores a partir da ótica dos estudantes. Acerca do real favorecimento do uso de tecnologias em sala de aula, 63,9% destes responderam que o uso das tecnologias em sala de aula agrega valor à metodologia desenvolvida pelos docentes. O que a pergunta deixa implícito, contudo, é um dado que soa preocupante: pouco mais de 35% dos professores (mais precisamente 36,1%)

utilizam os recursos tecnológicos de maneira artificial, visto que, segundo os alunos, a aula poderia ser realizada de maneira adequada sem que tais ferramentas estivessem presentes.

Esse último dado nos leva a duas indagações: i) são os professores que não estão sabendo fazer adequada utilização das tecnologias da informação?; ou ii) são os discentes que não valorizam o diferencial dos recursos trazidos para sala de aula pelos docentes?

Na hipótese de a primeira pergunta ser respondida de maneira afirmativa, consideramos pertinente a realização de capacitações pedagógico-tecnológicas com os docentes da Faculdade de Direito da UFC. Isso porque as novas tecnologias possuem um potencial de emancipação do conhecimento por demais relevante para serem utilizadas apenas como “penduricalhos” em sala de aula. Caso elas sejam apresentadas apenas como maneira de embelezar um ambiente escolar, funcionarão como várias expressões latinas numa petição forense, que servem quase exclusivamente para mostrar erudição/retórica do advogado, mas não detém conteúdo jurídico capaz de agregar valor ao seu pleito.

A utilização das tecnologias da informação em sala somente é justificada quando possuir algum caráter de facilitação no processo de ensino-aprendizagem. Se são utilizados slides do *Power Point* ou apresentação do *Prezi*, eles devem ao menos servir de fio condutor na construção do raciocínio. Caso o docente faça uso de algum vídeo do *YouTube*, este deve apresentar interlocução efetiva com os conteúdos desenvolvidos em sala de aula. Outra experiência positiva que podemos listar é a utilização do *Skype* para colocar os estudantes em contato direto com docentes de outras instituições para trocas de ideias/experiências.

Caso seja a segunda reflexão lançada para a terceira pergunta que tenha a resposta positiva (os alunos não valorizam o esforço do docente em trazer tecnologias para a sala de aula), o problema residiria então na ausência de diálogo entre os corpos docente e discente. Nessa situação, seriam os estudantes que não estariam conseguindo captar a relevância da utilização de tais ferramentas pelos seus professores, o que pode se constituir em entrave na comunicação aluno-professor e, invés de ajudar, prejudicar a captação dos conteúdos.

Para fugir dessa possibilidade, ressaltamos que deve haver um diálogo franco do professor junto aos seus estudantes acerca da justificativa da utilização desses recursos tecnológicos durante o desenvolvimento do semestre letivo. De preferência, tal comunicação deve ocorrer no primeiro dia de aula, momento comumente reservado para o professor apresentar o conteúdo programático, o cronograma e a metodologia da disciplina. Caso os alunos, desde o primeiro instante, tenha ciência de que os recursos tecnológicos cumprem

um papel significativo no seu crescimento estudantil, terão maior capacidade crítica no tocante às melhores formas de interagir com tais ferramentas.

Com relação à quarta pergunta, notamos que 72,3% dos discentes estão simultaneamente envolvidos com a abordagem do professor em sala de aula e com o acesso à internet para complementação do ensino-aprendizagem. Enquanto o docente ministra a aula por ele programada, inúmeros alunos estão navegando na internet em busca de averiguar as fontes normativas, a jurisprudência e conteúdo adicional ao proferido em sala.

Este alto índice (quase $\frac{3}{4}$) de discentes que navegam na internet em sala de aula em busca de mais conteúdos demonstra a modificação do perfil educacional vivenciada nos últimos anos e apresentada na primeira seção deste trabalho. Enquanto até há pouco tempo o docente encontrava-se numa posição privilegiada de monopolizador do discurso a ser empreendido no seu contexto de sala de aula, atualmente ele está a todo momento na iminência de ser confrontado com perguntas oriundas de materiais encontrados pelos discentes em suas pesquisas individuais simultâneas, o que exige do corpo docente preparação cada vez mais horizontal e vertical no tocante ao domínio das suas disciplinas. Claro que não se espera do professor uma postura de “sabe-tudo”, o que revela também o imprescindível preparo emocional para lidar com interações em que não terá de antemão uma resposta a dar ao aluno.

Podemos notar outro sinal positivo nesse último fenômeno: o protagonismo do estudante em trazer para a sala de aula novos conhecimentos. Nessas oportunidades, reside a chance de os discentes contribuírem entre si na formação pedagógica e terem, ainda que rapidamente, a experiência da condição de transmissor dos conteúdos. Com isso, ganham tanto os discentes quanto também (senão principalmente) o docente.

Por último, a resposta à quinta pergunta escancara o perfil dos estudantes pós-século XXI: vorazes navegantes da internet em busca do aprimoramento em suas formações. Quando questionados se utilizam tecnologia da informação fora de sala para estudar (videoaulas, livros em *PDF* etc.), 98,8% dos alunos responderam que sim. Ou seja, de todo o universo estudado, apenas 01 discente respondeu que abre mão de tais “facilitadores” de aprendizagem.

Podemos presumir que, diante de tão achapante perfil, mesmo os alunos que consideram a utilização de tecnologias em sala de aula pelos docentes um recurso incapaz de proporcionar melhor experiência no ensino-aprendizagem fazem uso, no ambiente extra-sala, de tais expedientes. Qual seria a explicação disso? Podemos imaginar duas razões.

É possível que os estudantes, ao interagirem em sala com o professor, busquem deste último justamente aqueles conhecimentos adicionais não facilmente encontráveis na internet. Caso se esteja tratando de alguma disciplina

teórica, isso poderia consistir em referências bibliográficas estrangeiras clássicas e atuais sobre o assunto, uma vez que a maioria dos estudantes de graduação ainda não possui autonomia de pesquisa nos conhecidos buscadores nacionais/internacionais de referências. Se, por outro lado, tratar-se de uma disciplina mais técnica, é possível que os alunos busquem detalhes acerca da operacionalização forense dos conteúdos discutidos em sala de aula, no que conta muito a própria atuação do docente além da academia (especialmente no desenvolvimento de outra profissão).

Mas também é factível que esta adesão desenfreada aos recursos disponibilizados na internet se explique pela força do mercado jurídico *on-line*. É de conhecimento comum entre os estudantes de Direito a existência de portais na internet que comercializam cursos preparatórios para o Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e para concursos em geral, bem como cursos de pós-graduação *lato sensu* (especializações). Os discentes estão continuamente superexpostos a tais mídias e cultiva-se um imaginário de que, sem o acesso a tais conteúdos, não é possível ser aprovado nos testes exigidos para a obtenção da licença profissional (OAB) ou para a assunção às carreiras do Estado².

O que extraímos da coleta pode ser resumido nos seguintes pontos, pelo menos com relação ao universo estudado: i) os discentes entendem que o uso de novas tecnologias em sala de aula é adequado ao processo de ensino-aprendizagem; ii) compreendem eles que uma pequena maioria dos docentes da Faculdade de Direito da UFC lança mão destes facilitadores; iii) aduzem que uma maioria apenas um pouco mais sensível (de docentes) o faz de modo a realmente agregar valor às suas metodologias; iv) grande parte (dos discentes) busca, no momento das próprias aulas, encontrar fontes alternativas de conteúdo enquanto o professor está lecionando, o que pode gerar uma interação mais horizontal entre tais polos; e v) a quase totalidade dos alunos utiliza tecnologias da informação e comunicação fora de sala de aula para acessar materiais além dos disponibilizados pelo docente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As acaloradas discussões relativamente àquilo que deve ser implementado para a melhoria da qualidade do ensino jurídico não podem menosprezar o potencial patenteado pelas novas tecnologias de informação e comunicação, ferramentas estas que hodiernamente traduzem uma alteração no sistema de comunicação professor-aluno, e, por tal razão, comparecem com instrumental que colabora sensivelmente na obtenção de alvissareiros resultados pedagógicos.

² Os números referentes a tal percepção entre os discentes, pelo menos no âmbito da Faculdade de Direito da UFC, é tarefa para outra pesquisa.

Nos domínios da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, para satisfação dos alunos, a maioria dos docentes já adotam tais facilitadores, comportamento este que igualmente é posto em prática pelos discentes, que tanto dentro quanto fora de sala de aula lançam mão destas novas tecnologias para complementar as informações disponibilizadas pelos professores, e assim melhor consolidarem os conhecimentos referentes a cada disciplina.

REFERÊNCIAS

- ANASTASIOU, L. G. C. **Metodologia do Ensino Superior**: da prática docente a uma possível teoria pedagógica. Curitiba: IBPEX, 1998.
- CURY, Leidiane. **Revisitando Morin**: os novos desafios para os educadores. *Comunicação & Educação*, ano XVII, n. 01, jan./jun. 2012, p. 39-47.
- BRUCH, Kelly Lissandra; GOULART, Guilherme Damasio. Tecnologias da informação e comunicação, o ensino do direito e o papel do professor. In: **Anais do 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade**: mídias e direito da sociedade em rede. Disponível em <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/7-3.pdf>. Acesso em 12 mai.2017.
- FRAIMAN, Leo. Valores essenciais em um mundo cada vez mais digital. In: **Educação Digital**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- GIOVA, Giuliano. Educação e cidadania digital nascer, morrer e renascer no mundo digital, onde deixaram o manual. In: **Educação Digital**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- HARGREAVES, Andy. **O ensino na sociedade do conhecimento**: a educação na era da insegurança. Porto Alegre: ArtMed, 2004.
- MERCADO, Luis Paulo Leopoldo. Metodologias de ensino com tecnologias da informação e comunicação no ensino jurídico. **Avaliação**: Revista da Avaliação da Educação Superior (Campinas), v. 21, n. 01, mar. 2016, p. 263-299.
- MORIN, Edgar. **É preciso educar os educadores**. Disponível em: <http://www.fronteiras.com/entrevistas/entrevista-edgar-morin-e-preciso-educar-os-educadores>. Acesso em 10 maio 2017.
- MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. 8. ed. São Paulo: Cortez, Brasília, 2003.
- VILHENA, Oscar. Desafios do ensino jurídico num mundo em transição: o Projeto da direito GV. **Ensino do direito para um mundo em transformação**. Marina Feferbaum, José Garcez Ghirardi (orgs). São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2012.

SOUSA, André Lucas Delgado; ALMEIDA, Frederico de Almeida; CAMARGO, Sarah Bria de. Direito e realidade desafios para o ensino jurídico. In **Ensino do direito em debate: reflexões a partir do 1º Seminário Ensino Jurídico e Formação Docente** / José Garcez Ghirardi e Marina Feferbaum (organizadores). São Paulo: Direito GV, 2013.

ANEXO I

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ – UFC
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
MESTRADO ACADÊMICO E DOUTORADO
Disciplina: Metodologia do Ensino Jurídico.
Docente: Prof. Dr. Carlos César Sousa Cintra

Questionário para Elaboração de Artigo Científico

- 1) Você acha que o uso de tecnologias em sala de aula auxilia no seu aprendizado (slides, vídeos, internet etc.)?
() SIM () NÃO
- 2) Os professores utilizam recursos tecnológicos como forma de transmissão dos conteúdos (slides, vídeos, internet etc.)?
() SIM () NÃO
- 3) Você acha que a forma como os recursos tecnológicos são empregados favorecem efetivamente o processo de ensino-aprendizagem, à medida que tais ferramentas agregam valor à metodologia?
() SIM () NÃO
- 4) Você utiliza tecnologia(s) durante a aula para complementar os seus estudos (acesso à internet para buscar fontes normativas, jurisprudência, autores/literatura mencionada pelo docente etc.)?
() SIM () NÃO
- 5) Você utiliza tecnologia fora da sala de aula para realizar estudos individuais (p. ex., aulas no YouTube ou sites pagos, acesso a livros em PDF etc.)?
() SIM () NÃO

* Recebido em: 4 jan. 2018.

DOCTRINA ESTRANGEIRA



DROIT HUMAIN A L'ASSAINISSEMENT : VERS L'EMANCIPATION D'UN DROIT AU NIVEAU INTERNATIONAL

*Gustavo Fernandes Meireles**

Résumé

Dans l'évolution du droit à l'eau en droit international une distinction fut graduellement établie entre le droit d'accès à l'eau et le droit à l'assainissement. Initialement regroupés dans le cadre du "droit à l'eau", le droit à l'assainissement gagne en évidence alors même que le droit à l'eau cherche à s'affirmer en tant que droit contraignant. Si du côté de l'accès à l'eau le contexte est vraisemblablement problématique, avec 663 millions de personnes au monde manquant d'accès à l'eau, la situation est davantage plus grave du côté de l'assainissement, puisque en 2015 l'OMS et l'UNICEF estimaient que 2,4 milliards de personnes au monde ne disposaient pas d'installations d'assainissement améliorées. Depuis l'Observation générale n° 15 (2002) du Comité des droits économiques, sociaux et culturels le droit à l'eau a connu un remarquable essor, suivi par la résolution 64/292, du 28 juillet 2010 de l'Assemblée générale de l'ONU (réaffirmée par la résolution 68/157, du 18 décembre 2013). Toutefois, l'analyse de ces documents (parmi d'autres) permet de constater qu'un droit humain à l'assainissement semble être dilué dans le droit à l'eau. L'identification des deux droits dans un seul est problématique et on constate un déséquilibre dans leur évolution, notamment au détriment du droit à l'assainissement. De surcroît, la relation étroite entre le droit d'accès à l'eau et le droit à l'assainissement est certes indéniable – la réalisation de ce dernier étant même un élément qui mène à la protection des ressources en eau. Alors même qu'un droit humain à l'eau est encore en évolution pour son affirmation par le droit international, le droit à l'assainissement semble, à son tour, aller vers une émancipation par rapport au premier. L'adoption des Objectifs du développement durable (ODD), le 25 septembre 2015, témoigne d'une claire évolution par rapport aux Objectifs du Millénaire pour le développement (OMD) à l'égard de la réalisation du droit à l'eau et à l'assainissement, puisque les ODD présentent des cibles spécifiques pour la promotion tant de l'accès à l'eau potable qu'à l'assainissement (sous l'objectif 6). De même, la résolution 70/169, du 17 décembre 2015, de l'Assemblée générale de l'ONU, établit de façon explicite une distinction entre le droit à l'eau potable et le droit à l'assainissement, énonçant que le second est souvent négligé.

Mots-clés

Droit à l'eau. Droit à l'assainissement. Protection internationale des droits de l'homme. Objectifs du Millénaire pour le développement. Objectifs de développement durable.

* Doctorant en Droit public à l'Université Paris-Saclay sous la direction de Mme la Professeure Frédérique Coulée, avec activités d'enseignement dans le domaine du Droit international public à l'Université d'Évry. E-mail : gfmereles@gmail.com

DIREITO HUMANO AO SANEAMENTO BÁSICO: RUMO A UMA EMANCIPAÇÃO DE UM DIREITO NO ÂMBITO INTERNACIONAL

Resumo

No curso da evolução do direito à água no âmbito do direito internacional uma distinção foi gradativamente estabelecida entre o direito de acesso à água e o direito ao saneamento básico. Inicialmente reagrupados sob a rubrica do “direito à água”, o direito ao saneamento ganha em evidência e isso em quando o próprio direito à água busca se afirmar enquanto direito vinculante. Se a questão do acesso à água é problemática, com 663 milhões de pessoas à margem desse direito, a questão é ainda mais grave no que concerne o acesso ao saneamento básico, com 2,4 bilhões de pessoas no mundo que não dispõe de instalações adequadas. Desde o Comentário Geral nº 15 (2002) do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais o direito à água ganhou em evidência, repercutindo com a resolução 64/292 de 28 de julho de 2010 da Assembleia Geral da ONU (reafirmada pela resolução 68/157 de 18 de dezembro de 2013). Porém, a análise desses documentos (dentre outros) permite constatar que um direito humano ao saneamento básico parece estar diluído no direito à água. A identificação dos dois direitos em um só é problemática e constata-se um desequilíbrio na evolução de cada um, sobretudo em detrimento do direito ao saneamento. Além disso, a estreita relação entre o direito de acesso à água e o direito ao saneamento é inegável – a realização deste último estando mesmo associada à proteção dos recursos hídricos. Enquanto que um direito humano à água está ainda em evolução para sua afirmação pelo direito internacional, o direito ao saneamento parece, por sua vez, caminhar na direção de sua emancipação em relação ao primeiro. A adoção dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) em 25 de setembro de 2015 prova uma clara evolução em relação aos Objetivos do Milênio para o Desenvolvimento no que concerne à realização do direito à água e ao saneamento, uma vez que os ODS apresentam metas específicas para a promoção tanto do acesso à água potável como do saneamento básico (no objetivo 6). Ademais, a resolução 70/169 de 17 de dezembro de 2015, da Assembleia Geral da ONU, estabelece de forma explícita uma distinção entre o direito à água potável e o direito ao saneamento básico, enunciando inclusive que o segundo fora negligenciado.

Palavras-chave

Direito à água. Direito ao saneamento. Proteção internacional dos direitos humanos. Objetivos do Milênio para o Desenvolvimento. Objetivos do Desenvolvimento Sustentável.

HUMAN RIGHT TO SANITATION: TOWARDS THE EMANCIPATION OF A RIGHT IN INTERNATIONAL LAW

Abstract

In the evolution of the right to water in international law a distinction was gradually established between the right of access to water and the right to sanitation. Initially grouped under the “right to water”, the right to sanitation is gaining notoriety while the right to water itself is still evolving to be properly recognized as a binding law. Whether the water access is likely challenging, with 663 million people in the world lacking access to water, the situation is much more serious on sanitation, where 2.4 billion people in the world lack improved sanitation facilities (as of WHO and UNICEF 2015 estimations). Since the Committee on Economic, Social and Cultural Rights’ General Comment No. 15 (2002) the right to water has experienced remarkable growth, followed by the adoption of the resolution 64/292 on 28 July 2010 by the UN General Assembly (reaffirmed by the resolution 68/157 on 18 December 2013). However, the analysis of these documents (among others) to a human right to sanitation seem to be diluted in the right to water. The identification of the two rights in one is problematic and there is an imbalance in their evolution, especially at the expense of the right to sanitation. In addition, the close relationship between the right of access to water and the right to sanitation is undeniable – the fulfillment of the latter being even an element leading to the protection of water resources. Even though a human right to water is still evolving on international law, the right to sanitation seems to go towards an emancipation from the former. The adoption of the Sustainable Development Goals on 25 September 2015 shows a clear change from the Millennium Development Goals (MDGs) with respect to the reali-

zation of the right to water and sanitation, since the ODD present specific targets for the promotion of access to drinking water and sanitation (under objective 6). Similarly, the UN General Assembly resolution 70/169, on 17 December 2015, sets out an explicit distinction between the right to drinking water and the right to sanitation, even stating that the second is often overlooked.

Keywords

Right to water. Right to sanitation. International protection of human rights. Millennium Development Goals. Sustainable Development Goals.

1. INTRODUCTION

Lors de l'adoption des Objectifs du Millénaire pour le développement (OMD), en 2000, le nombre de personnes ne disposant pas d'accès à l'eau potable et d'installations d'assainissement améliorées dans le monde était alarmant : 1,1 et 2,4 milliards, respectivement¹. Parmi les objectifs des OMD, la cible 7(c) visait à réduire de moitié, jusqu'à 2015, le pourcentage de la population n'ayant pas accès à un approvisionnement en eau potable ni à des services d'assainissement de base.

En ce qui concerne l'accès à l'eau, la cible fut atteinte en 2010, 2,6 milliards de personnes ayant obtenu un accès à une source d'eau potable entre 1990 et 2015². Néanmoins, 663 millions de personnes manquent toujours d'accès à l'eau. Mais la situation est encore plus grave du côté de l'assainissement, puisqu'en 2015 il reste toujours 2,4 milliards de personnes au monde ne disposant pas d'installations d'assainissement améliorées³.

Parallèlement, d'un point de vue juridique, les progrès accomplis dans le domaine du droit à l'eau pendant cette période sont remarquables. Plusieurs documents adoptés au sein du système des Nations unies ont contribué à faire avancer la reconnaissance d'un droit de l'homme à l'eau et à l'assainissement. L'Observation générale n° 15 (2002) du Comité des droits économiques, sociaux et culturels est un document important qui participe à la définition du droit d'accès à l'eau. Le Comité a reconnu que *"le droit à l'eau est indispensable*

¹ OMS/UNICEF, *Global water supply and sanitation assessment, 2000 report*, New York, OMS/UNICEF Programme commun de suivi de l'approvisionnement en eau et de l'assainissement, 2000, p. 1.

² OMS/UNICEF, *Progress on sanitation and drinking water: 2015 Update and MDG assessment*, New York, Programme commun de suivi de l'approvisionnement en eau et de l'assainissement, 2015, p. 4. Ces chiffres peuvent être considérés comme plus alarmants encore si on considère les critiques formulées quant aux paramètres d'analyse par Gerard Payen, membre du Conseil consultatif sur l'eau et l'assainissement auprès du Secrétaire général de l'ONU et directeur d'AquaFed (fédération mondiale des distributeurs privés d'eau). Selon Payen, les chiffres concernant l'accès à l'eau et à l'assainissement sont souvent incorrects, le nombre d'individus n'ayant pas accès à des sources d'eau potable serait de l'ordre de 1,8 milliards de personnes. Cf. G. Payen, « *Targeting universal access to drinking water that is really safe* », Stockholm World Water Week 2014. Disponible sur : http://www.unsgab.org/content/documents/2014-08-31_Payen_Stockholm_DrinkingWaterSafety_UNSGAB_Final.pdf.

³ OMS et UNICEF, *op. cit.*, p. 5 et p. 13.

pour mener une vie digne” et constitue “une condition préalable à la réalisation des autres droits de l’homme”⁴.

Depuis lors, le sujet a fait l’objet de plusieurs résolutions et de rapports au sein du Conseil des droits de l’homme de l’ONU. Dans le cadre de l’Assemblée générale de l’ONU, le droit à l’eau et à l’assainissement fut reconnu par la résolution 64/292, du 28 juillet 2010 (réaffirmée par la résolution 68/157, du 18 décembre 2013). Malgré les avancées vers la reconnaissance d’un droit humain à l’eau potable et à l’assainissement, il ne s’agit pas encore d’un droit affirmé par un instrument juridiquement contraignant au niveau international et ses contours restent imprécis. Il subsiste donc des incertitudes par rapport à son statut juridique.

En ce qui concerne le lien entre le droit à l’eau et le droit à l’assainissement, certains textes laissent constater qu’un droit humain à l’assainissement semble être dilué dans le droit à l’eau. L’identification de ces deux droits est problématique et un déséquilibre existe dans le progrès des deux droits concernés, au détriment du droit à l’assainissement. La relation étroite entre le droit d’accès à l’eau et le droit à l’assainissement est certes indéniable – la réalisation de ce dernier étant même un élément qui mène à la protection des ressources en eau. Cependant, les chiffres montrent qu’un effort plus grand doit être dédié pour que des conditions d’assainissement amélioré se réalisent.

Alors même qu’un droit humain à l’eau est encore en évolution – cherchant à être pleinement affirmé par le droit international –, le droit à l’assainissement semble, à son tour, aller vers une émancipation par rapport au premier. L’adoption des Objectifs du développement durable (ODD), le 25 septembre 2015, témoigne d’une claire évolution par rapport aux OMD à l’égard de la promotion du droit à l’eau et à l’assainissement, cette fois-ci en présentant des cibles spécifiques pour la promotion tant de l’accès à l’eau potable qu’à l’assainissement (sous l’objectif 6). De même, la récente résolution 70/169, du 17 décembre 2015, de l’Assemblée générale de l’ONU, établit de façon explicite une distinction entre le droit à l’eau potable et le droit à l’assainissement, rappelant que le second est souvent négligé.

Ce scénario mène à nous interroger sur l’émancipation du droit à l’assainissement dans le contexte de l’évolution du droit à l’eau dans le domaine de la protection internationale des droits de l’homme. Il est relevant d’avancer dans la réflexion sur les raisons du contraste qui existe dans le progrès quant à la reconnaissance juridique que chacun de ces droits étroitement liés ont obtenue. Peut-on parler d’un droit à l’assainissement indépendant du droit à

⁴ Nations Unies, document E/C.12/2002/11 du 20 janvier 2003, par. 1.

l'eau ? Quelles conséquences pourraient avoir l'émancipation du droit à l'assainissement en ce qui concerne sa réalisation et celle du droit d'accès à l'eau ?

Si le droit à l'assainissement se développe d'abord comme une composante du droit à l'eau (I), certains éléments juridiques indiquent qu'il marche vers son émancipation par rapport à celui-ci (II).

2. LE DROIT A L'ASSAINISSEMENT COMME UNE COMPOSANTE D'UN DROIT A L'EAU

Bien qu'un droit à l'eau fasse encore long parcours pour être reconnu comme droit de l'homme par le droit international (A), les débats autour de ce sujet ont soulevé des questions concernant l'assainissement, souvent considéré comme un complément, voire un accessoire, du droit à l'eau (B).

2.1. L'émergence d'un droit à l'eau au niveau international

La terre est une planète bleue, mais l'apparente abondance de la ressource en eau relève aujourd'hui d'une impression erronée compte tenu de sa rareté⁵. Quoique le volume d'eau disponible sur la planète reste inchangé, la disponibilité de la ressource pour l'utilisation humaine est gravement menacée tant par les changements climatiques⁶ que par sa mauvaise utilisation⁷. L'impression d'abondance de l'eau dans le monde est mise en évidence par

⁵ Quoique la surface de la planète soit recouverte à plus de 70 % d'eau, 2,5 % seulement de l'eau présente sur la terre est douce et donc propre à la consommation humaine. Si l'on s'intéresse à cette eau douce, seul un tiers de cette eau est à l'état liquide, le reste étant sous la forme de glaciers. De la partie liquide de ces eaux, seuls 2 % se trouvent à la surface des bassins hydrographiques, le reste étant des eaux souterraines

⁶ Lors de la dernière Semaine mondiale de l'eau de Stockholm (août 2015), l'interdépendance entre eau et changement climatique a été soulignée davantage encore. Cet événement a permis de sensibiliser l'opinion publique sur le sujet et de préparer les débats pour la COP21 (Paris), tenue en décembre 2015. Cf. <http://programme.worldwaterweek.org/event/4581>. Il est à souligner que des problèmes spécifiques des changements climatiques sur le cycle hydrologique et les systèmes de gestion de ressources en eau furent particulièrement considérés dans la Déclaration ministérielle de la deuxième Conférence mondiale sur le climat, tenue à Londres, en juin 1990 : « *Le cycle hydrologique et les systèmes de gestion des ressources en eau, et, par conséquent, l'infrastructure socio-économique, seront particulièrement touchés par les effets de l'évolution du climat. Une plus grande fréquence des phénomènes météorologiques extrêmes tels que les inondations et les sécheresses, accroîtrait le nombre et la gravité des catastrophes naturelles.* » Le texte se trouve dans l'annexe III de la résolution A/RES/696/Add.1 de l'Assemblée générale de l'Onu, du 8 novembre 1990, partie II, item 1, disponible sur <http://unfccc.int/resource/docs/1990/un/fre/a45696a1f.pdf>.

⁷ Les statistiques d'ONU-Eau à l'occasion de l'année internationale pour la coopération de l'eau (2013) donnent une idée de la dimension et de l'urgence des problèmes relatifs à la mauvaise utilisation de l'eau : l'utilisation de l'eau a augmenté deux fois plus que la croissance de la population mondiale au cours du siècle dernier ; chaque année, il y a une perte de 250 millions à 500 millions de mètres cubes d'eau dans les systèmes d'approvisionnement des villes ayant plus de 10 millions d'habitants ; 70 % des déchets industriels sont rejetés sans traitement dans des bassins. Cf. ONU-Eau, *Thematic factsheets*, disponible sur <http://www.unwater.org/statistics/thematic-factsheets/pt/>.

une absence éloquent de paramètres juridiques suffisamment précis en ce qui concerne un droit relatif à l'eau dans le contexte international. On ne commence à envisager une réglementation juridique de l'utilisation de l'eau que lorsque cette ressource essentielle devient rare. Ce cadre compromet la sécurité hydrique et alimentaire dans plusieurs régions et les chiffres en ce sens sont assez alarmants⁸.

Certes, le droit international traite de l'utilisation de l'eau en tant que voie de navigation depuis longtemps et il a même été à l'origine de la création des premières organisations internationales⁹. En revanche, l'"eau ressource" ne bénéficie pas d'un cadre juridique suffisamment systématisé au plan international. C'est pourtant l'eau utilisée à des fins autres que la navigation qui mérite le plus d'attention, car cette catégorie touche une multiplicité d'activités humaines (comme l'agriculture, l'élevage, voire la production d'énergie, des activités industrielles) et sert aussi à l'assainissement des populations. Malgré son importance, l'"eau ressource" est réglementée de manière peu cohérente dans le cadre du droit international.

Si la Conférence de Mar del Plata sur l'eau, de 1977¹⁰ est un jalon incontournable pour le développement du débat juridique quant aux questions liées à l'eau en tant que ressource, c'est notamment depuis les années 1990 que divers acteurs internationaux, régionaux et nationaux œuvrent en faveur d'un meilleur accès de tous à l'eau. Cette évolution s'inscrit donc dans un contexte doublement marqué par la raréfaction de la ressource et par des paramètres juridiques incertains en ce qui concerne la reconnaissance d'un droit à l'eau.

De fait, une des résolutions de la conférence de Mar del Plata de 1977 affirme *"le droit de tous les peuples à l'eau potable en quantité et en qualité égale à leurs besoins fondamentaux"*¹¹. On note toutefois le manque de référence explicite à l'assainissement dans cette formule, même si des références en sont faites dans le plan d'action de Mar del Plata.

Par la suite, la Conférence internationale sur l'eau et l'environnement de Dublin, de 1992, affirme la valeur économique de l'eau, tout en reconnaissant *"le droit fondamental de l'homme à une eau salubre et une hygiène adéquate pour*

⁸ Voy. l'introduction et notes 2 et 3 ci-dessus.

⁹ La première organisation internationale est née de la coopération pour l'utilisation de l'« eau voie de navigation » lors du Congrès de Vienne de 1815 concernant le Rhin. Quelques années plus tard, des États riverains du Danube ont réglementé la navigation sur ce fleuve par le Traité de Paris de 1856.

¹⁰ Conférence des Nations Unies sur l'eau, Mar del Plata, 14-25 mars 1977, A.CONF.70/29.

¹¹ « *All peoples, whatever their stage of development and their social and economic conditions, have the right to have access to drinking water in quantities and of a quality equal to their basic needs* ». Nations Unies, *Plan d'action de Mar del Plata*, document, E.77.II.A.12, 25 mars 1977, p. 66.

*un prix abordable*¹². La gestion de ressources en eau est remise en valeur plus tard dans la même année, dans Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, à Rio, où le programme Action 21 est adopté. Ce plan dédie un de ces quarante chapitres à la "*protection des ressources en eau douce et de leur qualité*", et rappelle que "[l]'eau est nécessaire à tous les aspects de la vie"¹³.

Plus tard, l'accès à l'eau et à l'assainissement apparaît comme l'objet d'une des 21 cibles des Objectifs du Millénaire pour le développement, adoptés en 2000. Il s'agit de la cible 7(c), laquelle prévoit "*de réduire de moitié, d'ici à 2015, le pourcentage de la population qui n'a pas accès à un approvisionnement en eau potable ni à de services d'assainissement de base*"¹⁴. Inscrite dans l'objectif concernant la protection de l'environnement (objectif 7), la cible 7(c) demeure dans une approche indirecte à la question de l'accès à l'eau, tel que dans l'Action 21. Bien que timide, puisqu'éminemment quantitative, la préconisation de ladite cible n'est pas sans importance, vu qu'elle pèse sur l'élargissement des services de l'eau à un nombre significatif de personnes.

À l'absence d'instruments normatifs assurant explicitement un droit à l'eau, certains auteurs ont évoqué ce droit comme étant contenu implicitement dans des instruments internationaux sur la protection des droits de l'homme, notamment la Déclaration universelle de 1948 (art. 25), le Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels de 1966 (art. 11 et 12), la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979 (art. 14(2)(h)), la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989 (art. 24(2)(c)), entre autres¹⁵. Ainsi, sous le prisme des droits à un niveau adéquat de vie, à la nourriture et à la santé, la doctrine interprétait l'existence d'un droit de l'homme à l'eau qu'y découlerait¹⁶. P. Gleick souligne que la déclaration de 1948 et les pactes de 1966¹⁷ incluent implicitement un droit à

¹² Nations unies, Déclaration de Dublin sur l'eau dans la perspective d'un développement durable Conférence internationale sur l'eau et l'environnement de Dublin, 26-31 janvier 1992, principe 4, disponible sur <http://www.wmo.int/pages/prog/hwrrp/documents/francais/icwedecf.html>.

¹³ Nations Unies, Action 21, document A/CONF.151/26/Rev.1, chapitre 18, item 18.2, disponible sur <http://www.un.org/french/ga/special/sids/agenda21>.

¹⁴ United Nations Millennium Development Goals. Objectif 7 disponible sur : <http://www.un.org/millenniumgoals/envIRON.shtml>

¹⁵ Dans le même sens de références indirectes au droit à l'eau, on pourrait ajouter à cette liste la Convention relative aux droits des personnes handicapées, de 2006 (art. 28(2)(a)) et même les conventions de Genève de droit humanitaire de 1949, Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (arts. 20, 29 et 46), Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (arts. 85, 89 et 127) et ses protocoles additionnels de 1977 (arts. 44 et 55 pour le protocole I, et arts. 5 et 14 pour le protocole II).

¹⁶ Voy. S. C. McCaffrey, « A human right to water: Domestic and international implications », *Georgetown International Environmental Law Review*, V(1), 1-24, 1992 ; P. H. Gleick, « The human right to water », *Water Policy*, 1, 1998, p. 487-503.

¹⁷ Notamment le Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels, lequel assure, par son article 11, la reconnaissance du « *droit de toute personne à un niveau de vie suffisant*

l'eau, mais que leur rédaction n'en a pas prévu expressément, compte tenu du caractère évidemment fondamental de cette ressource, tel que l'air. L'eau étant absolument nécessaire à la vie humaine, ce droit n'aurait pas besoin d'être explicitement établi¹⁸.

Ce raisonnement est à la base de l'Observation générale n° 15 de 2002 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, qui a ouvert le terrain pour une notable progression du droit à l'eau au sein de l'ONU. En interprétant les articles 11 et 12 du Pacte sous sa surveillance, le Comité considère que *"le droit à l'eau est une condition préalable à la réalisation des autres droits de l'homme"*¹⁹. Selon le Comité, *"[l]e droit à l'eau fait clairement partie des garanties fondamentales pour assurer un niveau de vie suffisant, d'autant que l'eau est l'un des éléments les plus essentiels à la survie."*²⁰ Le Comité renforce son interprétation en citant aussi d'autres instruments juridiques où figurent de façon plus ou moins implicite des éléments qui mènent à soutenir l'existence d'un droit à l'eau – comme l'avaient fait les auteurs cités ci-haut. L. Caflisch reconnaît que l'observation générale n° 15 (2002) a permis l'apparition, dans le cadre dudit Pacte, d'un droit à l'eau dans le sens d'un droit individuel reconnu par les États parties, qui ont une marge d'appréciation quant aux obligations concernées²¹. On peut aussi dire que l'observation générale n° 15 (2002) donne un cadre qualitatif à ladite cible 7(c) des Objectifs du Millénaire, en définissant que *"le droit à l'eau consiste en un approvisionnement suffisant, physiquement accessible et à un coût abordable, d'une eau salubre et de qualité acceptable pour les usages personnels et domestiques de chacun."*²²

Des critères pour l'approvisionnement adéquat en eau sont explicités dans ce document²³. Ces critères, ainsi que l'ensemble de l'interprétation de l'observation générale n° 15 (2002) iront constituer une importante base pour les travaux des rapporteurs spéciaux nommés par la Commission des droits de

pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture » ; l'article 12 consacre le droit à la santé. Il est évident que pour concrétiser ces droits, l'accès à l'eau doit être assuré.

¹⁸ Idem, p. 491-2.

¹⁹ Nations unies, Comité des droits économiques sociaux et culturels, « *Le droit à l'eau* », document E/C.12/2002/11, publié le 20 janvier 2003, para. 1.

²⁰ Idem, para. 3.

²¹ L. Caflisch, « Le droit à l'eau : un droit de l'homme internationalement protégé ? », in *L'eau en droit international, Colloque d'Orléans de la Société française pour le droit international*, Paris, Pedone, 2011, p. 389.

²² Nations unies, document E/C.12/2002/11, *op. cit.*, para 2.

²³ Idem, para. 12. Il s'agit de : (a) disponibilité ; (b) qualité ; (c) accessibilité en plusieurs aspects : (i) physique ; (ii) économique ; (iii) non-discrimination ; (iv) accessibilité de l'information.

l'homme²⁴ et par le Conseil des droits de l'homme²⁵. À leur tour, les travaux de ces experts indépendants ont remarquablement fait avancer l'affirmation d'un droit à l'eau. Au fil de cette évolution, l'Assemblée générale a reconnu, par sa résolution 64/292 du 28 juillet 2010, " *que le droit à l'eau potable et à l'assainissement est un droit de l'homme, essentiel à la pleine jouissance de la vie et à l'exercice de tous les droits de l'homme*"²⁶. Bien que dépourvue de force contraignante, cette résolution constitue une étape importante vers l'établissement d'un cadre juridique.

Si cette résolution – dont projet de texte (A/64/L.63/Rev.1) avait été proposé par la Bolivie – n'a pas fait l'objet d'un consensus²⁷, elle reste tout de même un repère important dans l'évolution du droit à l'eau, aucun État n'ayant voté contre son adoption. Parmi les États qui se sont abstenus de voter, certains manifestaient que l'adoption d'une telle résolution pourrait court-circuiter les travaux en cours au sein du Conseil des droits de l'homme, menés par le rapporteur spécial. D'autres ont motivé leurs abstentions affirmant que la résolution ne crée pas un nouveau droit de l'homme ni de nouvelles obligations pour les États²⁸. En ce sens, L. Calfisch observe que la résolution 64/292 de l'Assemblée générale n'aide pas à constituer un droit indépendant puisqu'elle affirme le droit à l'eau sans en donner une définition précise et lui fait dépendre des instruments généraux de protection des droits de l'homme ; il en manquerait une définition précise, qui puisse montrer sa particularité en tant que droit²⁹.

²⁴ La Commission des droits de l'homme, qui conclue sa soixante-deuxième et dernière session le 27 mars de 2006, avait indiqué, le 9 août 2004, M. El Hadji Guissé comme rapporteur spécial pour la réalisation du droit à l'eau potable et à l'assainissement. Le rapporteur présente un rapport portant une proposition de directives pour la réalisation de ces droits. Voy. Nations Unies, document E/CN.4/Sub.2/2005/25 du 11 juillet 2005.

²⁵ Le 28 mars 2008, à l'initiative de l'Allemagne et de l'Espagne, le Conseil a créé le mandat d'experte indépendante chargée d'examiner la question des obligations en rapport avec les droits de l'homme qui concernent l'accès à l'eau potable et à l'assainissement. Le Conseil a ainsi nommé l'experte indépendante Mme Catarina de Albuquerque. Nations unies, Conseil de droits de l'homme, résolution 7/22 du 28 mars 2008. Depuis le 1^{er} décembre 2014, le rapporteur spécial pour le droit à l'eau potable et à l'assainissement est M. Léo Heller. Voy. <http://www.ohchr.org/EN/Issues/WaterAndSanitation/SRWater/Pages/SRWaterIndex.aspx>.

²⁶ Nations Unies, Assemblée générale, document A/RES/64/292 du 28 juillet 2010, para. 1. Telle que l'observation générale n° 15 de 2002 et les auteurs reconnaissant un droit à l'eau dans les années 1990 (voy. notes 18 et 19 ci-dessus), cette résolution rappelle les déclarations et conventions de protection internationale des droits de l'homme qui font référence implicite au droit à l'eau.

²⁷ La résolution fut adoptée par 122 voix, avec 41 abstentions et aucune voix contre.

²⁸ Voy. le procès-verbal A/64/PV.108, du 28 juillet 2010, point 48 de l'ordre du jour.

²⁹ L. Calfisch, « Le droit à l'eau : un droit de l'homme internationalement protégé ? », *op. cit.*, p. 392.

Au sein du Conseil des droits de l'homme, le droit à l'eau et à l'assainissement a été reconnu d'après les travaux de la rapporteuse spéciale, Mme Catarina de Albuquerque, notamment par la résolution 15/9 du 6 octobre 2010, qui réaffirme le droit de l'homme à l'eau et à l'assainissement³⁰.

Il est remarquable la prédominance que l'accès à l'eau potable porte par rapport à l'accès à de conditions d'assainissement amélioré dans ces premières étapes de la construction du droit à l'eau. Dans les textes au sein de l'ONU – mais aussi au sein d'autres institutions œuvrant pour le droit à l'eau – on peut noter que le droit à l'assainissement figure comme accessoire au droit d'accès à l'eau potable, étant quelque peu "dilué" dans le droit à l'eau.

2.2. Le droit à l'assainissement dilué dans le droit à l'eau

Si la Conférence de Mar del Plata affirme de façon pionnière en 1977 le droit d'accès à l'eau potable au niveau international elle laisse le droit à l'assainissement dehors sa formule³¹. Cela ne vaut pas dire que la conférence n'ait pas considéré les questions concernant l'assainissement³². Il est vrai que les résolutions de la conférence n'affirment pas expressément un "droit à l'assainissement" ; néanmoins, il n'en manque pas de références tout au long du rapport de la conférence. Tenant compte de la recommandation C.12 issue d'Habitat I, en 1976³³, la Conférence de Mar del Plata inscrit comme priorité d'action l'approvisionnement des services d'assainissement à côté de l'accès à l'eau en quantité et en qualité suffisantes à tous jusqu'à 1990³⁴. À cet égard, suivant le plan d'action de Mar del Plata, la période 1981-1990 a été désignée comme "décennie internationale de l'eau potable et de l'assainissement"³⁵. En ce sens, l'assainissement apparaît comme étant compris dans la gestion de l'eau et on note que les recommandations associent étroitement l'approvisionnement de l'eau ("*water supply*") et de services d'assainissement ("*sanitary disposal*"), ceux-ci étant liés notamment à la protection de ressources hydriques.

³⁰ Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, document A/HRC/RES/15/9, du 6 octobre 2010.

³¹ Voy. note 12 ci-dessus.

³² *Data venia*, S. M. A. Salman indique que la résolution de la Conférence de Mar del Plata ne prend pas en compte la question de l'assainissement : « *The fact that it did not address the issue of sanitation should in no way be seen as a shortcoming, considering the time, in the historical framework, in the resolution was adopted. It would take 15 more years before the right to sanitation would be addressed.* » S. M. A. Salman, *The human right to water and sanitation : is the obligation deliverable ?*, *Water International*, 2014, DOI : 10.1080/02508060.2015.986616, p. 2.

³³ Déclaration de Vancouver sur les établissements humains, Conférence des Nations Unies sur les établissements humains, Habitat I, A/CONF.70/15, Vancouver, 31 mai-11 juin 1976, document E.76/IV.7, disponible sur : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N76/967/11/PDF/N7696711.pdf>. Dans la recommandation C.12, intitulée « *water supply and waste disposal* », l'assainissement est abordé notamment sur le plan de l'évacuation des excréments et autres déchets sanitaires.

³⁴ Nations Unies, document, E.77.II.A.12, 25 mars 1977, *op. cit.*, p. 68, item A(1)(b).

³⁵ Nations Unies, Assemblée générale, document A/RES/35/18, du 10 novembre 1980.

La même tendance s'observe dans la Déclaration de Dublin sur l'eau dans la perspective d'un développement durable, de 1992. Certes, ce document reconnaît expressément le droit à une eau salubre et à hygiène adéquate à un coût abordable comme étant un droit fondamental de l'homme, mais l'accent est mis sur l'approvisionnement en eau potable ainsi que sur la protection des ressources. On peut aussi remarquer qu'alors que la version anglaise du texte parle du droit à "clean water and sanitation", la version française parle du droit à une "eau salubre et une hygiène adéquate"³⁶. Cette interdépendance de l'assainissement vis-à-vis de l'accès à l'eau potable s'avère encore plus claire dans le chapitre 18 d'Action 21, lequel inscrit l'ensemble "approvisionnement en eau et assainissement" dans un domaine d'activité spécifique dans le secteur de l'eau douce³⁷. Les objectifs et activités recommandés par le plan mettent en évidence la liaison entre ces services³⁸.

La primauté de l'approvisionnement en eau potable par rapport à l'assainissement dans le cadre du droit à l'eau peut aussi être remarquée à travers la résolution sur le droit au développement de l'Assemblée générale de l'ONU – résolution 54/175, du 17 décembre 1999. Tandis que le texte reconnaît le droit à la nourriture et à l'eau potable comme étant un droit fondamental³⁹, l'assainissement ne figure pas dans le document.

Dans ce contexte, la Déclaration du Millénaire, du 8 septembre 2000, d'où les Objectifs du Millénaire pour le développement (OMD) sont issus, a omis la question de l'assainissement, n'engageant les États qu'à réduire de moitié, jusqu'à 2015, la proportion de la population mondiale n'ayant pas accès à l'eau potable ou qui n'ont pas les moyens de s'en procurer⁴⁰. Ce ne fut

³⁶ Déclaration de Dublin sur l'eau dans la perspective d'un développement durable, *op. cit.*, principe 4.

³⁷ « 18.3 [...] Il est nécessaire de reconnaître la dimension multisectorielle de la mise en valeur des ressources en eau dans le contexte du développement socio-économique ainsi que les utilisations multiples de l'eau : approvisionnement et assainissement, agriculture, industrie, urbanification, hydroélectricité, pisciculture en eau douce, transports, activités de loisirs, gestion des basses terres et autres. [...] ». « 18.5 Les domaines d'activité suivants sont proposés pour le secteur de l'eau douce : a) Mise en valeur et gestion intégrée des ressources en eau; b) Bilan des ressources hydriques ; c) Protection des ressources en eau, de la qualité de l'eau et des écosystèmes aquatiques; d) Approvisionnement en eau de boisson et assainissement; e) L'eau et l'urbanification durable; f) L'eau et la production vivrière et le développement rural durables; g) L'impact des changements climatiques sur les ressources en eau. » Nations Unies, Action 21, document A/CONF.151/26/Rev.1, chapitre 18, *op. cit.*

³⁸ *Idem.* À cet égard, voy. notamment les paragraphes développés dans les items 18D et 18E.

³⁹ « [...] 12. Réaffirme que le plein respect du droit au développement implique les principes suivants : a) Le droit à la nourriture et à l'eau potable étant un droit fondamental, les gouvernements et la communauté internationale ont l'obligation morale de le promouvoir ». Nations Unies, Assemblée générale, « Le droit au développement », document A/RES/54/175, du 17 décembre 1999.

⁴⁰ « 19. Nous décidons également : De réduire de moitié, d'ici à 2015, la proportion de la population mondiale dont le revenu est inférieur à un dollar par jour et celle des personnes qui souffrent de la faim et de réduire de moitié, d'ici à la même date, la proportion des personnes qui n'ont pas accès à l'eau potable ou qui n'ont pas les moyens de s'en procurer. » Nations Unies, Déclaration du Millénaire, document A/RES/55/2, du 8 septembre 2000.

qu'au Sommet de la Terre à Johannesburg, en 2002, que l'engagement supplémentaire pour l'assainissement a été ajouté à celui de la déclaration de 2000⁴¹. Néanmoins, les Objectifs du Millénaire pour le développement n'ont gardé qu'une cible concernant la promotion du droit à l'eau, soit la cible 7(c), qui comporte à la fois l'approvisionnement en eau potable et l'assainissement de base. Alors que l'introduction de cet objectif montre une sorte de préoccupation politique envers le droit à l'eau et à l'assainissement, Catarina de Albuquerque critique la façon dont les OMD ont été conçus, sans considérer les inégalités dans les contextes de chaque pays. La réalisation des Objectifs du Millénaire en matière d'accès à l'eau et à l'assainissement risque de perpétuer des inégalités liées à l'accès à l'eau⁴². On pourrait y ajouter que le fait de ne pas mettre en évidence les spécificités de chacun de ces domaines – l'approvisionnement en eau et l'assainissement –, mais plutôt de les proposer comme un ensemble, mène à une prévalence des activités pour la réalisation du premier, comme les rapports de suivi des OMD remarqueront quelques années plus tard, avec les résultats assez décevants notamment du côté de l'assainissement⁴³.

Même sur l'Observation générale n° 15 de 2002, du Comité des droits économiques sociaux et culturels, l'assainissement reste une question mineure par rapport à l'accès à l'eau potable. Bien que le comité prenne égard de la question de l'hygiène personnelle et domestique dans sa définition du droit à l'eau⁴⁴, l'assainissement est plutôt considéré en ce qu'il est important pour la

⁴¹ « 8. La fourniture d'eau potable salubre et de services adéquats d'assainissement est nécessaire pour protéger la santé humaine et l'environnement. À cet égard, nous convenons de réduire de moitié, d'ici à 2015, la proportion de personnes qui n'ont pas accès à l'eau potable ou qui n'ont pas les moyens de s'en procurer (comme énoncé dans les grandes lignes dans la Déclaration du Millénaire) et la proportion de personnes qui n'ont pas accès à des services d'assainissement de base, en menant une action à tous les niveaux pour : [...] ». Nations Unies, *Rapport du Sommet mondial pour le développement durable*, Johannesburg 26 août-4 septembre 2002, A/CONF.199/20, document F.03.II.A.1, chap. I, résolution 2, annexe « Plan d'application du Sommet mondial pour le développement durable ».

⁴² « [...] it would be possible for a country to be in full compliance with the Goals regarding access to water and sanitation without having extended access to any person belonging to the lowest wealth quintile. » C. Alburquerque, « Water and sanitation are human rights », in L. B. de Chazournes, C. Leb, M. Tignino, *International law and freshwater : the multiple challenges*, Northampton : Edward Elgar Publishing, 2013, p. 52. Pour une argumentation sur des différences entre les OMD et un droit de l'homme à l'eau et à l'assainissement ainsi que sur le risque d'inégalité induit par l'approche étroite des OMD, voy. : Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, « *Statement by the Independent Expert on the issue of human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation at the 65th session of the General Assembly* », du 25 octobre 2010, disponible sur : http://sr-watersanitation.ohchr.org/en/statement_65_session.html.

⁴³ Voy., à cet égard, les rapports de situation du Programme commun OMS/UNICEF de suivi de l'approvisionnement en eau et de l'assainissement (JMP), disponibles sur : <http://www.wssinfo.org/documents>.

⁴⁴ « [...] Une quantité adéquate d'eau salubre est nécessaire pour prévenir la mortalité due à la déshydratation et pour réduire le risque de transmission de maladies d'origine hydrique ainsi que pour la consommation, la cuisine et l'hygiène personnelle et domestique. » Nations unies, document E/C.12/2002/11, *op. cit.*, para 2.

protection de “la qualité de l’approvisionnement et des ressources en eau potable”⁴⁵. Du point de vue des critères établis par le comité au sujet du droit à l’eau⁴⁶, l’accent est mis sur l’approvisionnement, même si l’“assainissement individuel” est pris en compte, mais de façon peu exhaustive⁴⁷.

Les reflets de cette prééminence de l’approvisionnement en eau en détriment de l’assainissement sont remarqués au niveau des financements pour ces services. Le rapport “Financer l’eau pour tous”, du Panel mondial sur le financement des infrastructures de l’eau, en 2003, souligne que les investissements annuels dans les services liés à l’eau pour les pays en voie de développement s’élevaient, en 2000, à 13 milliards de dollars dans le cas de l’approvisionnement en eau potable, alors que les chiffres pour l’assainissement et l’hygiène se limitaient à 1 milliard de dollars⁴⁸.

Des efforts pour mettre en évidence les questions de l’accès à l’eau ont été employés tout au long des années 2000, notamment à partir de l’appel du plan de mise en œuvre de Johannesburg, en 2002. On peut citer la proclamation de l’Année internationale de l’eau douce, pour 2003⁴⁹ et de la décennie internationale d’action “L’eau, source de vie”, pour la période 2005-2015⁵⁰, et la création du Groupe des Nations Unies sur l’eau, ONU-Eau. Cependant, les regards sont encore tournés prioritairement vers la promotion d’accès à l’eau, où l’assainissement serait compris comme un complément de l’approvisionnement en eau potable⁵¹. Il en va de même pour la résolution 64/292, du 28 juillet 2010, de l’Assemblée générale de l’ONU. Malgré l’insistance de la Bolivie – État présentant le projet de résolution – sur l’importance de l’assainissement⁵², le droit à l’assainissement a été indistinctement mis à côté de l’accès à l’eau potable.

⁴⁵ Idem, para. 8 : « [...] les États parties devraient veiller à ce que les ressources naturelles en eau soient protégées d’une contamination par des substances nocives et des microbes pathogènes. [...] ». Idem, para. 29 : « Garantir l’accès à un assainissement adéquat est non seulement fondamental pour le respect de la dignité humaine et de la vie privée, mais constitue aussi un des principaux moyens de protéger la qualité de l’approvisionnement et des ressources en eau potable. [...] »

⁴⁶ Nations Unies, document E/C.12/2002/11, *op. cit.*, para. 12. Voy. note 24 ci-dessus.

⁴⁷ Le comité définit « assainissement individuel » de la façon suivante : « par ‘assainissement individuel’, on entend l’évacuation des excréta humains, l’eau étant nécessaire dans certains systèmes. ». Idem, note 13 du document.

⁴⁸ 3^{ème} Forum mondial de l’eau, Rapport du Panel mondial sur le financement des infrastructures de l’eau, « Financer l’eau pour tous », Président Michel Camdessus, Rapporteur : James Winpenny, 2003, p. 3.

⁴⁹ Nations Unies, Assemblée générale, document A/RES/55/196, du 20 décembre 2000.

⁵⁰ Nations Unies, Assemblée générale, document A/RES/58/217, du 23 décembre 2003.

⁵¹ On peut observer cette tendance, *e.g.*, dans les rapport du Secrétaire général de l’Onu sur les activités entreprises pendant l’Année internationale de l’eau douce, en 2003. Nations Unies, document A/59/167, du 22 juillet 2004. Voy. aussi les Dispositions prises pour organiser les activités de la Décennie internationale d’action sur le thème « L’eau, source de vie » (2005-2015). Nations Unies, rapport du Secrétaire général, document A/60/158, du 25 juillet 2005.

⁵² « La situation qui résulte de l’absence de services d’assainissement est encore bien pire [que celle de l’accès à l’eau potable], puisqu’elle concerne 2,6 milliards de personnes, c’est-à-dire 40

Il faut, certainement, comprendre les difficultés pour reconnaître le droit à l'assainissement sur deux aspects : les difficultés de la consécration du droit à l'eau tout court (qui engloberait l'accès potable à l'eau et aux services d'assainissement), et la nature des services dits "services d'eau", où l'approvisionnement en eau et le traitement des eaux usées sont étroitement liés, y compris au niveau des contrats pour ce type de services⁵³.

Sur les progrès faits par les travaux des rapporteurs spéciaux pour les questions liées à l'eau et à l'assainissement⁵⁴, ainsi que par le Conseil consultatif sur l'eau et l'assainissement auprès du Secrétaire général de l'ONU⁵⁵, les difficultés pour faire avancer les objectifs du développement concernant l'assainissement et les particularités liées à ce secteur spécifique ont été graduellement mises en évidence et ouvrent la voie pour une possible émancipation du droit à l'assainissement.

3. VERS L'EMANCIPATION DU DROIT A L'ASSAINISSEMENT

Ce n'est qu'assez récemment que le droit à l'assainissement passe à être évoqué comme un droit méritant un statut autonome, surtout à partir de la moitié de la décennie des années 2000. Cela se doit au constat de l'urgence à faire avancer la promotion de services d'assainissement et de l'importance donc d'un droit en ce sens (A). Toutefois, on peut se demander s'il s'agit d'un droit à part entière, compte tenu des liens étroits avec le droit d'accès à l'eau (B).

3.1. Le constat de l'importance d'un droit à l'assainissement

Les travaux des rapporteurs spéciaux pour les questions concernant l'accès à l'eau et à l'assainissement au sein de la Commission des droits de l'homme et du Conseil des droits de l'homme de l'ONU ont attiré l'attention, certes, sur l'ensemble des services englobant le droit à l'eau – où l'assainissement est compris. Mais ils ont aussi eu le mérite de considérer les particularités de chacun de ces pôles d'action, avec pour conséquence des obligations spécifiques qu'en découlerait.

% de la population mondiale. [...] La grande majorité de maladies dans le monde sont causées par les matières fécales. On estime que l'assainissement pourrait réduire de plus d'un tiers le nombre de décès d'enfants dus à la diarrhée. » Voy. le procès-verbal A/64/PV.108, du 28 juillet 2010, point 48 de l'ordre du jour.

⁵³ Voy. Banque mondiale, « *Approaches to private participation in water services: a toolkit* », Washington, 2006, p. 19, p. 67 et *passim*. Banque mondiale, « *Public and private sector roles in water supply and sanitation* », Washington, 2004, p. 2 et *passim*.

⁵⁴ Voy. notes 25 et 26 ci-dessus.

⁵⁵ Établi par le Secrétaire général, M. Kofi Annan, à l'occasion de la Journée mondiale de l'eau (22 mars) en 2004. Voy. document A/59/167, *op. cit.*, para. 42.

Les rapporteurs se sont fortement appuyés sur les difficultés concernant les Objectifs du Millénaire pour le développement (OMD), particulièrement au sujet de l'assainissement. En ce sens, les rapports de situation du Programme commun OMS/UNICEF de suivi de l'approvisionnement en eau et de l'assainissement (JMP) ont permis de montrer qu'alors que l'accès à l'eau faisait des progrès⁵⁶, le côté de l'assainissement figurait comme une des cibles les moins avancées des OMD, avec toujours de 2,4 milliards de personnes n'ayant pas accès à des installations améliorées⁵⁷ dans le monde et l'alarmant chiffre de 13 % de la population mondiale pratiquant la défécation en plein air⁵⁸. Selon le rapport, "au rythme actuel, la défécation en plein air ne sera pas éliminée d'ici 2030 dans les zones rurales les plus pauvres"⁵⁹. Il faut souligner que cela ne veut pas dire qu'il n'ait pas eu d'évolution à cet égard, puisqu'il faut considérer l'augmentation de la population dans la période prévue pour les OMD⁶⁰. Bien que les problèmes concernant l'accès à des installations d'assainissement améliorées soient présents dans toutes les régions, ils sont plus prononcés dans le milieu rural de l'Afrique subsaharienne et de l'Asie du Sud⁶¹. Le rapport observe aussi que l'accès à l'assainissement varie beaucoup selon les inégalités entre riches et pauvres, surtout dans les zones urbaines⁶². Des écarts s'observent aussi à l'égard des points d'eau améliorés⁶³, mais ils sont davantage remarquables du côté de l'assainissement.

Le Plan d'action de Hashimoto I, élaboré au sein du Conseil consultatif sur l'eau et l'assainissement auprès du Secrétaire général de l'ONU, met en évidence la question de l'assainissement, observant déjà en 2006 l'insuffisance des progrès en ce domaine :

S'il n'y a pas de changement radical, nous n'atteindrons pas l'objectif en matière d'assainissement consigné dans les OMD. Il faut une plus grande prise de conscience, une volonté politique plus

⁵⁶ Cela n'est sans dire que 663 millions de personnes manquent toujours d'accès à l'eau dans le monde, selon le rapport de 2015. OMS et UNICEF, *Progress on sanitation and drinking water: 2015 Update and MDG assessment*, *op. cit.*, p. 4. Selon ce rapport, la cible des OMD pour l'eau potable a été atteinte en 2010. Voy. toutefois les considérations dans la note 3 ci-dessus.

⁵⁷ Le JMP définit « installation d'assainissement améliorée » celle « qui garantit une séparation hygiénique des excréta humains et empêche tout contact avec les personnes. Les installations d'assainissement partagées avec d'autres ménages ne sont pas considérées comme améliorées. ». *Idem*, p. 50. Le chiffre de 2,4 milliards de personnes au monde n'ayant pas accès à des installations améliorées en 2015 avait été prévu par la JMP dans son rapport de 2008, quand le JMP attirait l'attention à la nécessité de plus d'efforts pour la réalisation de l'objectifs du développement concernant l'assainissement. Voy. Programme commun OMS/UNICEF de surveillance de l'eau et de l'assainissement, rapport 2008, p. 7.

⁵⁸ *Idem*, p. 17.

⁵⁹ *Idem*, p. 24.

⁶⁰ Ce facteur est remarqué par le rapport du JMP. *Idem*, p. 17. Selon le rapport 2,1 milliard de personnes ont accédé à une installation d'assainissement améliorée depuis 1990. *Idem*, p. 5.

⁶¹ *Idem*, p. 15.

⁶² *Idem*, p. 18-20.

⁶³ *Idem*, p. 21

forte ainsi qu'une capacité renforcée. Au niveau mondial, la mobilisation est essentielle. De leur côté, les organisations régionales et sous-régionales devraient mener des campagnes concertées pour aider à fournir une assistance et des conseils pour les financements, la commercialisation et l'organisation. La Décennie internationale d'action sur le thème "L'eau, source de vie" devrait être mise à profit pour susciter la volonté politique d'atteindre les objectifs dans le domaine de l'assainissement.⁶⁴

Le conseil suggère une distinction entre l'assainissement et l'approvisionnement en eau dans les rapports politiques des donateurs et des gouvernements, tout en gardant l'intégrité de politiques entre les sous-secteurs de l'eau⁶⁵. Le conseil propose aussi des actions pratiques pour atteindre les objectifs, notamment envisageant une ample conscientisation au sujet des problèmes liés à l'assainissement. Parmi ces propositions, la désignation de 2008 comme "Année internationale de l'assainissement" a été atteinte avec sa proclamation par l'Assemblée générale de l'ONU, le 20 décembre 2006. Dans cette occasion, l'Assemblée générale remarque qu'il "est indispensable de tenir compte de l'assainissement en complémentarité avec l'eau" et se manifeste "gravement préoccupée par la lenteur et l'insuffisance des progrès réalisés quant à l'accès à des services d'assainissement de base"⁶⁶.

Par la suite, le rapport annuel du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme sur la portée et la teneur des obligations pertinentes en rapport avec les droits de l'homme qui concernent l'accès à l'eau potable et à l'assainissement, du 16 août 2007, aborde la signification et la portée de l'assainissement, cherchant à la considérer de façon séparée en relation à l'accès à l'eau⁶⁷. Cela aide à mettre en relief l'assainissement et la rapporteuse spéciale désignée par le Conseil des droits de l'homme en 2008 pour étudier la question du droit à l'eau et à l'assainissement, Mme Catarina de Albuquerque, consacre l'assainissement comme première thématique de son mandat. Elle justifie ce choix par l'importance majeure de l'assainissement pour la réalisation d'autres droits, comme à la santé, à l'éducation, au travail, à la protection de l'environnement, mais aussi au fait que "de tous les Objectifs du Millénaire pour le développement, l'accès à l'assainissement est celui qui est le plus négligé et le plus loin d'être

⁶⁴ Nations unies, Conseil consultatif sur l'eau et l'assainissement auprès du Secrétaire général, document A/C.2/61/4 du 13 octobre 2006.

⁶⁵ Idem, item 4, Hygiène/Assainissement, cible 2.

⁶⁶ Nations Unies, Assemblée générale, résolution 61/192 du 20 décembre 2006.

⁶⁷ Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, « Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme sur la portée et la teneur des obligations pertinentes en rapport avec les droits de l'homme qui concerne l'accès équitable à l'eau potable et à l'assainissement, contractées au titre des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme », document A/HRC/6/3, du 16 août 2007, para. 18-21.

atteint.”⁶⁸ Tout en reconnaissant l’importance de l’Année internationale de l’assainissement, en 2008, la rapporteuse spéciale observe que “malgré les efforts et initiatives louables qui ont jalonné l’année écoulée, la question de l’assainissement bénéficie de moins d’attention et d’investissements moins importants que le secteur de l’approvisionnement en eau, lui-même négligé.”⁶⁹

La rapporteuse spéciale dédie son rapport suivant entièrement aux questions liées à l’assainissement et attire l’attention à ce qu’elle considère “la crise de l’assainissement”, marquée par la négligence à tous niveaux et par les tabous qui l’entourent⁷⁰. D’après ces travaux, le Conseil des droits de l’homme adopte, le 1^{er} octobre 2009, la résolution 12/8, prenant égard à que “les États ont l’obligation de combattre et d’éliminer la discrimination concernant l’accès à l’assainissement et les invite instamment à s’attaquer de manière efficace aux inégalités dans ce domaine”. Le Conseil demande aux États à engager des actions en plusieurs niveaux pour mieux faire face aux défis relatifs à l’assainissement.⁷¹

À l’occasion du 5^e Forum mondial de l’eau, en mars 2009, de représentants de collectivités locales et régionales de divers pays adoptent le Pacte d’Istanbul pour l’eau. Dans le document, les gouvernements locaux et régionaux reconnaissent que “l’assainissement est tout aussi important que l’accès à l’eau et doit être considéré comme une priorité dans les politiques des gouvernements locaux, régionaux et nationaux.”⁷²

Au sein de l’Assemblée générale de l’ONU, le rapport tenant compte de l’évolution des Objectifs du Millénaire, adopté par la résolution 65/1, le 22 sep-

⁶⁸ Nations Unies, Conseil des droits de l’homme, « Rapport de l’experte indépendante, Catarina de Albuquerque, chargée d’examiner la question des obligations en rapport avec les droits de l’homme qui concernent l’accès à l’eau potable et à l’assainissement », document A/HRC/10/6, du 25 février 2009, para. 26.

⁶⁹ Idem, para. 29.

⁷⁰ Nations Unies, Conseil des droits de l’homme, « Rapport de l’experte indépendante, Catarina de Albuquerque, chargée d’examiner la question des obligations en rapport avec les droits de l’homme qui concernent l’accès à l’eau potable et à l’assainissement », document A/HRC/12/24, du 1^{er} juillet 2009, para. 4-7.

⁷¹ Nations Unies, Conseil des droits de l’homme, « Les droits de l’homme et l’accès à l’eau potable et à l’assainissement », résolution 12/8, du 1^{er} octobre 2009, para. 3 et 4.

⁷² 5^{ème} Forum mondial de l’eau, « Pacte d’Istanbul pour l’eau : des autorités locales et régionales », 19 mars 2009, disponible sur : http://www.worldwatercouncil.org/fileadmin/world_water_council/documents_old/World_Water_Forum/WWF5/Pacte_d_Istanbul_pour_l_Eau_final.pdf. Le pacte reconnaît aussi que « la dimension de l’assainissement doit être intégrée dans la planification locale et régionale et liée à d’autres secteurs comme le système d’évacuation des eaux pluviales, l’accès à l’eau potable, le traitement des eaux usées et la gestion des déchets. L’assainissement doit, dans la mesure du possible, être mis en œuvre dans le cadre de processus décentralisés et soutenu par l’éducation publique et par des campagnes de sensibilisation visant à améliorer l’hygiène domestique. »

tembre 2010, attire l'attention sur la réalisation des objectifs concernant l'assainissement⁷³ – alors que les seules trois références qui apparaissent dans le rapport de 2005 (résolution 60/1, du 16 septembre 2005⁷⁴) associent toujours l'approvisionnement en eau salubre et l'assainissement.

Quelques mois plus tard, l'Assemblée générale adopte la résolution 65/153, demandant aux États et à toutes les autres parties prenantes « d'encourager les changements de comportement et les politiques visant à accroître l'accès des pauvres à l'assainissement et appelant à abandonner la pratique de la défécation en plein air, qui est extrêmement nuisible à la santé publique, et engage es États Membres à investir davantage dans l'éducation en matière d'assainissement et d'hygiène », ainsi qu'à « à placer la question de l'assainissement dans un contexte beaucoup plus large et à en aborder tous les aspects », dans le contexte de la gestion intégrée des ressources en eau⁷⁵. La résolution mentionne aussi l'initiative « Assainissement durable : campagne quinquennale jusqu'en 2015 »⁷⁶, à fin d'accélérer les progrès pour la réalisation de l'objectif du millénaire pour l'assainissement. Au cours de cette montée en visibilité, la question de l'assainissement revient à l'Assemblée générale par sa résolution 67/291, « Assainissement pour tous », du 24 juillet 2013⁷⁷. La résolution établit le 19 novembre Journée mondiale des toilettes⁷⁸, tout en priant aux États et les autres parties prenantes à intensifier les actions pour avancer dans l'accès de tous à l'assainissement amélioré.

De la part du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, la déclaration sur le droit à l'assainissement, du 19 novembre 2010, vient, en quelque sorte, combler le manque d'attention que l'assainissement n'a pas eue dans l'Observation générale n° 15 (2002)⁷⁹. Le comité déclare que « l'absence

⁷³ Nations Unies, Assemblée générale, « Tenir les promesses : unis pour atteindre les objectifs du Millénaire pour le développement », document A/RES/65/1 du 22 septembre 2010, para. 77, items (h), (j) et (k). Voy aussi, para. 73. Items (d), (f), (p) et (q) ; para. 74, item (f)

⁷⁴ Nations Unies, Assemblée générale, « Document final du Sommet mondial de 2005 », document A/RES/60/1, du 16 septembre 2005.

⁷⁵ Nations Unies, Assemblée générale, « Suite donnée à l'Année internationale de l'assainissement (2008) », document A/RES/65/153, du 20 décembre 2010, para. 5 et 6. La rapporteuse spéciale, Mme Catarina de Albuquerque insiste sur le nécessaire élargissement de la question de l'assainissement dans la présentation de son rapport (A/68/264) devant la troisième commission de l'Assemblée générale. Voy. Nations Unies, Assemblée générale, document A/C.3/68/SR.29, para. 43.

⁷⁶ Pour savoir plus, voy. le site internet de l'initiative, disponible sur : <http://sanitation-drive2015.org>.

⁷⁷ Nations Unies, Assemblée générale, « Assainissement pour tous », résolution 67/291, du 24 juillet 2013. Par la résolution, l'Assemblée générale se dit « gravement préoccupée par la lenteur et l'insuffisance des progrès accomplis pour ce qui est de l'accès aux services d'assainissement de base [...] »

⁷⁸ Pour en savoir plus, voy. le site internet dédié à la journée, disponible sur : <http://www.worldtoiletday.info>.

⁷⁹ À cet égard, le rapport du 29 juin 2010 de la rapporteuse spéciale, Mme Catarina de Albuquerque, a eu un impact pour la prise de position du Comité des droits économiques, sociaux et culturels. Dans son Observation générale n° 15 (2002) sur le droit à l'eau, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels fait observer que « les États parties doivent veiller à ce que (des

d'accès à l'assainissement porte atteinte à la dignité humaine et compromet l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels. Jusqu'à récemment, l'assainissement était un sujet dont on ne se préoccupait guère, mais il suscite désormais de plus en plus d'intérêt."⁸⁰ Il rappelle encore que malgré l'évolution favorable depuis 2008, "les progrès accomplis dans le monde sont insuffisants. L'assainissement est l'un des Objectifs du Millénaire pour le développement qui a le moins de chances d'être atteint [...]"⁸¹ Le comité souligne en outre que l'assainissement porte des impacts directs sur le développement et que l'investissement dans ce secteur peut signifier d'importantes économies à long terme⁸². Sur ce sujet, la Banque mondiale estime que le manque d'accès à des installations d'assainissement améliorées provoque de pertes de l'ordre de 260 milliards de dollars par an. Ces pertes sont dues à un ensemble de facteurs tels que la pollution de sources, la réduction de jours travaillés, les absences scolaires, les coûts de santé, les dommages dans le secteur de tourisme, entre autres⁸³.

Finalement, l'adoption du programme de développement durable pour l'après 2015 – les Objectifs du développement durable –, donne une forte impulsion pour l'assainissement, en lui établissant cette fois-ci une cible spécifique dans l'objectif 6, la cible 6.2 :

D'ici à 2030, assurer l'accès de tous, dans des conditions équitables, à des services d'assainissement et d'hygiène adéquats et mettre fin à la défécation en plein air, en accordant une attention particulière aux besoins des femmes et des filles et des personnes en situation vulnérable.⁸⁴

Il s'agit d'un objectif ambitieux qui demande une concertation entre États, secteur privé, communautés et autres parties prenantes et qui exige, pour sa réalisation, d'importants investissements. ONU-Eau remarque que,

tiers) ne compromettent pas l'accès physique, à un coût abordable et sans discrimination, à une eau salubre et de qualité acceptable, en quantité suffisante' (par. 24), observation qui vaut aussi pour l'assainissement. » Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, « Rapport de l'experte indépendante, Catarina de Albuquerque, chargée d'examiner la question des obligations en rapport avec les droits de l'homme qui concernent l'accès à l'eau potable et à l'assainissement », document A/HRC/15/31, du 29 juin 2010, para. 16.

⁸⁰ Nations Unies, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, « Déclaration sur le droit à l'assainissement », document E/C/12/2010/1, du 19 novembre 2010, para. 1.

⁸¹ Idem, para. 3.

⁸² Idem, para. 5.

⁸³ Banque mondiale, Water and sanitation program (WSP), « Economics of Sanitation Initiative », 2013, disponible sur: <http://www.wsp.org/content/economic-impacts-sanitation>.

⁸⁴ Nations Unies, Assemblée générale, « Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030 », document A/RES/70/1, du 25 septembre 2015. Le document établit 17 objectifs, l'objectif 6 étant entièrement dédié aux questions concernant le droit à l'eau et à l'assainissement : « Objectif 6. Garantir l'accès de tous à des services d'alimentation en eau et d'assainissement gérés de façon durable ».

concernant les financements dans le secteur de l'eau, l'assainissement constitue "l'oublié de la famille", ayant été "sérieusement négligé"⁸⁵. Une étude récente de la Banque mondiale estime en 114 milliards de dollars par an les coûts totaux pour la réalisation des cibles 6.1 et 6.2 des Objectifs du développement durable, à savoir l'accès à l'eau et l'accès à l'assainissement amélioré. Pour ce qu'il s'agit particulièrement de l'assainissement, le rapport estime des coûts de l'ordre de 70,5 milliards de dollars par an⁸⁶, soit plus de 60 % des coûts pour le secteur de l'eau et de l'assainissement. L'importance des coûts liés à la promotion de l'accès à l'assainissement peut être considérée comme une des causes de la négligence de cet objectif du développement. À cet égard, le rapport de l'experte indépendante soumis à l'Assemblée générale de l'ONU, observe que l'investissement dans l'assainissement, bien que plus avantageux à long terme, ne jouit pas de la même visibilité que le secteur de l'eau, pour lequel est destinée la majorité d'aides financières et de dépenses publiques⁸⁷.

En tout cas, on doit remarquer que l'adoption de cette cible 6.2 des objectifs du développement durable marque une claire évolution vers la reconnaissance du droit à l'assainissement⁸⁸. Le développement des précisions d'un tel droit et de sa portée est d'autant plus important que le droit d'accès à l'eau, quoique plus visible, trouve toujours des obstacles pour être pleinement reconnu comme un droit de l'homme.

3.2. Le droit à l'assainissement comme un droit à part entière ?

Longtemps perçu comme une composante moins importante – car moins visible – du droit à l'eau, le droit à l'assainissement gagne en visibilité dans la mesure où les objectifs dans ce secteur se sont montrés assez décevants et qu'on prend compte de graves conséquences des mauvaises conditions

⁸⁵ Onu-Eau, Décennie L'eau, source de vie, 2005-2015, « *Financement de l'eau* », disponible sur : <http://www.un.org/fr/waterforlifedecade/themes/financing.shtml>.

⁸⁶ Banque mondiale, Water and sanitation program, G. Hutton et M. Varughese, « *The Costs of Meeting the 2030 Sustainable Development Goal Targets on Drinking Water, Sanitation, and Hygiene* », Washington, 2016, p. 7. De ces 70,5 milliards de dollars par an, 19,5 comprennent l'assainissement de base ; 49, traitement des eaux usées et de déchets fécaux ; et 2, l'hygiène.

⁸⁷ « *Bien qu'il soit bien plus avantageux d'investir dans l'assainissement que dans l'eau exclusivement, il est plus facile de financer les besoins du secteur de l'eau que ceux du secteur de l'assainissement; 37 % des aides financières a et seulement 20 % en moyenne des dépenses publiques consacrées à ces secteurs sont orientées vers l'assainissement.* » Nations unies, Rapport de la Rapporteuse spéciale sur le droit à l'eau potable et à l'assainissement, document A/66/225, du 3 août 2011, para. 24. La rapporteuse soulève aussi la question des tabous liés à l'assainissement en nombreuses cultures, ce qui pose de difficulté au niveau de planification et d'actions de sensibilisation.

⁸⁸ Il faut remarquer que les rapports de la rapporteuse spéciale pour le droit à l'eau et à l'assainissement, au sein du Conseil des droits de l'homme, a œuvré pour l'adoption de cette cible. À plusieurs occasions, la rapporteuse spéciale recommandait l'intégration de droits de l'homme à l'eau et à l'assainissement dans le programme de développement durable pour l'après-2015. Voy., e.g., le rapport soumis à l'Assemblée générale, A/68/264, du 5 août 2013, où la rapporteuse spéciale traite la question de la gestion des eaux usées et de la réduction de la pollution de l'eau. Nations Unies, Assemblée générale, document A/68/264, du 5 août 2013, para. 86, item (j).

d'assainissement sur plusieurs domaines. Il est à remarquer que même le droit d'accès à l'eau potable n'est pas encore pleinement reconnu en tant que droit de l'homme, malgré la longue route parcourue depuis la conférence de Mar del Plata, en 1977.

Après la résolution 64/292, du 28 juillet 2010 – sans doute très importante pour la reconnaissance du droit à l'eau et à l'assainissement comme droits de l'homme, quoique pas juridiquement contraignante – deux autres décisions de l'Assemblée générale viennent renforcer ce droit, à savoir la résolution 68/157, du 18 décembre 2013 et la résolution 70/169, du 17 décembre 2015. Dans la résolution 68/157, l'Assemblée se montre préoccupée du fait que la composante assainissement de la cible 7(c) des objectifs du Millénaire restait hors d'atteinte⁸⁹. Mais ce fut la résolution 70/169 qui a marqué un tournant pour la reconnaissance des particularités du droit de l'homme à l'assainissement au niveau international. La résolution prend égard de la position du Comité des droits économiques, sociaux et culturels et du Rapporteur spécial sur le droit de l'homme à l'eau potable et à l'assainissement pour reconnaître que :

les droits à l'eau potable et à l'assainissement sont étroitement liés, mais présentent des caractéristiques distinctes qui méritent qu'on les traite séparément de façon à s'attaquer aux problèmes particuliers que pose leur mise en œuvre, et selon laquelle l'assainissement demeure trop souvent négligé, voire non traité comme un droit à part entière, alors qu'il constitue un élément du droit à un niveau de vie suffisant.⁹⁰

D'emblée, le titre de cette résolution annonce une nouvelle façon de concevoir les droits à l'eau et à l'assainissement, en mettant cette formule au pluriel. Jusqu'alors, l'Assemblée générale adoptait la formule "*le droit à l'eau et à l'assainissement*", en plaçant ces deux secteurs dans un même ensemble. Il faut souligner que la distinction ne figurait pas dans le premier projet de résolution, soumis à la troisième commission de l'Assemblée générale, où la formule employée rassemblait les deux branches dans un même droit : "*le droit de l'homme à l'eau et à l'assainissement*"⁹¹.

Apparemment anodine, cette formule avait par conséquent de "diluer" le droit à l'assainissement dans le droit à l'eau, en lui laissant une place de

⁸⁹ Nations Unies, Assemblée générale, « *Le droit de l'homme à l'eau potable et à l'assainissement* », document A/RES/68/157, du 18 décembre 2013.

⁹⁰ Nations Unies, Assemblée générale, « *Les droits de l'homme à l'eau potable et à l'assainissement* », document A/RES/70/169, du 17 décembre 2015.

⁹¹ Nations Unies, Assemblée générale, Troisième commission, projet de résolution, document A/C.3/70/L.55, du 2 novembre 2015, para. 1 et 2. La première révision contenait déjà la distinction entre le droit de l'homme à l'eau potable et le droit de l'homme à l'assainissement. Voy. document A/C.3/70/L.55/Rev.1, para. 1 et 2.

moindre visibilité – ce qui témoignent les rapports sur le progrès dans ce secteur. Ainsi, au lieu de simplement “réaffirmer” le droit à l’eau potable et à l’assainissement en tant que droit de l’homme, la résolution 70/169 opte pour affirmer “les droits fondamentaux à l’eau potable et à l’assainissement en tant qu’éléments du droit à un niveau de vie suffisant sont indispensables pour la pleine jouissance du droit à la vie et de tous les droits de l’homme”⁹². C’est dans le cadre de cette distinction qu’on témoigne d’un net progrès de l’eau et de l’assainissement dans les Objectifs du développement durable, adoptés en septembre 2015, lesquels ont établis de cibles spécifiques pour chaque secteur⁹³.

Cette distinction avait déjà été proposée en 2005 par le Rapporteur spécial de la sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l’homme au sein de la Commission des droits de l’homme, M. El Hadji Guissé. Dans le projet de directives sur la réalisation du droit à l’eau potable et à l’assainissement adopté par la sous-commission, le rapporteur spécial avait préconisé le droit à l’eau et à l’assainissement comme deux droits distincts⁹⁴, bien que les critères prévus pour ces droits fussent les mêmes⁹⁵. Malgré la distinction, il prévalait la prise en considération d’un droit de l’homme au singulier, comprenant à la fois le droit à l’eau potable et à l’assainissement. À cet égard, le premier rapport de l’experte indépendante pour le droit à l’eau et à l’assainissement du Conseil des droits de l’homme attire l’attention aux liens étroits entre l’assainissement et les droits de l’homme sous plusieurs angles⁹⁶. Dans son rapport suivant, dédié à l’assainissement, Mme Catarina de Albuquerque considère que l’accès à l’assainissement doit être assuré par un droit distinct, puisqu’il est étroitement lié à la notion de protection de la dignité humaine :

Que l’on accepte ou non les arguments selon lesquels l’assainissement devrait être considéré comme un droit de l’homme distinct, il est incontestable qu’il y a des obligations en matière de droits de l’homme qui concernent l’assainissement, car l’assainissement est indissociablement lié à l’exercice d’un grand nombre de droits de l’homme.⁹⁷

⁹² Idem, para. 1.

⁹³ Cibles 6.1 (accès à l’eau potable) et 6.2 (assainissement), de l’objectif 6. Nations Unies, document A/RES/70/1, du 25 septembre 2015, *op. cit.*

⁹⁴ Nations Unies, Conseil économique et social, Commission des droits de l’homme, Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l’homme, « *Realization of the right to drinking water and sanitation. Report of the Special Rapporteur, El Hadji Guissé* », document E/CN.4/Sub.2/2005/25, du 11 juillet 2005, para. 1.1 et 1.2.

⁹⁵ Idem, para. 1.3, items (a), (b), (c) et (d).

⁹⁶ Voy. Nations Unies, document A/HRC/10/6, du 25 février 2009, *op. cit.*, para. 30.

⁹⁷ Nations Unies, document A/HRC/12/24, *op. cit.*, para. 60. Voy. aussi para 55. Ce raisonnement est le même emprunté par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels dans sa « Déclaration sur le droit à l’assainissement » – qui complète l’Observation générale n° 15 (2002) –, adoptée le du 19 novembre 2010. Le comité ajoute qu’« *il convient toutefois de noter que l’assainissement présente des caractéristiques qui méritent qu’on le traite séparément de l’eau à certains*

En tant que droits de l'homme, les États sont donc tenus de respecter, de protéger et d'assurer l'ensemble d'activités qui permettent l'accès de tous à l'assainissement. À cet égard, l'experte indépendante définit l'assainissement comme étant "un système de collecte, de transport, de traitement et d'évacuation ou de réutilisation des excréments humains, auxquels sont associés les dispositifs d'hygiène connexes". Cette définition est bien plus précise que celle d'"assainissement individuel", prise en compte par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels dans son Observation générale n° 15 (2002), selon laquelle "on entend l'évacuation des excréta humains, l'eau étant nécessaire dans certains systèmes."⁹⁸ Par ailleurs, l'experte indépendante développe – sur les bases lancées par l'Observation générale n° 15 (2002) – certains critères normatifs applicables au droit à l'assainissement, à savoir : (a) la disponibilité ; (b) la qualité ; (c) l'accessibilité physique ; (d) le coût abordable ; et (e) l'acceptabilité d'un point de vue culturel⁹⁹. Parallèlement, il est à considérer l'incidence d'autres droits de l'homme sur le droit à l'assainissement, tels que de participation et de non-discrimination, ainsi que la responsabilité qui engage les États¹⁰⁰.

De cette façon, la résolution 70/169, du 17 décembre 2015, a remarquablement inscrit, dans un de ses paragraphes opérationnels, les critères de chacun de ces droits – à l'eau potable et à l'assainissement –, ce qui permet de donner plus de précisions sur le contenu normatif de ces droits et d'avancer vers leur reconnaissance au niveau international. De cette façon, l'Assemblée générale,

reconnaît que le droit de l'homme à l'eau potable doit permettre à chacun d'avoir accès sans discrimination, physiquement et à un coût abordable, à un approvisionnement suffisant en eau salubre et de qualité acceptable pour les usages personnels et domestiques, et que le droit de l'homme à l'assainissement doit permettre à chacun, sans discrimination, d'avoir accès physiquement et à un coût abordable, à des équipements sanitaires, dans tous les domaines de la vie, qui soient sans risque, hygiéniques,

égards. Bien qu'une grande partie de la planète pratique l'assainissement par l'eau, des solutions n'utilisant pas d'eau sont de plus en plus préconisées et encouragées. » Nations Unies, document E/C.12/2010/1, *op. cit.*, para. 7.

⁹⁸ Nations Unies, document E/C.12/2002/11, *op. cit.*, para. 12, item (a), note 13 du document.

⁹⁹ Nations Unies, document A/HRC/12/24, *op. cit.*, para. 69-80. Ces critères vont être mieux développés par l'experte indépendante dans son rapport A/HRC/15/31/Add.1, ou ils furent, néanmoins, considérés tant pour l'accès à l'eau potable quant pour l'assainissement. Voy. Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, « Rapport de l'experte indépendante, Catarina de Albuquerque, chargée d'examiner la question des obligations en rapport avec les droits de l'homme qui concernent l'accès à l'eau potable et à l'assainissement », document A/HRC/15/31/Add.1, du 1^{er} juillet 2010, *op. cit.*, para. 15-36.

¹⁰⁰ Voy. Nations Unies, document E/C.12/2010/1, *op. cit.*, para. 8. Ces critères sont repris par le deuxième rapporteur spécial pour le droit à l'eau et à l'assainissement au sein du Conseil des droits de l'homme, M. Léo Heller, dans son rapport soumis à l'Assemblée générale. Nations Unies, Assemblée générale, « Droit à l'eau potable et à l'assainissement », document A/70/203, du 27 juillet 2015, section II, item A, para. 5-14.

sûrs, socialement et culturellement acceptables et gages d'intimité et de dignité, et réaffirme que ces deux droits sont des éléments du droit à un niveau de vie suffisant.¹⁰¹

En outre, la résolution met l'accent sur l'assainissement, en appelant les États à s'engager davantage pour l'élimination de la défécation en plein air, par l'adoption de politiques visant à améliorer l'accès à l'assainissement des personnes appartenant à des groupes vulnérables et marginalisés¹⁰².

Certes, la résolution a le mérite de distinguer le droit à d'accès à l'eau potable et le droit à l'assainissement, ainsi que d'en donner un contenu normatif plus précis qu'auparavant. Cependant, d'un autre côté, on peut noter, malgré ces avancées, que la résolution 70/169 – tout comme les résolutions 64/292 et 68/157 qui lui précèdent – montre toujours la résistance de certains États à reconnaître le droit à l'eau et le droit à l'assainissement en tant que droits de l'homme à part entière. Ces droits demeurent dans le cadre du droit à un niveau de vie suffisante, à la santé et pour la jouissance d'autres droits de l'homme. Ce fut le fondement du raisonnement de l'Observation générale, n° 15, de 2002, et il semble persister. Par conséquent, les droits à l'eau et à l'assainissement, sont donc reconnus comme accessoires, ne jouissant pas d'un caractère contraignant de façon directe.

Quoiqu'il existe des liens étroits entre le droit d'accès à l'eau potable et le droit à l'assainissement, l'indépendance d'un par rapport à l'autre peut avoir de conséquences positives pour la réalisation des cibles de développement concernant chacun. Elle peut, en outre, ouvrir la voie pour la pleine reconnaissance du droit à l'assainissement comme un droit de l'homme à part entière. Mais d'autre part, cela pourrait signifier plutôt une mise en évidence du droit d'accès à l'eau, ceci plus convenable aux investissements du secteur privé – par le biais, p. ex. de partenariats public-privés via investissements dans le cadre de traités bilatéraux. En d'autres termes, le long parcours pour la consécration d'un droit de l'homme à l'eau pourrait être raccourci en laissant l'exigeante et lourde branche de l'assainissement dehors. Il est donc judicieux de prendre ces hypothèses en considération afin de ne plus laisser le droit à l'assainissement au détriment du droit à l'eau.

*** Recebido em 18 dez. 2017.**

¹⁰¹ Nations Unies, Assemblée générale, résolution 70/169, du 17 décembre 2015, *op. cit.*, para. 2.

¹⁰² Idem, para. 5, item (f).



UE-MERCOSUL: O ESTADO DA ARTE

Elizabeth Accioly*

1. ACORDO UNIÃO EUROPEIA E MERCOSUL – RELATO HISTÓRICO

A União Europeia e os seus Estados-membros, por um lado, e o Mercosul e seus Estados-Parte, por outro, em 15 de novembro de 1995, celebraram o Acordo-marco inter-regional de cooperação, em cujo preâmbulo consideram *“a vontade política das partes de estabelecerem, como meta final, uma associação inter-regional de caráter político e económico baseada numa cooperação política reforçada, numa liberalização gradual e recíproca de todo o comércio, tendo em conta a sensibilidade de certos produtos e em cumprimento das regras da Organização Mundial do Comércio, e baseada, por último, na promoção dos investimentos e no aprofundamento da cooperação”*.

O final do preâmbulo daquele instrumento menciona os termos da declaração solene conjunta *“pela qual ambas as partes se propõem celebrar um Acordo-marco inter-regional que abranja a cooperação económica e comercial, bem como a preparação da liberalização gradual e recíproca das trocas comerciais entre as duas regiões, como fase preliminar preparatória para a negociação de um Acordo de associação inter-regional entre elas”*.

Em conformidade com a enunciação antecipada do conteúdo do Acordo de cooperação, os seus objetivos e o âmbito de aplicação constam do art. 2º:

O presente Acordo tem por objetivos o aprofundamento das relações entre as partes e a preparação das condições para a criação de uma associação inter-regional.

Para o cumprimento desse objetivo, o presente Acordo abrange os domínios comercial, económico e de cooperação para a inte-

* Professora da Universidade Europeia de Lisboa. Professora visitante do Curso de Mestrado do Unicuritiba-Brasil. Advogada.

gração, bem como outras áreas de interesse mútuo, com o propósito de intensificar as relações entre as partes e respectivas instituições.

Os títulos II a VI são dedicados a cada âmbito de aplicação do Acordo: comercial, cooperação econômica, reforço da integração, cooperação interinstitucional e outras áreas de cooperação (formação e educação em matéria de integração regional, aprofundamento das relações culturais e fomento e divulgação dos processos de integração das Partes, coordenação e intensificação dos seus esforços na luta contra o tráfico de entorpecentes).

O Acordo tem dois objetivos iniciais: o aprofundamento das relações entre as Partes e a preparação das condições para a criação de uma associação inter-regional.

Quanto ao aprofundamento das relações entre as Partes, o art. 2º, nº 2, assinala os domínios que o Acordo deve cobrir: comercial, económico, de cooperação para a integração e outras áreas de interesse mútuo. Também expressa que a intensificação das relações envolve as instituições das Partes, quer dizer, os órgãos da União Europeia e do Mercosul.

O Acordo regula o cumprimento dos objetivos que dizem respeito ao fortalecimento das relações existentes entre as Partes e a preparação de condições para a criação da associação inter-regional. O final do preâmbulo do Acordo qualifica de fase preparatória para a negociação da associação o conjunto das ações e medidas dedicadas ao aprofundamento das relações entre a União Europeia e o Mercosul e a liberalização gradual e recíproca das trocas comerciais entre as duas regiões.

O preâmbulo do Acordo esboça sua “meta final”, que é o estabelecimento de “uma associação inter-regional de caráter político e económico baseada numa cooperação política reforçada, numa liberalização gradual e recíproca de todo o comércio, tendo em conta a sensibilidade de certos produtos e em cumprimento das regras da Organização Mundial do Comércio, e baseada, por último, na promoção dos investimentos e no aprofundamento da cooperação”.

O art. 3º prevê a instituição de um diálogo político regular, que acompanhará e consolidará a aproximação entre a União Europeia e o Mercosul, nos termos da declaração comum anexa ao Acordo. O diálogo será efetuado no âmbito do Conselho de Cooperação ou em outras instâncias do mesmo nível, tomadas as decisões por mútuo consenso.

O art. 4º dispõe sobre os objetivos do Acordo na área comercial (intensificação das relações entre as Partes, com o intuito de fomentar o incremento e a diversificação das suas trocas comerciais; preparação da futura liberalização progressiva e recíproca destas).

Em conformidade com o disposto no art. 5º, as áreas de cooperação comercial serão determinadas pelas Partes, de comum acordo, sem exclusão de qualquer setor. Também prescreve para esse efeito um diálogo econômico e comercial periódico, no âmbito do quadro institucional instituído pelo Acordo.

O “Comunicado Conjunto do Rio de Janeiro”, emitido pelos Chefes de Estado e de Governo do Mercosul, do Chile e da União Europeia, em 28 de junho de 1999, não contém nenhuma apreciação sobre a aplicação do Acordo. Limita-se a reafirmar o compromisso, exarado nesse instrumento, de *“intensificar suas relações para fomentar o incremento e a diversificação de seus intercâmbios comerciais, mediante uma liberalização progressiva e recíproca do comércio e criando condições que favoreçam o estabelecimento de uma associação inter-regional, tendo em conta, em conformidade com as normas da Organização Mundial do Comércio, a sensibilidade de determinados produtos e serviços”*.

Posteriormente à assinatura do Acordo com o Mercosul, a União Europeia celebrou um Acordo-marco de cooperação com o Chile, visando à criação de uma associação econômica e política. Nos termos do comunicado, *“os resultados das negociações entre o Mercosul e a União Europeia e entre o Chile e a União Europeia constituirão um compromisso único, aplicável pelas Partes como um todo indivisível”*.

Os dois processos de integração estão inter-relacionados, mas sujeitos à supervisão de órgãos distintos. Como se deduz do art. 2º, nº 1, do Acordo, os seus objetivos preliminares deverão ser alcançados em duas etapas: a primeira de aprofundamento das relações existentes entre as Partes e a segunda de preparação das condições para a criação da associação inter-regional. Segundo o art. 4º do Acordo: *“as Partes comprometem-se a intensificar as suas relações com tríplice finalidade: a) fomentar o incremento e a diversificação das trocas comerciais; b) preparar a futura liberalização progressiva e recíproca dos intercâmbios; e c) criar condições que favoreçam o estabelecimento da associação inter-regional.”*

O comunicado conjunto das Partes no momento da autenticação do Acordo revela a importância que lhe atribuíam: *“À espera do cumprimento dos procedimentos necessários para a entrada em vigor do Acordo, as Partes declaram-se dispostas a acordar, antes da assinatura do Acordo, as modalidades que garantam a aplicação antecipada deste, no que respeita, em especial, às disposições de competências comunitárias sobre a cooperação comercial previstas no Título II do Acordo, assim como no que respeita ao quadro institucional estabelecido para esta cooperação”*.

Desde então (15/12/1995) até o Comunicado Conjunto do Rio de Janeiro (28/6/1999), decorreram aproximadamente três anos e meio, e os Chefes de Estado e de Governo reunidos na Cúpula da América Latina e do Caribe não tiveram o que avaliar. Disseram apenas que ambos os processos de cooperação iniciariam com a formulação de *“propostas para a definição da estrutura, metodologia e calendário das negociações”*.

O preâmbulo do Acordo exprime a vontade política das Partes com referência à sua meta final. A associação inter-regional deverá possuir caráter político e económico e basear-se em dois elementos: a cooperação política reforçada e a liberalização gradual e recíproca de todo o comércio entre as Partes.

A vontade política de criar “uma associação inter-regional de caráter político e económico baseada numa cooperação política reforçada, numa liberalização recíproca de todo o comércio”, exige uma definição, ainda na “fase preparatória para a negociação de um Acordo de associação inter-regional”. Não pode haver preparação das condições para criá-la se continuar dúbia a forma de associação pretendida.

Cumprir notar que o objetivo final do Acordo é o estabelecimento de uma zona de livre comércio, que é um tipo de integração entre as economias de dois ou mais Estados e/ou blocos regionais em que se verifica a livre circulação dos produtos originários dos seus territórios, em consequência da eliminação das barreiras prejudiciais ao comércio.

Um Acordo de associação pode ter entre os seus objetivos a criação de zona de livre comércio. Entretanto, o Acordo de associação inter-regional foi idealizado para ter caráter político e económico, e não simplesmente económico. O art. 3º, relativo à instituição do diálogo político, faz referência à “aproximação entre a União Europeia e o Mercosul” e o penúltimo considerando do preâmbulo, à “cooperação política reforçada” como bases da associação inter-regional.

Para a União Europeia o fundamento dos Acordos de associação está no art. 217 do TFUE. Segundo esta disposição: *“a União pode celebrar com um ou mais países terceiros ou organizações internacionais Acordos que criem uma associação caracterizada por direitos e obrigações recíprocos, ações comuns e procedimentos especiais”*.

Ainda de se destacar que este Acordo de cooperação resulta dos “*profundos laços históricos, culturais, políticos e económicos que unem as Partes, e inspira-se “nos valores comuns aos seus povos”*”. É preciso, portanto, que os povos unidos por laços históricos, culturais, políticos e económicos não sejam ignorados nas negociações relacionadas com a execução do Acordo.

2. ACORDO UNIÃO EUROPEIA E MERCOSUL – FASE ACTUAL

Após o breve relato histórico, passamos a analisar a evolução do Acordo UE-Mercosul, que, no início das rondas, inauguradas no limiar do século XXI, geraram a expectativa de que, em poucos anos, poderia estar concluída a maior integração regional do mundo.

Entretanto, as negociações não se avizinhavam fáceis - nunca o são quando há interesses conflitantes em jogo. Argumentavam os europeus que

uma abertura agrícola, como queriam os sócios mercosurenhos, dizimaria a agricultura europeia. Por outro lado, os sócios sul-americanos não aceitavam liberalizar a indústria e os serviços sem uma contrapartida equilibrada.

O auge do embaraço ocorreu na reunião de 2004, quando os jornais brasileiros estamparam a seguinte manchete: “*Quiseram-nos fazer de bobos*”. O autor da frase, segundo os periódicos, foi o então Ministro das Relações Exteriores do Brasil, Celso Amorim, que dizia:

“Que ninguém pense que nós estamos desesperados por um acordo. Nós queremos um acordo, sim, mas não a qualquer custo. [...] Amorim usou o exemplo da carne para ilustrar o incômodo do Brasil com a oferta dos europeus de parcelar em dez anos as cotas de exportação de produtos agropecuários com taxas mais flexíveis. Segundo ele, o Mercosul teria direito a exportar apenas 6.000 toneladas no primeiro ano. A parte brasileira seria, então, de 2.400 toneladas. ‘Isso é só um caminhão. É ridículo’. Depois, em entrevista coletiva, Amorim falou sobre a decisão de interromper as negociações em Bruxelas”¹.

Tal impasse custou seis anos de paralisação “entrevados por queixumes recíprocos de incompreensão e de birra burocrática ... apesar dos elogios mútuos e dos decantados laços históricos, culturais e económicos”², como atrás já destacamos.

Foi no primeiro semestre de 2010, na VI Cimeira UE-América Latina e Caraíbas, quando a Espanha exercia a presidência rotativa da União Europeia, que houve o relançamento das negociações UE-Mercosul, na busca de um Acordo “compreensivo, equilibrado e ambicioso”, que integrasse na dimensão comercial não apenas o comércio de mercadorias, mas também serviços, investimentos, contratos públicos, propriedade intelectual (incluindo as denominações geográficas), facilitação do comércio, medidas sanitárias e fitossanitárias, comércio e desenvolvimento sustentável, concorrência ou instrumentos de protecção do comércio.

Um relatório da Comissão Europeia publicado no dia 28 de abril de 2010 revelou que o impacto geral de um possível tratado de livre comércio entre a UE e o Mercosul é negativo para o setor da agricultura europeia [...] os produtores agrícolas alertaram as autoridades comunitárias quanto ao ‘impacto catastrófico’ que a agricultura europeia sofreria com um Acordo de associação

¹ <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi2307200416.htm>, consulta em 06-09-2013

² Jorge Fontoura. União Europeia e Mercosul, a história inadiável. Jornal Gazeta do Povo, 18.07.2010. In <http://www.gazetadopovo.com.br/opinioao/conteudo.phtml?id=1026172&tit=Uniao-Europeia-e-Mercosul-a-historia-inadiavel>

com o Mercosul, quarto bloco económico do mundo e que é forte principalmente nos setores de carne, açúcar, sumos de fruta e milho”³.

Os anos de 2010 a 2014 seguiram com reuniões de trabalho, sem definições importantes para uma convergência entre as partes. É facto que a crise económica que se instalou nos países do sul da Europa desviou as atenções da retomada das negociações entre os dois blocos regionais. No Mercosul, muitos episódios ocorreram, desde a polémica suspensão do Paraguai, em 2012, à crise política brasileira, desencadeada com o impeachment da ex-presidente Dilma Roussef até a operação Lava Jato que segue em curso, e a somar a atual situação política e económica da Venezuela, que ingressou como sócio pleno do bloco regional, em 2012, e que atualmente encontra-se suspensa, por razões de incumprimento da cláusula democrática, estabelecida no Protocolo de Ushuaia, de 1998⁴.

Mas independente dos altos e baixos que todas as integrações económicas enfrentam, a ideia de que os acordos comerciais são a melhor solução para gerir a globalização vai ganhando cada vez mais força, já que pela via do comércio mundial, com suas regras exigentes, torna-se quase impossível se chegar a bom porto, como temos assistido com os infundáveis ciclos de negociação da OMC, que já duram mais de uma década. Sem dúvida, a falta de avanços de Doha tem contribuído para a inércia do Acordo Mercosul-UE, posto que as Partes se escoram na expectativa de avanços em sede multilateral, o que parece cada vez mais improvável, mais não seja pelas políticas protecionistas europeias, que beneficiam sobremaneira Estados que não querem perder tais be-nesses. A próxima ronda da OMC será em Buenos Aires, em dezembro de 2017, com grandes possibilidades de avanços na cena mundial e também nas negociações do Acordo Mercosul-UE, como adiante veremos.

De se destacar as palavras do Diretor-geral da OMC, Roberto Azevêdo: “O remédio que frequentemente está sendo prescrito é o protecionismo e esse é exatamente o tipo de medicamento que vai prejudicar o paciente, não ajudá-lo.” Quanto ao Acordo Mercosul-UE, diz: “Todas as negociações comerciais são complexas, levam tempo. [...] Essas são negociações de peso e que podem

³ <http://economia.ig.com.br/mercosul-e-ue-comecam-outra-rodada-de-negociacoes/n1300148668754.html>

Consulta em 06/09/2013

⁴ Decisión sobre la suspensión de la República Bolivariana de Venezuela en el MERCOSUR. En reunión realizada en São Paulo en el día 05 de agosto de 2017, los cancilleres de los Estados Partes del MERCOSUR – Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay – decidieron, por unanimidad, suspender políticamente la República Bolivariana de Venezuela en todos sus derechos y obligaciones inherentes a la su condición como Estado Parte del MERCOSUR.

La decisión fue tomada en base al cumplimiento del segundo párrafo del artículo 5º del Protocolo de Ushuaia, sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, suscripto el 24 de julio de 1998. Venezuela ya había sido suspensa del ejercicio de sus derechos como Estado Parte del MERCOSUR anteriormente, en diciembre de 2016, en virtud del incumplimiento de compromisos asumidos en su Protocolo de Adhesión.

trazer impulso importante para a economia dos dois blocos. As partes procuraram as oportunidades onde quer que elas estejam”.

Ora bem, na busca de novos caminhos, a UE e os EUA decidiram, em 2014, negociar um Acordo de Parceria Transatlântica sobre Comércio e Investimento, mais conhecido pela sigla TTIP, que veio desacelerar a vontade política de avançar no acordo Mercosul e UE.

O então eurodeputado Vital Moreira, responsável pela redação do acordo entre a UE e os EUA, disse, quando estava à frente da Comissão do Comércio Internacional do Parlamento Europeu: “esta parceria é uma nova oportunidade de crescimento extraordinária e que as negociações devem começar tão cedo quanto possível. Tudo indica que há uma grande oportunidade de aumentar o investimento e fazer crescer a economia e o emprego nos dois lados do Atlântico”. Os estudos apontam para o aumento de 0,5% do PIB na UE e 0,4% nos EUA, concebido da seguinte forma:

“A T-TIP será um acordo de investimento e comércio ambicioso, abrangente e de alto padrão que oferecerá benefícios significativos no que concerne à promoção de competitividade internacional, à criação de empregos e ao crescimento dos EUA.

A T-TIP visará promover o crescimento económico dos Estados Unidos e da UE e adicionar mais empregos aos mais de 13 milhões de empregos já apoiados na América e na UE pelo comércio e investimento transatlânticos.

A T-TIP visará, em especial, a:

- Abrir ainda mais os mercados da UE, ampliando os US\$ 458 bilhões em mercadorias e serviços privados que os Estados Unidos exportaram em 2012 para a UE, nosso maior mercado para exportação.
- Fortalecer o investimento com base em regras para desenvolver a maior relação de investimento do mundo. Os Estados Unidos e a UE já mantêm um total de aproximadamente US\$ 3,7 trilhões em investimento em suas respectivas economias (desde 2011).
- Eliminar todas as tarifas ao comércio.
- Enfrentar barreiras comerciais dispendiosas e não tarifárias “atrás da fronteira” que impedem o fluxo de mercadorias, inclusive produtos agrícolas.
- Obter maior acesso ao mercado no comércio de serviços.
- Reduzir de maneira significativa o custo das diferenças em normas e padrões, promovendo maior compatibilidade, transparência e cooperação, mantendo, concomitantemente, nossos elevados níveis de saúde, segurança e proteção ambiental.

- Desenvolver normas, princípios e novos modos de cooperação para questões de interesse global, incluindo propriedade intelectual e regras baseadas no mercado para empresas públicas e barreiras discriminatórias ao comércio em termos de localização.
- Promover a competitividade global de pequenas e médias empresas”.

Entretanto, quando se imaginava que esta aproximação comercial entre os EUA e UE poderia interferir no desfecho, já adiado tanta vez, entre o Mercosul e UE, até pelos poucos avanços nas negociações comerciais entre os dois blocos económicos, nestas duas décadas, surge um novo folego, após a releitura das integrações regionais no governo de Donald Trump, não sendo, de todo, a prioridade do seu mandato, muito pelo contrário, como já se demonstrou com a retirada dos EUA do Acordo Transpacífico (TTP), concluído em 2015, e com a proposta de renegociação do Tratado de Livre Comércio do Atlântico Norte- NAFTA, proposto pelo presidente dos EUA. É urgente, por isso, acelerar as conclusões do Acordo Mercosul-UE enquanto a retomada das negociações entre os EUA e a UE parecem estar congeladas pela mudança de foco da política comercial norte-americana.

Da América do Sul sopram ventos favoráveis com a mudança de governo da Argentina, no início de 2016, país este que vinha sendo apontado pelos negociadores do acordo, nomeadamente da parte da UE, de ser o grande vilão dessa letargia, crítica que também respingava no Brasil. O Presidente argentino Mauricio Macri trouxe um novo impulso ao Acordo, com a troca de ofertas de acesso ao mercado, entre os dois blocos económicos, em maio de 2016, conseguindo, em poucas palavras, resumir os novos rumos do Mercosul:

“Este é o desafio, acreditar no que podemos fazer e construir, se nos integramos. E vencer os medos. Sinto que, desde 1991 [ano de fundação do bloco] até aqui, tivemos muitos avanços; em outros momentos, retrocessos. Mas agora percebemos que o mundo tem uma enorme atração sobre o Mercosul.”⁵

A partir de maio de 2016 as negociações avançaram significativamente, o que impulsionou o Mercosul a reafirmar, através de uma declaração conjunta, na Reunião de Cúpula do Mercosul, em setembro de 2016, a continuidade das negociações, com o seguinte teor:

“Os Chanceleres da República Argentina, Susana Malcorra, da República Federativa do Brasil, José Serra, da República do Paraguai, Eladio Loizaga, e da República Oriental do Uruguai, Rodolfo Nin Novoa, reunidos em Nova York, examinaram a agenda de negociações comerciais externas do bloco. Nessa perspectiva, destacam a importância de impulsionar as negociações do

⁵ <http://www.dw.com/pt-br/macri-e-temer-defendem-flexibiliza%C3%A7%C3%A3o-do-merc-sul/a-35950130>, 04.10.16

Acordo de Associação Birregional Mercosul–União Europeia, pelos tradicionais laços culturais, comerciais e de investimentos que já unem os dois blocos e pelo grande potencial de crescimento dos fluxos de comércio e investimentos entre eles.”

Em outubro de 2016 decorreu, em Bruxelas, 10ª Ronda de negociação Mercosul-UE, com o objetivo de discutir as propostas apresentadas pelas partes, sem resultados conclusivos, segundo se depreende do comunicado conjunto divulgado:

“Esta ronda de negociaciones, que se llevó a cabo del 10 al 14 de octubre en la capital belga, ha sido “la primera completa” desde 2012 y la primera en realizarse tras el esperado intercambio de ofertas de acceso a mercados del pasado 11 de mayo, algo que no se producía desde 2004 y que ambas partes perseguían desde que decidieron retomar las tratativas en 2010.

Los equipos negociadores de ambos bloques “analizaron el conjunto de los textos y reglas en negociación” y, además, “intercambiaron puntos de vista sobre cómo avanzar en los temas de acceso a mercado”, subrayó el comunicado conjunto. Señalaron que se comprometen a “realizar todos los esfuerzos necesarios para avanzar en las negociaciones”.

De se destacar, por oportuno, as certas palavras do Diretor Geral da OMC, Roberto Azevêdo:

“O remédio que frequentemente está sendo prescrito é o protecionismo e esse é exatamente o tipo de medicamento que vai prejudicar o paciente, não ajudá-lo.” Quanto ao Acordo Mercosul-UE, diz Azevêdo: “Todas as negociações comerciais são complexas, levam tempo. [...] Essas são negociações de peso e que podem trazer impulso importante para a economia dos dois blocos”. Mais adiante alerta: “As negociações comerciais avançam em vários caminhos ao mesmo tempo -- bilateral, regional e multilateral. Os países - e a UE como bloco - procuram as oportunidades onde quer que elas estejam.”⁶

Se, por um lado, a União Europeia está fragilizada pelo Brexit, divórcio este cada vez mais próximo se ser decretado, por outro lado a recente assinatura do Acordo de Livre Comércio entre a União Europeia e o Canadá - CETA⁷, traz novo fôlego à UE.

Sem dúvida, a formação de mega blocos, que pretende criar zonas de livre comércio gigantescas, é a tônica do mundo actual, a partir da regulação

⁶ Acordo comercial UE-Mercosul poderá impulsionar as duas economias. Agência Lusa, 03 Nov2016

⁷ Acordo de Livre Comércio entre a União Europeia e o Canadá (CETA). O Ceta pretende eliminar 98% das tarifas alfandegárias entre canadenses e europeus e pode servir de modelo para o TTIP, negociado entre UE e EUA.

das trocas comerciais entre os seus *partners*, mas não só, pressupõe também o respeito aos valores comuns, tão caros para os seus povos, como a democracia, os direitos humanos, o direito dos trabalhadores e a proteção ambiental. E mais, quiçá o entendimento do comércio mundial seja facilitado justamente pela proliferação destes Acordos, que obrigam ao desmantelamento de regras que repercutirão na OMC.

A muralha praticamente intransponível por parte da UE - o sensível setor agro-industrial -, avançou de maneira tímida, como se verificou na apresentação das ofertas ao Mercosul, nomeadamente em relação à carne bovina e ao etanol. A proposta da União Europeia, apresentada aos sócios do Mercosul em outubro de 2017 foi recebida com ceticismo, pois houve um retrocesso nas ofertas apresentadas em 2004, nomeadamente em relação ao etanol e à carne bovina, considerada inaceitável para os quatro sócios sul-americanos. Naquela altura a proposta foi de 100 mil toneladas de carne bovina e 1 milhão de toneladas de etanol, que baixaram agora para 70 mil toneladas de carne e 600 mil toneladas de etanol. A respeito da oferta por parte da UE, no setor da carne bovina, manifestou-se o presidente da Sociedade Rural Argentina, Luís Miguel Etchevehere:

“Nos dijeron que ellos podrían abrir el mercado solo para ese limitado monto anual, que además debemos repartir entre los cuatro socios del bloque. ¿Sabe a cuánto equivale esto? Pues a 137 gramos por año para cada habitante de la UE. Es decir: apenas dos hamburguesas anuales. Para el bloque, el mercado de carne vacuna es central. Y aspiramos como mínimo a contar con 390.000 toneladas que se puedan comercializar libremente en Europa. Si ese monto se divide por los 4 miembros del mercado sureño, a cada uno le tocaría exportar tanto como media hamburguesa anual por consumidor europeo.”⁸ “Sin duda, para nosotros, todo eso es un desafío. La gran cuestión es mostrar que el acuerdo con la UE vale la pena”.

A Negociadora Chefe da Direção-Geral de Comércio da Comissão Europeia, Sandra Gallina, justificou a posição da UE:

“Este nivel propuesto –el de las 70.000 toneladas—se había conseguido luego de una ‘delicada negociación’ en el interior de la U.E. con los tres países que ofrecen mayor resistencia a admitir la competencia agrícola ganadera de los sudamericanos: Francia, Irlanda y Bélgica. Fueron ellos los que impulsaron una oferta que para el Mercosur es inaceptable.”

Carlos Abijaodi, representante da Confederação Nacional da Indústria brasileira, concordou com a proposta europeia, mesmo colocando em risco a

⁸ https://www.clarin.com/economia/acuerdo-mercosur-union-europea-quejas-trabas-ingreso-carne_0_BJIH_gmhW.html, 4-10-2017

qualidade global do acordo, como parece ter ocorrido quanto às ofertas acima referidas:

“Para nosotros es muy importante que el acuerdo salga. Esa es la postura del sector fabril ante el siguiente dilema: o se realiza un acuerdo con “limitaciones” de uno y otro lado; o se suspende “sine die”. Y, si ocurre esto último, otras regiones o países ocuparán el lugar del Mercosur. Por ejemplo: Canadá y Japón; a quienes sumarian Australia y Nueva Zelândia, más una ampliación del acuerdo de Europa con México”.

Importante trazer aqui o parecer do Comitê Económico e Social Europeu (CESE), proferido em 2011, que naquela altura já alertava para o facto de *“só ser possível chegar a um acordo se este for equilibrado, beneficiar as duas partes e não sacrificar nenhum sector (como o agrícola ou o industrial), região ou país”*. Mais adiante vaticina: *“o Acordo não deve, em caso algum, basear-se num mau acordo. Nesse sentido, solicita que as partes negociadoras tenham a vontade política necessária para viabilizar o Acordo de Associação e que se empenhem ao máximo para superar as divergências que afectam, sobretudo, o pilar fundamental do Acordo, a saber, as questões comerciais”*.

De 2011, data do parecer do CESE, até os dias actuais, com o jogo de forças por parte dos mercados e do xadrez económico e político que se vai re-desenhando, por mais injusto ou desequilibrado que o acordo possa parecer, a posição de que um mau acordo seria preferível a um não acordo parece ser a opção possível, para utilizar aquela máxima de que *“o ótimo é inimigo do bom”*, neste caso seria *“o péssimo é inimigo do mau”*.

Resta saber se a UE não surpreenderá com tentativas de última hora para frear o acordo, como a tese recentemente apresentada pela França, que poderá paralisar tudo o que já foi até agora foi acordado, sob a alegação de que o mandato negociador concedido à Comissão Europeia, que data de 1999, deve ser renegociado, posto que, naquela altura, ainda não faziam parte da UE praticamente metade dos sócios actuais. Se esta tese, que parece ter apoio de pelo menos uma dezena de Estados vingar, dificilmente o acordo sairá do papel, até porque uma nova proposta de revisão do mandato negociador concedido à Comissão Europeia necessita da aprovação dos 27 Estados membros da UE.

Mas, por outro lado, há os entusiastas do acordo, como o eurodeputado português Francisco Assis, presidente da delegação para as relações com o Mercosul, que acredita num consenso pese embora esteja a par da resistência de alguns países europeus:

“De facto, há Estados membros muito empenhados na concretização desse acordo e há outros com mais reserva, justamente por terem setores agrícolas criando algumas dificuldades. Mas estou convencido que no final todos os obstáculos serão removidos e

que nós acabaremos por concretizar um acordo que é do melhor interesse para UE e para o Mercosul”.⁹

Após duas décadas de espera, tudo convergia para o anúncio do entendimento das partes e da formalização de um acordo político, com vistas ao fim próximo das arestas comerciais, até meados de 2018, em Buenos Aires, no âmbito da XI Conferência Ministerial da Organização Mundial do Comércio (OMC). Porém, foi mais uma ocasião perdida. É importante que as duas partes enviem todos os esforços para acelerar as negociações até fevereiro do próximo ano, pois certamente as eleições no Brasil e a segunda fase das negociações do Brexit, ocuparão as agendas dos dois blocos regionais deixando, uma vez mais, o acordo em segundo plano.

Parece ser realmente esta a determinação da Comissária de Comércio da União Europeia, Cecilia Malmström: *“Hemos tenido charlas intensas estos días, en Buenos Aires, hemos avanzado mucho pero aún no hemos llegado a un acuerdo definitivo. Tenemos confianza en que será posible cerrar un acuerdo pronto, en cuestión de semanas”*.¹⁰ Pelo menos há otimismo do lado mercosureño e do lado europeu para se chegar ao final das negociações, pese embora a prorrogação do acordo para o próximo ano tenha sido considerada uma vitória do trio céptico: França, Irlanda e Polónia. Mas desta vez há mais convergências do que divergências.

De toda a maneira, é fundamental que haja o equilíbrio possível, como já vaticinava Werter Faria, um dos precursores do estudo da integração mercosurenha, e grande entusiasta da integração regional:

“Por vivermos num tempo em que tudo converge para as questões económicas, temos de conscientizar-nos de que a mundialização liberal é incapaz de dissolver as identidades étnicas, religiosas e culturais; ao contrário, faz com que se robusteçam.

Nas negociações para concluir o Acordo de cooperação, as Partes deverão levar em consideração não somente os laços económicos, mas os laços os históricos, culturais e políticos que as unem, e que se inspiram nos valores comuns aos seus povos. Esses laços e valores são os que devem reger o cumprimento das obrigações contraídas pela UE e pelo Mercosul.”¹¹

*** Recebido em 17 dez. 2017.**

⁹ <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/10/31/deputados-europeus-defendem-acordo-entre-uniao-europeia-e-mercosul>

¹⁰ https://elpais.com/economia/2017/12/14/actualidad/1513206414_415680.html

¹¹ In América Latina y el Caribe - Unión Europea: El valor de la integración regional y del diálogo entre regiones. Editorial ECSA Chile, 2016, p. 279.



LOS PROBLEMAS DE EXIGIBILIDAD Y JUSTICIABILIDAD DE LOS DESCA. EL CASO DE LA CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE MÉXICO

*Jaime Fernando Cárdenas García**

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución de la Ciudad de México, aprobada por la Asamblea Constituyente de la Ciudad el 31 de enero de 2017, y publicada en edición vespertina del Diario Oficial de la Federación y en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el día 5 de febrero de ese año, es un ordenamiento que algunos han alabado por su progresismo y otros hemos criticado por sus insuficiencias.

En inevitable indicar que es una norma de cierre o conclusión del Pacto por México –acuerdo político no democrático ni transparente-. El Pacto por México, firmado el 2 de diciembre de 2012, entre el PRI, PAN, PRD –las tres fuerzas políticas en ese entonces más importantes- y la Presidencia de la República de México es un documento político que contiene 95 acuerdos para reformar la Constitución de la República y las Leyes –las reformas estructurales neoliberales del actual gobierno-. Uno de esos acuerdos consistió en convenir una reforma política de carácter constitucional para la Ciudad de México¹.

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, y por la Universidad Complutense de Madrid . Especialista en Derechos Humanos y Ciencias Políticas. Visiting Fellow en la Universidad de Yale y Visiting Researcher en la Universidad de Georgetown. Investigador del CONACYT, nivel II I e Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de tiempo completo.

¹ El compromiso 91 del Pacto por México textualmente señala: “Impulsaremos el nombre oficial de la Ciudad de México que es la capital de la República. Se dotará de una Constitución propia al Distrito Federal; se revisarán las facultades del Jefe de Gobierno y de la Asamblea Legislativa del DF; en el orden de gobierno delegacional o equivalente se impulsará la elección de gobiernos de colegiados con representación plural, semejante a los ayuntamientos, acorde a la presencia de las fuerzas políticas en cada demarcación; y se definirá un esquema del Distrito Federal que considere su carácter de capital de la República”.

Ese acuerdo político se materializó en este sexenio más tarde que otras reformas constitucionales estructurales porque existía una diferencia importante entre el PRI y el PAN, por un lado y, el PRD por otra parte. El diferendo estribó en la manera de integrar a la Asamblea Constituyente que elaboraría la Constitución. El PRI y el PAN carecen en la Ciudad de la fuerza electoral suficiente y, sabían que en un proceso comicial en donde se eligiera popularmente a todos los diputados constituyentes no tendrían la representación que ellos consideraban aceptable para sus intereses –en la Ciudad son fuerzas políticas con algunos enclaves pero son poco trascendentes-. El PRD estimaba que la elección popular del total de sus integrantes era necesaria para legitimar a la Asamblea Constituyente que se integraría para redactar la Constitución de la Ciudad.

Durante 2015, el PRD y el gobierno capitalino, aceptaron las anteriores exigencias del PRI y del PAN, y se aprobó y publicó el 29 de enero de 2016 la reforma constitucional al ordenamiento de la República, que implicó la modificación de 52 artículos constitucionales, a cambio de que en los artículos transitorios de la reforma –el séptimo fundamentalmente- se determinara que sólo 60 de los 100 diputados serían electos y, que los 40 restantes serían designados. Seis serían propuestos por el Presidente de la República, seis por el Jefe de Gobierno de la Ciudad de México, 14 Senadores y 14 Diputados federales en representación a la fuerza de los partidos en cada Cámara federal, -los que compatibilizarían sus funciones, en contra fundamentalmente del artículo 125 constitucional- con las de diputado constituyente².

La reforma constitucional a la norma fundamental en materia de Distrito Federal se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 29 de enero de 2016. Las modificaciones constitucionales implicaron cambios, como ya se dijo, a 52 artículos constitucionales, siendo el más importante el artículo 122 y los artículos transitorios de esa reforma. En el artículo 122 constitucional se establecieron mecanismos de limitación a la libertad del Constituyente originario de la Ciudad, pues en cada tema relacionado con la organización política de la Ciudad se ordenaron prescripciones precisas sobre la forma de establecer en la futura Constitución de la Ciudad: la organización de los tres poderes, de las alcaldías, los órganos autónomos, la administración pública de la Ciudad, la deuda, las facultades del Presidente de la República en materia de policía, la coordinación metropolitana, las competencias de los poderes federales en la Ciudad, el régimen de fiscalidad, el régimen de capitalidad, etcétera.

² El constituyente Javier Quijano Baz promovió juicio de amparo indirecto el 5 de octubre de 2016 en contra de la integración de la Asamblea Constituyente por violación al artículo 125 de la Constitución. El amparo fue turando al Juzgado Quinto de Distrito en Materia Administrativa, y se integró el expediente 1670/2016. El amparo se declaró improcedente con fundamento en el artículo 61, fracción XXIII de la Ley de Amparo y se desechó.

Los diecisiete artículos transitorios de la reforma publicada el 29 de enero de 2016 también señalaron obligaciones y prescripciones al Constituyente de la Ciudad sobre múltiples materias: la entrada en vigor de las normas relacionadas con los poderes, la organización de la Asamblea Constituyente y sus competencias, la manera en la que se debían conformar las alcaldías y sus competencias, las relaciones laborales entre la Ciudad y sus trabajadores, los derechos adquiridos de los titulares y empleados de las principales instancias de autoridad en la Ciudad, los procedimientos al interior de la Asamblea Constituyente, entre otras. Fue tan excesiva la regulación condicionante al Constituyente originario, que en contra de las reglas de financiamiento público a los partidos políticos previstas en el artículo 41 constitucional, el Consejo General del INE –el órgano electoral nacional- con fundamento en el artículo séptimo transitorio de la reforma constitucional de la Ciudad, emitió un Acuerdo estableciendo un financiamiento igualitario y no diferenciado para todas las fuerzas políticas.

La elección para elegir a los 60 diputados constituyentes se celebró el primer domingo del mes de junio de 2016 y costó organizarla al INE aproximadamente 490 millones de pesos, de los cuales una parte importante se destinó al financiamiento de los partidos y candidatos independientes –a los partidos se destinaron 101 millones 498, 771 pesos-. El único partido que se negó a recibir recursos por concepto de financiamiento público fue MORENA. La cifra del costo de la organización electoral del INE contrasta con la cifra oficial que aprobó la Asamblea Constituyente electa para su funcionamiento durante cuatro meses y medio -20 millones de pesos-.

En la jornada electoral de junio de 2016, la fuerza más votada popularmente con 22 diputados electos, que fue la de MORENA, jamás tuvo relevancia numérica en las decisiones de la Asamblea Constituyente. Artificialmente el mecanismo de 40 designados aumentó considerablemente la representación en la Asamblea Constituyente del PRI, PAN y del PRD, en detrimento de la fuerza política que sólo había participado con candidatos electos de conformidad con los artículos 39, 40 y 41 constitucionales.

La composición resultante de la Asamblea Constituyente, la escasa participación ciudadana en la jornada electoral –de aproximadamente el 28.5% de los inscritos en el listado nominal de electores-, la poca difusión pública de los trabajos de la Asamblea Constituyente, y la negativa a celebrar un referéndum sobre el texto aprobado por la Asamblea Constituyente, son factores que deslegitimaron a la Asamblea Constituyente y a la Constitución elaborada por ésta. Es verdad que se logró que los ciudadanos realizaran propuestas al texto del Jefe de Gobierno, mismo que tuvo el monopolio en la presentación de la iniciativa constitucional por disposición del artículo séptimo transitorio de la reforma constitucional publicada el 29 de enero de 2016. Las propuestas ciudadanas y las de los propios diputados no tuvieron trascendencia pública. Los

medios de comunicación que cubrían la fuente de la Asamblea Constituyente, generalmente destacaban lo anecdótico por encima de lo importante. Los contenidos del proyecto del Jefe de Gobierno y las iniciativas ciudadanas y de los diputados fueron desconocidas y jamás problematizadas masiva y seriamente por los habitantes de la Ciudad.

Muchos juristas nacionales han considerado que la nueva Constitución de la Ciudad no es en realidad una Constitución sino una ley reglamentaria del artículo 122 de la Constitución³ y, que la Asamblea Constituyente no fue un auténtico poder constituyente originario⁴. Sobre el primer aspecto, no cabe duda que la Constitución de la Ciudad es una norma autorizada por la reforma constitucional de 29 de enero de 2016, la que precisó los alcances del trabajo del Constituyente, la forma de gobierno, la organización del poder y los límites al ejercicio del poder, y, en ese sentido, si se puede hablar de una ley reglamentaria; aunque también es verdad, que pudo ser una Constitución material⁵, porque existieron márgenes de libertad en la Asamblea Constituyente para ampliar derechos humanos, garantizar principios democráticos y para diseñar mecanismos novedosos para limitar al poder público y fáctico⁶, pero desgraciadamente fueron desaprovechados en la mayoría de los casos. En cuanto al señalamiento, de que no se trató de un poder constituyente originario, es evidente que no lo fue porque nació de la reforma constitucional de 29 de enero de 2016 y, porque no pudo garantizar debidamente la soberanía de la nueva entidad federativa en contravención textual del artículo 41 constitucional – la Constitución de la Ciudad en su artículo 1 numeral 4 indica que “La Ciudad es libre y autónoma en todo lo concerniente a su régimen interior y a su organización política y administrativa”- en contraposición al reconocimiento de soberanía para el resto de las entidades federativas. Se trata de una Constitución surgida de la camisa de fuerza de la reforma constitucional de 29 de enero de 2016 y de un constituyente derivado, que por su composición política dejó de maximizar los derechos humanos, los principios democráticos, y los instrumentos para limitar al poder político y económico debidamente.

En contra de la Constitución de la Ciudad se presentaron siete medios de impugnación constitucional que fueron formulados ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación por las siguientes autoridades y partidos: Consejería

³ Lo sostuvo el jurista Diego Valadés, en entrevista del programa “El asalto a la razón” de Milenio TV, de 8 de marzo de 2016, en donde indicó que no podía ser Constitución, si las materias más importantes de la futura Constitución ya estaban determinadas en el artículo 122 constitucional reformado y publicado el 29 de enero de 2016.

⁴ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, Poder constituyente, Constitución y cambio democrático, México, UBIJUS, 2015, pp. 19-32.

⁵ MORTATI, Constantino, La Constitución en sentido material, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2001.

⁶ CÓRDOVA, Lorenzo, “Qué es una Constitución? en Configuraciones. Aportes al debate constituyente de Ciudad de México, México, Revista de la Fundación Pereyra y del Instituto de Estudios para la transición democrática, número 41, 2016, pp. 5-17.

Jurídica de la Presidencia, la Procuraduría General de la República, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, el Senado de la República, el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y los partidos Morena y Nueva Alianza –además de formularse algunos amparos en contra de ella-. Las acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales aluden a la posible inconstitucionalidad de numerosos preceptos de la Constitución de la Ciudad –aproximadamente 40 de los 71 preceptos-. Los medios de impugnación en términos generales reclaman: el sistema constitucional y convencional de derechos humanos, el derecho de asociación, de identidad, no discriminación e igualdad, libertad religiosa, y secreto profesional. Se sostiene que la Constitución de la Ciudad invade las competencias del Congreso de la Unión para legislar sobre procuración de justicia, justicia para adolescentes, ejecución de sanciones, aguas nacionales, salubridad, trabajo y política exterior. También se plantea la invalidez de la revocación de mandato, los requisitos que contempla la Constitución de la Ciudad para anular una elección local, el parlamento metropolitano, el consejo de la judicatura y las alcaldías. Como se puede apreciar, se están reclamando infracciones a las competencias federales. Veremos si la Suprema Corte de Justicia de la Nación coloca la validez formal por encima de la validez material, qué extensión le conferirá al principio pro persona, al bloque de constitucionalidad y al parámetro de regularidad constitucional y convencional. Es evidente, que casi todos los argumentos de las impugnaciones son para someter y reducir aún más los alcances de la Constitución de la Ciudad, para defender el status quo jurídico prevaleciente en el país basado en una fuerte centralización y un desprecio por el federalismo, y para que a ninguna entidad de la República se le vaya ocurrir aprobar reformas constitucionales o Constituciones con características vanguardistas. Se trata de vías de inconstitucionalidad que buscan comprimir más la “camisa de fuerza” que ya había establecido la reforma constitucional de 29 de enero de 2016 en el artículo 122 de la Constitución de la República⁷.

2. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL NUEVO TEXTO CONSTITUCIONAL

Encuentro como características de la Constitución de la Ciudad a las siguientes: 1) Se incorporaron elementos neoliberales al texto que no pueden ni deben soslayarse⁸; 2) Se dejaron de maximizar los derechos fundamentales; 3) La democracia directa y participativa previstas no son totalmente accesibles a los ciudadanos; 4) El control del poder público no fue incrementado; 5) Se reprodujo a nivel local, sin grandes innovaciones, el sistema nacional anticorrupción; 6) Técnicamente se descuidó el apartado de la distribución de competencias en el nivel horizontal y vertical; 7) El poder judicial de la Ciudad, salvo

⁷ La Jornada, 11 de marzo de 2017, p. 21 y, Reforma, 11 de marzo de 2017, página principal.

⁸ Sobre el alcance y significado del neoliberalismo ver: HARVEY, David, Breve historia del neoliberalismo, Madrid, Akal, 2007.

algunos cambios en su cúspide, seguirá sin tener legitimidad democrática de origen; 8) Los órganos constitucionales autónomos estarán controlados por los partidos políticos mayoritarios en el Congreso Local; 9) Se reconoció a los pueblos indígenas pero sus derechos no se expandieron en materia de consulta vinculante y establecimiento de un cuarto nivel de gobierno; y, 10) El desarrollo urbano y territorial de la Ciudad seguirá grandemente influido por poderes fácticos.

El texto constitucional aprobado contiene numerosos ejemplos de su impronta neoliberal, así menciono algunos: se reconoce a la propiedad privada de manera destacada sobre la propiedad social, pública y común; se eliminó el principio de progresividad fiscal previsto en la iniciativa del Jefe de Gobierno; el tratamiento o saneamiento de las aguas en la Ciudad puede ser privatizado al igual que el espacio público; y, en la planeación del desarrollo urbano y territorial de la Ciudad se permite la participación de los intereses privados.

Los derechos humanos es un título amplio en la Constitución –el segundo-. Se reconocieron derechos que son importantes para las personas como el derecho al mínimo vital, el derecho a la vida y a la muerte digna, derechos a los cuidados, a la salud sexual y reproductiva, se amplió el derecho a la educación pública, se reconoció el derecho a la ciencia y tecnología, el derecho a un gobierno honesto, entre otros. Sin embargo, la Asamblea Constituyente no quiso reconocer el derecho a la renta básica, no aceptó el derecho de la mujer a decidir, no se reconoció la obligación de los poderes fácticos para garantizar los derechos humanos, no se reconocieron los derechos a la resistencia y a la desobediencia civil, no se aceptó el derecho a la ciudadanía universal, el derecho a votar a partir de los 16 años, el derecho de los procesados a votar y ser votados, y sobre todo, se condicionó la garantía de los derechos –fundamentalmente en el caso de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales- a las posibilidades presupuestales de la Ciudad.

En materia de democracia directa y participativa se establecieron las modalidades más importantes de estas vías de participación. El déficit del texto constitucional reside en los excesivos requisitos para promoverlos, en las condiciones que establece la Constitución para ejercitarlos y, en los supuestos para que sus resultados puedan ser vinculantes y obligatorios. En algunos casos, como en el derecho a la consulta, se remite a lo que establezca la ley. En materia de referéndum respecto a las reformas constitucionales se impide que los ciudadanos inicien el procedimiento, señalándose que sólo pueden instarlo las 2/3 partes de los integrantes del Congreso local.

Las facultades de control del Congreso local al Jefe de Gobierno y de los Concejos en las alcaldías son limitadísimas⁹. La administración pública de la Ciudad, regulada en un solo precepto de la Constitución, tiene un margen de libertad asombroso para ejercer el presupuesto. Los controles de constitucionalidad no cuentan con un tribunal independiente que sea plenamente garante de los derechos humanos y de los principios democráticos. De acuerdo a la Constitución, es una Sala Constitucional, cuyos titulares serán designados por los magistrados del Tribunal Superior de Justicia, la que se encargará de conocer los recursos para proteger y restituir derechos humanos, para conocer de acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y acciones constitucionales por omisión legislativa.

Los defectos del sistema nacional anticorrupción se reprodujeron en la Constitución de la Ciudad¹⁰. La corrupción se origina por el débil o inexistente control al poder formal y fáctico, y por la ausencia de participación ciudadana en la vigilancia y supervisión de las auditorías. Los mecanismos anticorrupción, según la Constitución de la Ciudad, estarán coordinados y dirigidos por funcionarios públicos nombrados por los vigilados –los partidos mayoritarios en el Congreso local- y no por los ciudadanos. La corrupción debe combatirse fundamentalmente con los mecanismos de democracia participativa, deliberativa y directa para que las principales decisiones administrativas de las autoridades de la Ciudad se tomen mediante consulta previa, obligatoria y vinculante con los ciudadanos. La Constitución no protege los derechos laborales, políticos y cívicos de quienes denuncien actos de corrupción en el servicio público, el sector social y las empresas privadas. Las normas sobre austeridad son del todo incompletas, se establecieron en el artículo 36 transitorio de la Constitución. No se previó que los indicadores del desempeño debieran, en caso de ser violados, implicar el delito de traición al mandato por parte de los servidores públicos electos. A los contratistas, concesionarios, permisionarios, personas físicas, accionistas y/o directivos de empresas, no se les prohíbe donar recursos en efectivo o en especie a las precampañas y campañas. Los contratistas o concesionarios que donaran a las campañas no deberían participar durante 15 años en las licitaciones, contratos u obras públicas. La Constitución no señaló que los delitos de corrupción son imprescriptibles. Tampoco se obligó expresamente a los particulares que ejerzan o administren recursos públicos o, reciban contratos, concesiones, permisos y autorizaciones para que publiquen sus declaraciones patrimoniales, de interés y fiscales. La Constitución no prohíbe las asociaciones público-privadas por ser mecanismos de endeuda-

⁹ MORA-DONATTO, Cecilia, Cambio político y legitimidad funcional. El Congreso mexicano en su encrucijada, México, Miguel Ángel Porrúa y Cámara de Diputados. LIX Legislatura, 2006, p. 8.

¹⁰ PAHUAMBA ROSAS, Baltazar, El derecho humano a la rendición de cuentas objetiva y uso debido de los recursos públicos, México, ESPRESS, 2016.

miento encubierto y de generación corrupción. La fiscalización del Presupuesto no corresponde a los ciudadanos en estrecha coordinación con la Auditoría Superior de la Ciudad.

En tema muy grave, se descuidaron los mecanismos de solución a los conflictos de competencia entre los poderes y los niveles de gobierno. Es verdad que existen algunos en el texto, como la garantía de los principios de subsidiariedad y proximidad –artículo 53- en materia de alcaldías, pero la Constitución, pudiendo haber precisado las diferentes hipótesis del conflicto competencial, dejó totalmente abierto el tema a la interpretación constitucional que en su momento haga la Sala Constitucional o los tribunales federales.

Respecto al poder judicial local, se reformularon los procedimientos de designación de magistrados para no darle poder a los ciudadanos en la elección de los titulares del poder judicial local –seguirán careciendo de legitimidad democrática de origen, en contra del artículo 39 de la Constitución de la República, a pesar de ser un poder público-. Sin embargo, dados los excesos del anterior presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, se determinó que los presidentes de esa instancia no podrían durar en el encargo más de un año sin posibilidad de reelección, y se indicó que el Presidente del Tribunal no puede presidir el Consejo de la Judicatura Local¹¹. La Constitución no orientó al poder judicial local al control ciudadano, a la transparencia ni a la rendición de cuentas.

Los titulares de los órganos constitucionales autónomos no serán electos por los ciudadanos y serán designados por mayoría calificada del Congreso Local a propuesta de consejos ciudadanos. Es decir, no tendrán la debida independencia para servir de contrapeso a las instituciones de la Ciudad, fundamentalmente al Jefe de Gobierno y al Congreso Local. Los órganos constitucionales autónomos de la Ciudad continuarán partidocratizados y, sin esperanza de que cumplan plenamente los fines que la Constitución les ha determinado.

En materia de pueblos originarios y comunidades indígenas residentes, la Asamblea Constituyente se resistió a que se consultara la totalidad de la Constitución con esas comunidades. Sólo se les consultaron tres artículos de la Constitución, los que directamente les afectaban. Las consultas aparentemente

¹¹ En contra de estas tibias reformas, el Pleno de los magistrados del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad -71 de los 76 magistrados presentes- decidió promover controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación para invalidar los artículos 35 y 37 de la Constitución de la Ciudad. El 35 alude a la integración del Consejo de la Judicatura y a que éste no será presidido por el Presidente del Tribunal –el que durará en el encargo de presidente del Tribunal por un año y no podrá reelegirse- y, que el citado Consejo de la Judicatura sólo estará integrado por tres miembros judiciales de los 7 que lo integran. El artículo 37 señala la composición y funciones del Consejo Judicial Ciudadano. Los magistrados argumentan que el esquema del Consejo de la Judicatura de la Ciudad no es compatible con el previsto en la Constitución de la República.

se realizaron en la Ciudad. En cuanto a las deficiencias del título relacionado con ellos, encuentro las siguientes: No se previó que las reformas constitucionales sean consultadas a los pueblos originarios y comunidades indígenas residentes; no se contempló que las consultas deban ser vinculantes; no se determinó que los pueblos originarios y las comunidades indígenas residentes constituyen un cuarto orden de gobierno; no se garantizó debidamente la autonomía territorial de los pueblos originarios; y, las instituciones de la Ciudad no se conforman pluriétnicamente, es decir, no habrá representación de pueblos y comunidades indígenas residentes en las titularidades del poder judicial local, ni en el gabinete del titular del Ejecutivo local, ni en los órganos constitucionales autónomos.

El título constitucional relativo al desarrollo y a la planeación democrática de la Ciudad, que fue motivo de las aperturas de los desarrolladores urbanos de la Ciudad, permite que en la definición de todas las políticas urbanas y de planeación democrática de la Ciudad participen los intereses económicos privados, que durante la Asamblea Constituyente se opusieron a las contribuciones por plusvalías, se negaron a prohibir los procesos de gentrificación y de segregación social por especulación urbana y, lucharon para que el Instituto de Planeación Democrática y Prospectiva fuese un organismo descentralizado y no un ente cuyos titulares fuesen electos por los ciudadanos.

3. BLOQUE Y PARÁMETRO DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD

Desde la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno a la solución de la contradicción de tesis 293/2011, quedó claro que en el derecho mexicano no sólo se debe reconocer el de bloque de constitucionalidad y de convencionalidad, como ya se había definido en el expediente varios 912/2010 (caso Rosendo Radilla), sino que también era necesario asumir el parámetro de constitucionalidad y convencionalidad por tratarse de dos conceptos y categorías jurídicas diversas –una sustantiva y la otra adjetiva-, que aunque cercanas se complementan.

La extensión de bloque de constitucionalidad y convencionalidad que contiene la Constitución es muy reducida. Se alude a la Constitución, a los tratados, a las leyes nacionales y locales, pero se obvian las resoluciones de los organismos internacionales, sea el Estado mexicano parte o no de los instrumentos correspondientes, se olvida la jurisprudencia constitucional, el “soft law” de los derechos humanos, así como el reconocimiento que las autoridades pueden hacer de derechos humanos que aún no se han positivado.

No existe un paso adelante en la interpretación constitucional del párrafo primero del artículo 1 de la Constitución de la República cuando ésta establece que las personas gozarán de los derechos reconocidos en la Consti-

tución y en los Tratados, salvo en los casos cuando su ejercicio pueda restringirse o suspenderse. En esta parte de la Constitución, era necesario señalar que los Tratados y las resoluciones de los organismos internacionales en materia de derechos humanos pueden ampliarlos más allá del texto constitucional de la República, y que cuando el párrafo primero del artículo 1 de la Constitución alude a restricción o suspensión se deben exclusivamente entender por ello los supuestos de suspensión a que alude el artículo 29 de la Carta Magna, pero no a cualquier limitación de derechos que establezca el texto de la Constitución de la República. En otras palabras, la Constitución no tiene un compromiso fuerte con el principio “pro homine”.

Es también muy grave que la Constitución señale que exclusivamente las autoridades son las que están obligadas a satisfacer los derechos humanos, y se omite señalar que los particulares también están obligados a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Esto es, la iniciativa desconoce la doctrina conocida como “Drittwirkung der Grundrechte” (la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales).

La Constitución alude al contenido esencial de los derechos y no al principio de proporcionalidad como método de interpretación de derechos en colisión. En esta parte era fundamental precisar la pluralidad de métodos e instrumentos interpretativos para obtener la mayor protección de los derechos.

La Constitución concibe un carácter asistencialista para la garantía de los derechos humanos. La garantía de los derechos llega hasta dónde alcanza el presupuesto público. Se elude con ello, la obligación fundamental de garantía de los poderes fácticos con los derechos humanos; se prescinde de la austeridad republicana como eje que permita garantizar más derechos económicos, sociales, culturales y ambientales; se omite el principio fiscal de gravar más al que más tiene y percibe; así como la prioridad del gasto social en la política presupuestal. Es una propuesta neoliberal que no toca al poder económico de la Ciudad.

Bloque y parámetro. Sobre esta primera distinción se deben precisar los conceptos:

El bloque es una categoría vinculada a los contenidos y extensión de un sistema constitucional y convencional. Se puede decir que el bloque está integrado por todos los derechos fundamentales de fuente constitucional y convencional; por las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aunque el Estado mexicano no haya sido parte; por el “soft law” de los derechos humanos, por ejemplo observaciones y resoluciones de los Comités de la Organización de las Naciones Unidas y del sistema interamericano de derechos humanos; por la jurisprudencia constitucional nacional; por disposiciones legales y reglamentarias del ordenamiento nacional que maximizan derechos humanos. Es decir, el bloque se compone por todo el sistema de fuentes

de un sistema jurídico, incluyendo: el conjunto de valores y principios que subyacen al sistema constitucional; el contexto que se compone con el cúmulo de praxis, convenciones y costumbres enraizadas en la conciencia social; por los valores que culturales en los que se asienta el sistema constitucional; y, por el valor de la dignidad humana. Además, el bloque debe integrarse por los derechos que se conquisten por los habitantes de la Ciudad frente y respecto a las autoridades y frente y respecto a los particulares. En la Ciudad el bloque debe implicar que los derechos humanos y sus garantías no sean susceptibles de suspensión. El bloque se compone también por las garantías sustantivas que obligan a las autoridades y particulares a hacer, no hacer o a dar.

En cambio, el parámetro de constitucionalidad y convencionalidad es un concepto adjetivo, de carácter procesal que permite a jueces y a autoridades en general determinar cuándo una norma o un acto –acción u omisión– de autoridad o de particulares, es constitucional y convencional. Es decir, son los criterios procesales para realizar un enjuiciamiento de constitucionalidad y convencionalidad, en donde por ejemplo, una norma de menor jerarquía puede derrotar a la de mayor jerarquía si la de menor jerarquía optimiza de manera más amplia los derechos humanos o, en donde el concepto de validez formal – que la autoridad sea competente y se siga el procedimiento previamente establecido– puede quedar derrotado por una validez material o sustantiva que amplíe el nivel de protección de los derechos¹².

Los conceptos de restricción y suspensión del párrafo primero del artículo 1 de la Constitución en relación con la resolución que conoció de la contradicción de tesis 293/2011. El derecho internacional de los derechos humanos puede ir mucho más allá de los textos constitucionales nacionales y por tanto debe prevalecer sobre el derecho interno. Ese alcance mayor en los derechos debe preferirse aunque la Constitución de la República establezca una limitación. Argumentar en contra de esta premisa equivale a desconocer el carácter pro homine de los derechos. Cuando el párrafo primero del artículo 1 de la Constitución de la República alude a que la prevalencia de los tratados e instrumentos internacionales se da siempre y cuando la Constitución no los restrinja o suspenda, desde nuestro punto de vista, deben entenderse en sentido estricto esas expresiones jurídicas, tal como lo expuso el Ministro Cossío Díaz, cuando señaló que no cualquier limitación en los derechos que establezca la Constitución debe considerarse restricción o suspensión. Esos términos deben quedar reservados y nada más para los supuestos de suspensión de garantías contemplados en el artículo 29 de la Constitución de la República¹³. De ahí que en la Constitución de la Ciudad, debe establecerse que los tratados,

¹² ASTUDILLO, César, *El bloque y parámetro de constitucionalidad y convencionalidad en México*, México, Tirant lo Blanch, 2014, p. 147.

¹³ COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “Intervención”, sesión pública ordinaria de jueves 29 de agosto de 2013 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Contradicción de tesis 293/2011.

resoluciones internacionales y observaciones generales se imponen por encima del Derecho interno, incluyendo la Constitución de la República, cuando esas normas y principios maximicen los derechos humanos en mayor medida que el derecho interno, sin que importen las limitaciones que establezca la Constitución de la República o la Constitución de la Ciudad, salvo el caso de la suspensión de garantías del artículo 29 constitucional.

La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. Como se conoce en la doctrina jurídica, los derechos fundamentales no sólo son oponibles frente y respecto a las autoridades sino frente y respecto a los particulares. En nuestro tiempo, en épocas del neoliberalismo y de poderes salvajes, los principales violadores de derechos humanos no son sólo las autoridades, son los poderes fácticos nacionales y transnacionales. De ahí que los derechos humanos deben ser oponibles a los particulares y, éstos dependiendo de las circunstancias del caso, tienen las mismas obligaciones que las autoridades: promoverlos, respetarlos, protegerlos y garantizarlos.

La Constitución es bastante conservadora porque busca proteger a los grandes intereses económicos que operan en la Ciudad. Las autoridades en este esquema son los representantes de esos intereses, y por ello, sólo frente a ellas cabe la exigencia de satisfacción de los derechos humanos cuando lo precedente es también hacer reclamables los derechos frente a las autoridades y frente a los particulares.

El principio de proporcionalidad. Resulta grave que la Constitución no asuma la importancia del principio de proporcionalidad y la pluralidad de métodos de interpretación de los derechos fundamentales.

A este respecto recuerdo que el principio de proporcionalidad es, hoy en día, uno de los métodos de interpretación constitucional más trascendentes. Un juez constitucional puede acudir a otros métodos o reglas de interpretación y de argumentación cuando existen conflictos o colisiones en entre principios, por ejemplo a: la unidad constitucional, a la corrección funcional, a la efectividad constitucional, a la fuerza normativa de la Constitución, a la armonización de los bienes constitucionales, entre otros. Sin embargo, entre todos los métodos y reglas de interpretación o de argumentación constitucional destaca el principio de proporcionalidad. ¿Por qué?¹⁴

¹⁴ ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, segunda edición, traducción de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; ALEXY, Robert, "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", en ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto y ALEXY, Robert, Jueces y ponderación argumentativa, México, UNAM, 2006; BERNAL PULIDO, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, segunda edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005; CLÉRICO, Laura y otros (coordinadores), Derechos fundamentales, principios y argumentación, Granada, editorial Comares, 2011; GARDBAUM, Stephen, "A Deomocratic Defense of Constitutional Balancing" en Law &

Las razones de la importancia del principio de proporcionalidad obedecen al entendimiento contemporáneo de las Constituciones. Éstas contienen, principalmente principios, que garantizan bienes y valores jurídicos diversos que en los casos concretos suelen estar en colisión. Las Constituciones son dúctiles y flexibles, representan los proyectos de las sociedades pluralistas, abiertas y heterogéneas. De esta suerte, las constituciones no responden a un solo modelo o proyecto sino a proyectos políticos, económicos y sociales contrapuestos. El carácter potencialmente conflictivo de la Constitución contemporánea obliga a los intérpretes de la Constitución a emplear métodos que permitan en las situaciones concretas conciliar y armonizar, caso por caso, los principios y valores opuestos que contienen.

Una característica adicional de las Constituciones contemporáneas es que éstas no suelen jerarquizar principios y derechos de manera absoluta, porque si esto se hiciera así, significaría que una visión o proyecto sobre la realidad se impone jurídicamente a los demás. Las sociedades democráticas se distinguen por su carácter abierto y tolerante, y en ellas, no cabe la entronización definitiva o permanente de un grupo de principios constitucionales sobre y a costa de los demás.

El principio de proporcionalidad no está pensado para brindar certezas plenas pero si está diseñado para alcanzar una racionalidad, razonabilidad y unas certezas plausibles en caso de colisión entre principios constitucionales. Sirve para determinar decisiones racionales y razonables que no aspiran a ser la única respuesta correcta pero sí una que esté justificada y que pueda sostenerse en la deliberación jurídica y democrática de las sociedades pluralistas y democráticas. Es el mejor método que existe, hasta el día de hoy, y que ha sido diseñado constitucionalmente para interpretar y argumentar la Constitución.

Nuestro principio es un método interpretativo para solucionar conflictos entre principios constitucionales y convencionales, principalmente para resolver conflictos o colisiones entre derechos fundamentales o, conflictos entre derechos fundamentales y otros principios jurídicos de naturaleza constitucional y/o convencional. A este método o regla interpretativa, se le denomina por algunos, juicio de ponderación cuando le dan una connotación estricta. Otros, por su formación anglosajona, prefieren hablar de razonabilidad o de “balancing”. También podemos encontrar, quién haga coincidir el principio de proporcionalidad con la interpretación armónica o la interpretación conforme.

Ethics of Human Rights, University of California, Los Angeles, Vol. 4, 2010; HÖLLANDER, Pavel, “El principio de proporcionalidad: ¿Variabilidad de su estructura?”, en *La teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy* (Jan-R. Sieckmann (ed), Madrid, Marcial Pons, 2011; HUERTA, Carla, *Conflictos normativos*, México, UNAM, segunda edición, 2007; y, SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, 2007.

Para no confundirnos, debemos señalar que el principio de proporcionalidad fue desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina jurídica alemana después de la segunda guerra mundial –con influencia del derecho anglosajón- y, que posteriormente, ese método de interpretación constitucional, se ha ido incorporando en la jurisprudencia y doctrina de países europeos continentales y latinoamericanos, al igual que en las decisiones de las Cortes y Tribunales internacionales que tutelan derechos fundamentales.

Teóricamente, como dice Pavel Höllander, el principio de proporcionalidad enlazó la teoría de los principios de Dworkin –y nosotros agregamos de Esser- con la teoría de los derechos fundamentales y de la argumentación de Alexy, pues para éste, los principios están definidos por su capacidad de ponderación en colisión y por su carácter aproximativo y no absoluto. La tesis de Alexy implica en términos generales lo siguiente: Los principios son normas que no se distinguen por su vigencia absoluta sino aproximativa; el objeto de los principios son tanto los derechos y las libertades fundamentales como los bienes jurídicos colectivos; el carácter de principio es reconocible por su colisión con otro principio y su calidad de ser cumplido en distinto grado; la colisión entre principios es solucionada mediante el método de principio de proporcionalidad; y, los principios son mandatos de optimización que se realizan en la mayor medida posible.

En México, el principio de proporcionalidad se introdujo judicialmente y de manera expresa –antes se había empleado implícitamente-, a partir de la resolución SUP-RAP 50/2001, que resolvió la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en el caso de Amigos de Fox. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha aplicado el principio en algunas de sus resoluciones con muchas críticas de la doctrina nacional por las deficiencias técnicas de su implementación.

Robert Alexy es el teórico que doctrinalmente ha desarrollado y divulgado este principio, principalmente en su “Teoría de los derechos fundamentales”. En el mundo de habla castellana existen un buen número de trabajos sobre el principio de proporcionalidad y, entre ellos, destaca el de Carlos Bernal Pulido. En nuestro país, en los últimos años, distintas y numerosas obras hacen estudios sobre este principio o método de interpretación constitucional.

En qué consiste el principio de proporcionalidad. En ser un método para interpretar y argumentar principios constitucionales cuando ante situaciones jurídicas se encuentran en colisión y se hace necesario determinar cuál de los principios constitucionales en conflicto debe prevalecer. Lato sensu comprende tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Es obvio, que en stricto sensu, sólo atendemos al tercero de los subprincipios. Cuando la teoría jurídica y la jurisprudencia aluden al principio de proporcionalidad lo hacen lato sensu y, cuando se refieren al tercer subprincipio indican que es en estricto sentido.

Robert Alexy dice que los tres subprincipios expresan la idea de optimización, lo que significa que interpretar los derechos fundamentales de acuerdo con el principio de proporcionalidad es tratar a éstos como requisitos de optimización, es decir, como principios y no como reglas. Los principios son normas que requieren que algo se realice con la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. Los subprincipios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización vinculada a las posibilidades fácticas. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto alude a la optimización de los derechos fundamentales dentro de sus posibilidades jurídicas.

Los tres subprincipios que componen el principio de proporcionalidad en un sentido lato pueden analizarse en abstracto y en concreto cuando se trata de afectaciones en los derechos fundamentales por acción o por omisión de las autoridades. Casi siempre se suele explicar el principio de proporcionalidad por las intervenciones de las autoridades que afectan derechos fundamentales por sus acciones y muy poco por las omisiones e insuficiencias de las autoridades en la protección o garantía de los derechos fundamentales.

Desde el punto de vista de la afectación mediante acciones de la autoridad definimos así los tres subprincipios: 1) El de idoneidad entraña que toda intervención legislativa o de autoridad sobre un derecho fundamental, para que sea correcta, debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. 2) El de necesidad, significa que la intervención sobre un derecho fundamental, para que sea correcta, debe ser la más benigna –la que le afecte menos- de entre todas las posibles medidas de intervención. 3) Y, el de proporcionalidad en estricto sentido o ley de ponderación, precisa que la intervención en un derecho fundamental sólo se justifica por la importancia de la intervención de la autoridad para satisfacer otro derecho fundamental o principio, es decir, debe ser de tanto peso o trascendencia esa intervención para satisfacer otros derechos o principios, que la afectación o insatisfacción al derecho fundamental quede compensada por la importancia de la satisfacción del otro derecho fundamental o principio satisfecho.

Desde el punto de vista de la afectación de derechos fundamentales mediante omisiones o acciones insuficientes de la autoridad, podemos definir así los tres subprincipios: 1) El de idoneidad nos dirá que la omisión o actuación insuficiente de la autoridad en la protección o garantía de los derechos fundamentales es correcta si contribuye a la obtención de algún otro fin constitucionalmente legítimo. 2) El de necesidad entraña que la omisión o actuación insuficiente de la autoridad es correcta si produce consecuencias más benignas que su intervención activa. 3) Y, el de proporcionalidad en sentido estricto debe implicar que la omisión o actuación insuficiente de la autoridad que afecta derechos fundamentales –para que sea correcta- quede compensada por la importancia que éstas tienen para la satisfacción de otro u otros derechos fundamentales o principios satisfechos.

El carácter asistencialista de la Constitución hace que los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales lleguen hasta donde alcanza el presupuesto. Afirmar que los derechos se satisfacen hasta donde llegan las finanzas públicas, implica eludir las obligaciones de los poderes fácticos con los derechos humanos; entraña prescindir de la austeridad republicana que como eje en las finanzas públicas permita garantizar más derechos económicos, sociales, culturales y ambientales; significa omitir el principio fiscal de gravar más al que más tiene y percibe; y, desconoce la prioridad del gasto social en la política presupuestal. La Constitución no quiso tocar al poder económico de la Ciudad¹⁵.

Por eso nosotros propusimos que:

- a) Los impuestos y contribuciones locales se cobraran de manera progresiva, equitativa y proporcional al ingreso y al patrimonio de cada persona para satisfacer fundamentalmente los derechos sociales. El régimen tributario se rige también por los principios de generalidad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, transparencia y suficiencia recaudatoria.
- b) Se prioricen los impuestos directos y progresivos.
- c) La política tributaria promueve la redistribución y estimula el empleo, la producción de bienes y servicios, y conductas ecológicas, sociales y económicas responsables.
- d) Los poderes económicos, mediáticos y sociales están obligados a proteger y garantizar los derechos humanos de todos, así como sus garantías.
- e) La Constitución establece los principios de austeridad republicana respecto a los privilegios de los altos servidores públicos de la Ciudad.
- f) Todas las personas que habitan la Ciudad tienen reconocidas las garantías sustantivas que obligan a las autoridades y particulares a hacer, no hacer o a dar.
- g) Los sistemas presupuestario y fiscal de la Ciudad se orientan a garantizar los derechos humanos, fundamentalmente los económicos, sociales, culturales y ambientales. Y,
- h) La administración pública de la Ciudad se constituye para garantizar los derechos humanos.

¹⁵ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, El modelo jurídico del neoliberalismo, México, UNAM-editorial Flores, 2016.

4. LA EXIGIBILIDAD Y JUSTICIABILIDAD DE LOS DESCA

La Constitución italiana de 22 de diciembre de 1947 dispone en su artículo 3 lo siguiente: “Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales. Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”.

El artículo 9.2 de la Constitución española de 1978 señala: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Los principios de Limburgo sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de junio de 1986, establece dentro de sus principios interpretativos que los Estados Partes utilizarán todos los medios apropiados a nivel nacional, incluyendo medidas legislativas, administrativas, judiciales, económicas, sociales y educacionales, coherentes con la naturaleza de los derechos, con el fin de cumplir sus obligaciones bajo el Pacto y, agregan que lograr progresivamente los derechos no implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente sus esferas para asegurar la efectividad de los derechos. Esto implica que se deben desarrollar los recursos dentro de la sociedad concreta hasta el máximo de lo que se dispongan.

Lo anterior quiere decir, en tanto que los principios de Limburgo forman parte del derecho mexicano, según el párrafo primero de la Constitución de la República que:

1. Que se deben utilizar todos los medios –legislativos, judiciales, administrativos, económicos, sociales, educacionales, etcétera– para cumplir con las obligaciones derivadas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
2. Que la progresividad no implica aplazar la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales.
3. Que se prohíbe la regresividad en la satisfacción y alcance de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.
4. Que cada sociedad debe desarrollar y generar los recursos necesarios para satisfacer los derechos económicos sociales y culturales.

5. Es decir, en los términos del artículo 3 de la Constitución italiana, es obligación de las instituciones de la Ciudad suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitan de hecho la libertad y la igualdad de las personas.
6. Y, de acuerdo con el artículo 9.2 de la Constitución española las autoridades deben remover los obstáculos que impiden o dificultan la plenitud de los derechos económicos sociales y culturales.

En la Constitución de la Ciudad debió reconocerse lo siguiente:

1. Todas las personas que habitan la Ciudad tienen reconocidas las garantías sustantivas que obligan a las autoridades y particulares a hacer, no hacer o dar para asegurar la satisfacción de sus derechos humanos.
2. Todas las personas tienen el derecho a las garantías procesales para posibilitar sus derechos individuales y colectivos que recoge la Constitución General de la República, los Tratados sobre Derechos Humanos ratificados por México, las que deriven de resoluciones internacionales aunque el Estado Mexicano no haya sido parte, la Constitución y el ordenamiento jurídico en su conjunto; y, las que sean reconocidas por las autoridades competentes y hayan surgido de las luchas históricas, sociales y políticas de los habitantes de la Ciudad.
3. Las instituciones de la Ciudad deben utilizar todos los medios para cumplir con las obligaciones derivadas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
4. La progresividad de los derechos no implica aplazar la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales.
5. Se prohíbe la regresividad en la satisfacción y cumplimiento de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.
6. Es obligación de las instituciones de la Ciudad suprimir y remover los obstáculos de orden económico y social que limitan de hecho la libertad y la igualdad de las personas.
7. El sistema presupuestario y fiscal se orientará fundamentalmente a garantizar los derechos reconocidos en la Constitución.
8. La política hacendaria de la Ciudad se orientará por el criterio de redistribución progresiva de los recursos fiscales, asegurando que las contribuciones provengan en proporción suficiente de quienes más recursos tienen, y que el gasto público se oriente a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales y a la producción de bienes y servicios para los habitantes de la ciudad

que menos tienen. Este criterio se aplicará sin demérito de asegurar la atención de las necesidades marcadas por el interés general y los derechos universales de los habitantes de la Ciudad.

9. La cuantía de la hacienda pública de la Ciudad deberá determinarse con el criterio de suficiencia para atender las necesidades sociales, económicas y culturales de la entidad. Los ingresos recaudados por la Ciudad en un ejercicio fiscal no podrán dejar de ejercerse en el mismo. Si esto último ocurriere, los sobrantes estimados, deberán incorporarse de inmediato a la Iniciativa de Ley de Ingresos del año fiscal inmediato siguiente, como recursos extraordinarios a ser considerados también en el proyecto de presupuesto de egresos de la ciudad.
10. El subejercicio de recursos fiscales no justificado es falta grave cometida por los servidores públicos responsables y será sancionada en los términos que determine la ley.
11. El presupuesto de egresos aprobado por el Congreso en cada ejercicio fiscal, debe asegurar los recursos necesarios para que el gobierno atienda la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, así como sus responsabilidades en los sectores estratégicos y prioritarios de la economía.

En cuanto a la justiciabilidad, la Constitución debió haber ampliado las vías procesales de protección de los DESCAs. Nosotros propusimos un **Tribunal Social y de Defensa Constitucional** de la Ciudad de México, como un órgano autónomo e independiente, integrado por cinco magistrados electos directamente por los ciudadanos cada siete años. Sus integrantes no pueden ser reelectos. Su presidente es designado de entre los titulares cada año.

Los aspirantes deben al menos cumplir con los requisitos que establece el artículo 95 de la Constitución General de la República –ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación- más los que determine la Ley Orgánica del Tribunal.

La elección de sus titulares del Tribunal recae en ciudadanos que sean magistrados o jueces, profesores de Universidad, o abogados, de reconocida competencia y solvencia moral.

Previo a la elección ciudadana, los aspirantes participan en un examen de méritos que se realiza ante una universidad pública y con control ciudadano. Los tres primeros lugares por cada vacante participan en la elección. Ésta no es respalda por los partidos. Los aspirantes no reciben financiamiento público ni privado ni hacen campaña. Disponen de tiempos en radio y televisión para dar a conocer su currículum vitae y propuestas, y son electos en las jornadas electorales ordinarias o extraordinarias.

El Tribunal contará con un presupuesto austero.

El Tribunal, como intérprete supremo de la Constitución, está sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica. Conoce de los siguientes medios:

- a) De la acción ciudadana de inconstitucionalidad, la que procede en contra de normas generales, sean reformas a la Constitución, leyes, reglamentos o disposiciones materialmente administrativas de carácter general de cualquiera de los poderes o de los órganos constitucionales autónomos;
- b) Del recurso de amparo social por violación de los derechos fundamentales reconocidos en el orden jurídico –principalmente DESCAs-, el cual puede ser individual y colectivo y, procede tanto por acciones como por omisiones de autoridades y de particulares;
- c) De los conflictos constitucionales de competencia entre los poderes públicos, órganos constitucionales autónomos, de relevancia constitucional y, respecto a las autoridades de las demarcaciones territoriales;
- d) De la procedencia para la revocación de mandato; y,
- e) De los recursos en contra de las sanciones impuestas por el Consejo de la Judicatura de la Ciudad.

Tanto la acción ciudadana de inconstitucionalidad, el amparo social, las controversias constitucionales, los procedimientos de procedencia para la revocación del mandato y los recursos en contra de las sanciones impuestas por el Consejo de la Judicatura de la Ciudad, son recursos de carácter ciudadano, accesibles a todos los habitantes. Basta un interés simple para ocurrir a ellos y son instrumentos de exigibilidad y justiciabilidad para garantizar los derechos contenidos en esta Constitución, tanto por actos como por omisiones de las autoridades y los particulares.

5. CONCLUSIONES

El artículo 21 de la Constitución de la Ciudad –De la hacienda pública– debió tener otra orientación para que los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales tuviesen plena realización en la Ciudad. La hacienda pública debió quedar subsumida en el modelo económico constitucional de la Ciudad. Como dice Peter Häberle, la activación de los derechos fundamentales dentro del Estado social representa un objetivo constitucional en el sentido de

que todos los ciudadanos deben tener necesariamente las mismas oportunidades básicas para conseguir una vida digna y para desarrollarse personalmente¹⁶.

Se trata de no capitular frente a la facticidad económica del Estado neoliberal¹⁷. Todos los derechos, pero fundamentalmente los económicos, sociales, culturales y ambientales exigen para su realización de recursos económicos y financieros. La actividad económica financiera en la sociedad exige de la participación destacada de las instituciones públicas para concretar la plena realización de los derechos. “La decisión de qué derechos se prestarán y en qué medida es una decisión política que depende, desde luego, de la capacidad financiera del Estado en cada momento, pero también y principalmente, de las diferentes opciones políticas de gobierno y de la definición de cuáles sean, en cada caso, sus prioridades o preferencias¹⁸.”

Por eso el artículo 21 de la Constitución de la Ciudad debió tener otra redacción y comprender el modelo económico de la Ciudad y los principios de la hacienda pública, de la manera que aquí proponemos un apartado sobre los principios del modelo económico de la Ciudad. Éstos serían:

1. En la ciudad de México se democratiza la producción económica. Se garantiza la economía social y solidaria, el fortalecimiento del mercado interno, la valorización del trabajo humano, un salario digno y remunerador, la producción social de la ciudad, el hábitat y la vivienda, la producción agrícola y la agricultura urbana. La riqueza debe generarse de la producción de bienes y servicios socialmente necesarios y no de la especulación.
2. Se garantiza el impulso de cooperativas, entre otras, de vivienda, de producción, ahorro, crédito y consumo, microempresas, empresas sociales y familiares, las que deben ser apoyadas con recursos públicos, infraestructura, financiamiento, capacitación, estímulos fiscales y administrativos.
3. La cooperación es entendida como la forma en que las colectividades y las instituciones comparten objetivos comunes sin anular a los demás.
4. Se declaran como sujetos de derecho público y social en la Ciudad a los ejidos, comunidades, cooperativas, organizaciones de trabajadores, empresas sociales y, en general, de todas las formas

¹⁶ HÄBERLE, Peter, Pluralismo político y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta, Madrid, Tecnos, 2002, p. 208.

¹⁷ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, Del Estado absoluto al Estado neoliberal, México, UNAM, 2017.

¹⁸ RODRÍGUEZ BEREJO, Álvaro, La Constitución fiscal de España, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, p. 17.

de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios.

5. Es deber de la sociedad y obligación del gobierno de la Ciudad fomentar el cooperativismo y las formas de la economía social y solidaria.
6. Las cooperativas y las formas de la economía social y solidaria tendrán preferencia respecto a la iniciativa privada, a las compras, adquisiciones y obras que oferten las autoridades gubernamentales.
7. Los habitantes de la Ciudad y las instituciones deben promover los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la convivencia, el respeto de la ley, la pluralidad, la democracia y la responsabilidad hacia las generaciones venideras.
8. Se garantizará el libre ejercicio de cualquier actividad económica lícita, tanto de la economía formal como de la economía popular, tradicional y social, con independencia de la autorización de las autoridades competentes, salvo los casos previstos en ley, y se reconoce como legítimo y legal el trabajo de autoempleo popular para toda la población, principalmente para los jóvenes, los que tendrán plenos derechos para su ejercicio.
9. Las leyes limitarán los supermercados, centros comerciales o tiendas de conveniencia, ubicados en un radio de 2 mil metros, en donde existan mercados públicos.
10. Las autoridades competentes de la Ciudad apoyarán eficazmente a los mercados públicos y pequeños comercios, mediante programas sociales, subsidios y, financiamientos para su rehabilitación, reconstrucción y modernización.
11. Los recursos fiscales no se emplearán para subsidiar el capital privado. Los esquemas de financiamiento privado para la realización de obras y servicios públicos están proscritos –asociaciones público privadas-. Los servicios públicos no son susceptibles de privatización en ninguna de sus fases.
12. Todas las autoridades de la ciudad promoverán las asociaciones público-sociales y público-comunitarias para realización de vivienda, obras públicas, equipamiento e infraestructura, así como servicios públicos en beneficio de las comunidades urbanas, rurales y pueblos originarios, garantizando recursos públicos a tal fin, y a su mayor rendimiento, vía la ejecución de las obras por la administración y la producción social del hábitat.

13. En ningún caso se permitirá que las contribuciones de la Ciudad de México sean recaudadas por particulares. Todo ingreso obtenido por la Ciudad deberá ser reconocible, público, auditable, y sujeto a los ordenamientos de la Ley de Transparencia.
14. El desarrollo económico de la ciudad de México se promoverá de acuerdo con los principios de una economía social, solidaria y democrática; que sitúe a la persona física como sujeto central y al bienestar de la misma como su fin último. Este sistema auspiciará una relación sana y equilibrada entre autoridades, economía y sociedad, en armonía con la naturaleza; y garantizará la producción y reproducción de las condiciones materiales y ambientales que posibiliten el buen vivir.
15. En la Ciudad de México, las autoridades como poder del pueblo y en servicio del propio pueblo, garantizarán un sistema económico que promueva activamente la soberanía alimentaria, el fortalecimiento de la planta industrial y de servicios públicos, y la prevalencia de la propiedad nacional sobre la comercialización, distribución y gestión del petróleo y de las empresas generadoras de energía eléctrica, así como de todos los sectores claves del desarrollo económico.
16. Se crea con el respaldo financiero del gobierno de la ciudad, el Banco Público Popular y Solidario para financiar proyectos educativos, comunitarios, y de apoyo al derecho al hábitat y a la vivienda digna. Este banco desarrollará planes y programas de financiamiento para personas de escasos recursos económicos y en particular para mujeres, estudiantes, trabajadoras y jefas de hogar.
17. Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.
18. El sistema financiero de la ciudad se compone de los sectores público, privado, y del popular y solidario, que intermedian recursos del público. Cada uno de estos sectores contará con normas y entidades de control específicas y diferenciadas, que se encargarán de preservar su seguridad, estabilidad, transparencia y solidez. Estas entidades serán autónomas. Los directivos de las entidades de control serán responsables administrativa, civil y penalmente por sus decisiones.

19. Los habitantes, el ejecutivo y el Congreso local, tienen la rectoría popular y democrática del desarrollo.
20. La política hacendaria de la Ciudad se orientará por el criterio de redistribución progresiva de los recursos fiscales, asegurando que las contribuciones provengan en proporción suficiente de quienes más recursos tienen, y que el gasto público se oriente a la satisfacción de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales a la producción de bienes y servicios para los habitantes de la ciudad que menos tienen. Este criterio se aplicará sin demérito de asegurar la atención de las necesidades marcadas por el interés general y los derechos universales de los habitantes de la Ciudad.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert, "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", en ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto y ALEXY, Robert, **Jueces y ponderación argumentativa**, México, UNAM, 2006.
- ALEXY, Robert, **Teoría de los derechos fundamentales**, segunda edición, traducción de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ASTUDILLO, César, **El bloque y parámetro de constitucionalidad y convencionalidad en México**, México, Tirant lo Blanch, 2014.
- BERNAL PULIDO, Carlos, **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**, segunda edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, **Del Estado absoluto al Estado neoliberal**, México, UNAM, 2017.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, **El modelo jurídico del neoliberalismo**, México, UNAM-editorial Flores, 2016.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, **Poder constituyente, Constitución y cambio democrático**, México, UBIJUS, 2015.
- CLÉRICO, Laura y otros (coordinadores), **Derechos fundamentales, principios y argumentación**, Granada, editorial Comares, 2011.
- CÓRDOVA, Lorenzo, "Qué es una Constitución? en Configuraciones. Aportes al debate constituyente de Ciudad de México, México, **Revista de la Fundación Pereyra y del Instituto de Estudios para la transición democrática**, número 41, 2016, pp. 5-17.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “**Intervención**”, sesión pública ordinaria de jueves 29 de agosto de 2013 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Contradicción de tesis 293/2011.

GARDBAUM, Stephen, “A Deomocratic Defense of Constitutional Balancing” en **Law & Ethics of Human Rights**, University of California, Los Angeles, Vol. 4, 2010.

HÄBERLE, Peter, Pluralismo político y Constitución. **Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**, Madrid, Tecnos, 2002.

HARVEY, David, **Breve historia del neoliberalismo**, Madrid, Akal, 2007.

HÖLLANDER, Pavel, “El principio de proporcionalidad: ¿Variabilidad de su estructura?”, en **La teoría principalista de los derechos fundamentales**. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy (Jan-R. Sieckmann (ed), Madrid, Marcial Pons, 2011.

HUERTA, Carla, **Conflictos normativos**, México, UNAM, segunda edición, 2007.

MORA-DONATTO, Cecilia, Cambio político y legitimidad funcional. **El Congreso mexicano en su encrucijada**, México, Miguel Ángel Porrúa y Cámara de Diputados. LIX Legislatura, 2006.

MORTATI, Constantino, **La Constitución en sentido material**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2001.

PAHUAMBA ROSAS, Baltazar, **El derecho humano a la rendición de cuentas objetiva y uso debido de los recursos públicos**, México, ESPRESS, 2016.

RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro, **La Constitución fiscal de España**, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.

SÁNCHEZ GIL, Rubén, **El principio de proporcionalidad**, México, UNAM, 2007.

* **Recebido em 18 dez. 2017.**



LES DROITS DE PROPRIÉTÉ AU CŒUR DE LA PROBLÉMATIQUE ENVIRONNEMENTALE

Max Falque

Resumo

O presente artigo enquadra o direito de propriedade no centro das questões ambientais. Aborda a perspectiva da Propriedade que oferece prosperidade econômica e ambiental, por intermédio da correlação entre o desempenho ambiental e a qualidade de propriedade. Cuida, também, do tema da apropriação de recursos ambientais e do princípio do poluidor-pagador. Enfoca, ainda, no desenvolvimento do conceito de direito de propriedade, que considera condições econômicas, políticas e sociais e da natureza dos recursos ambientais relacionados com o regime de propriedade. Reflete se os direitos de propriedade são direitos em extinção e como se posiciona o debate acerca da tomada de regulamentação (*regulatory taking*).

Palavras-chave

Direito de Propriedade. Recursos Ambientais. Tomada de Regulamentação.

PROPERTY RIGHTS AT THE RIGHT OF ENVIRONMENTAL ISSUES

Abstract

This article frames the right of ownership at the center of environmental issues. It addresses the Property's perspective that offers economic and environmental prosperity through the correlation between environmental performance and ownership quality. It also deals with the environmental resource appropriation issue, which is correlated to the polluter pays principle. It is focused as well on the concept of property rights development, which considers not only economic, political and social conditions, but also environmental resources nature, especially those related to the property regime. It reflects on whether property rights are endangered rights and how the "regulatory taking" debate stands.

Keywords

Property Law. Environmental Resources. Regulatory taking.

« Ce qui est commun au plus grand nombre fait l'objet des soins les moins attentifs. L'homme prend le plus grand soin de ce qui lui est propre, il a tendance à négliger ce qui est commun »

Aristote, Politique, Livre II...

1. LA PROPRIÉTÉ SOURCE DE PROSPÉRITÉ ÉCONOMIQUE ET ENVIRONNEMENTALE

En 1968 Garrett Hardin dans son article fondateur qui a ultérieurement inspiré le nouvel environnementalisme¹ « The Tragedy of the Commons » démontrait qu'en l'absence de droits de propriété, c'est-à-dire en situation de libre accès, les pâturages communaux anglais étaient voués à la destruction par surpâturage car chaque utilisateur avait intérêt à les utiliser avant qu'un autre ne le fasse. Or cette réalité concerne toutes les ressources qu'elles soient sociales², économiques ou environnementales ; les droits de propriété et/ou la réglementation s'imposent dès lors que se manifeste la rareté.

Si on commence à redécouvrir que les droits de propriétés sont au cœur du développement économique comme l'a brillamment démontré Hernando De Soto (2005) on ignore encore (ou feint d'ignorer ?) qu'ils sont la condition nécessaire sinon suffisante pour la protection et la gestion de la quasi-totalité des biens environnementaux.

«L'écologie libérale (Free Market Environmentalism) insiste sur le rôle central du marché, des incitations et des droits de propriété. Un système de droits de propriété sur les ressources environnementales qui, aux mains d'individus ou de groupes, par nature incitent les utilisateurs de ces ressources à se comporter de façon responsables car le patrimoine du propriétaire est en jeu si de mauvaises décisions sont prises. En résumé il s'agit de transformer les problèmes environnementaux en avantages

Les incitations sont plus efficaces lorsqu'elles se présentent sous forme de carotte plutôt que d'un bâton réglementaire ». (T.Anderson)

On peut mieux comprendre ce problème en considérant une communauté humaine dans un état de nature, c'est-à-dire dans un monde sans droits de propriété sur la terre. Survivre est le souci le plus critique et cette communauté ne peut survivre et se développer sans organisation dont la première forme à laquelle on pense est celle partant du sommet à la base (top – down). Une deuxième forme (bottom up) est celle évoluant spontanément à l'intérieur de la communauté au fur et à mesure qu'évoluent la coutume et la tradition puis le droit formel. Concrètement, ces deux modalités d'organisation conduisent vers des droits de propriété qui doivent être inventés et gérés par la communauté. Ces deux procédures peuvent être comparées à la construction d'un mur d'enceinte.

¹ Désigné indifféremment par « New Resource Economics » ou « Free Market Environmentalism » qui à partir de la fin des années 1970 a démontré que les droits de propriété et le marché étaient les outils centraux de la gestion environnementale, au titre de complément ou d'alternative à la réglementation.

² Un bon exemple est celui de l'université française dont, le quasi libre accès a du être géré par le honteux et stupide titrage au sort au motif du principe de non sélection !

Dans les temps anciens, les villes fortifiées garantissaient l'ordre pour ceux qui vivaient à l'intérieur. Les remparts qui étaient construits et gérés par le gouvernement central (ordre descendant) constituèrent le fondement des systèmes de droits internes élaborés à partir de la base (ordre montant). Au fur et à mesure, bien entendu, les groupes humains apprirent que former des communautés protégées par des parchemins³ et des forces armées mobiles était plus efficace que de construire des remparts. Un propriétaire individuel pouvait détenir une parcelle définie par un acte authentique précisant ses limites physiques. Avec la multiplication des limites apparurent les externalités éventuelles : les propriétaires d'une parcelle pouvaient affecter la qualité de la vie du titulaire de droits voisins. Les règles devaient donc évoluer pour résoudre les problèmes de limites, soit par le droit coutumier (common law), le code formel ou la tradition. Même aujourd'hui, les communautés humaines s'efforcent de s'organiser en vivant à l'intérieur de l'enceinte que représente l'État-nation, les communautés de voisinage privées, les copropriétés et à l'intérieur de ces enceintes de communautés, les sociétés recherchent en permanence à inventer des systèmes de droits de propriété qui permettent la protection de nouvelles richesses qui comprennent des ressources environnementales dont la valeur est désormais reconnue .

Le cœur de la protection environnementale exige donc la limitation voire l'interdiction du libre accès et l'invention renouvelée de la propriété que Jean-Jacques Rousseau condamnait comme source de l'inégalité dans un texte célèbre :

« Le premier qui ayant enclos un terrain s'avisa de dire : Ceci est à moi, et trouva des gens assez simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile. Que de crimes, de guerres, de meurtres, que de misères et d'horreurs n'eût point épargnés au genre humain celui qui, arrachant les pieux ou comblant le fossé, eût crié à ses semblables : " Gardez-vous d'écouter cet imposteur; vous êtes perdus si vous oubliez que les fruits sont à tous, et que la terre n'est à personne " Jean-Jacques Rousseau, (Discours sur l'origine de l'inégalité, 1755).

On peut s'interroger sur les conséquences désastreuses de cette affirmation célèbre pour la liberté, le bien-être et, in fine, la protection de l'environnement. Nous proposons donc un renversement radical de la citation qui devrait inspirer tous ceux véritablement désireux de combiner croissance économique, protection des ressources environnementale et liberté.

³ C'est-à-dire le droit formalisé sous forme d'actes le plus souvent rédigés et authentifiés par un professionnel. C'est ainsi qu'en 1711 un juriste de la Cour Royale britannique constatait « The law bounds every man's property and is his fence ». Bien entendu un cadastre permet de préciser les limites. (voir le cadastre romain gravé sur marbre pour délimiter les propriétés des légionnaires stationnés à Orange

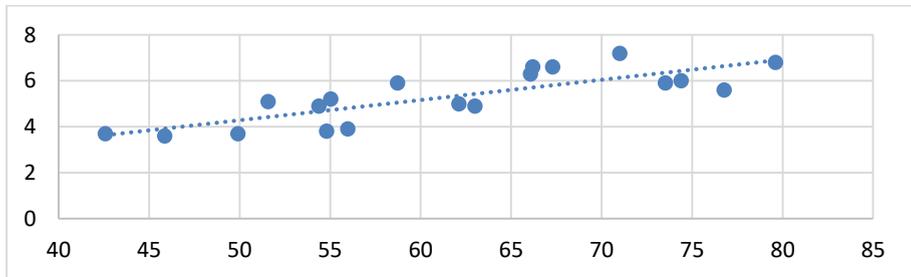
« Le premier qui ayant enclos un terrain s'avisa de dire : Ceci est à moi, et trouva des gens assez raisonnables pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile. Que de crimes, de guerres, de meurtres, que de misères et d'horreurs n'eût point épargné au genre humain celui qui, plantant des pieux ou creusant un fossé, eût crié à ses semblables : "Écoutez ce sage; vous êtes perdus si vous oubliez que les fruits sont à ceux qui les produisent et que la terre appartient à ceux qui la fécondent ! " »

Certes l'égalité n'est plus définie comme idéal sanctifié mais ne s'agit-il pas d'une chimère dont la mise en œuvre a trop souvent engendré le crime et la misère ?

Mario Vargas Llosa, Prix Nobel de littérature 2010 *écrivait* « Si j'ai à choisir entre prospérité et égalitarisme, je choisis la prospérité : comme de toute façon on arrivera jamais à instituer l'égalité réelle il en résulte que l'on sacrifie la prospérité au nom d'une illusion »⁴

En définitive sous des formes et institutions très diverses les droits de propriété sont au cœur du progrès des sociétés humaines dans leur passage de l'état de nature à la civilisation⁵.

La corrélation entre performance environnementale et qualité du régime de propriété est illustré dans la figure ci-jointe : elle montre que les pays où les performances sont les meilleures sont aussi les pays qui ont les régimes de propriété les plus proches de l'idéal d'«exclusivité et de libre cessibilité.



2. L'APPROPRIATION DES RESSOURCES ENVIRONNEMENTALES EST POSSIBLE.

Nous avons démontré que l'eau, le littoral, le sol, les ressources marines, les déchets, la biodiversité... pouvaient faire l'objet d'appropriation afin d'être

⁴ Le lien entre prospérité et qualité environnementale a été bien illustré par la courbe environnementale de Kuznetz à savoir que si la croissance du niveau de richesse entraîne une aggravation des nuisances, la courbe en cloche connaît une inflexion dès lors que les individus échappant à la pauvreté modifient leurs préférences au profit de l'amélioration de leur cadre de vie. comme l'a mis en évidence la Courbe Environnementale de Kuznets

⁵ Inversement les pays du socialisme réel ont démontré qu'en supprimant les droits de propriété ils ont parcouru le chemin inverse.

mieux protégés et gérés que par la seule réglementation publique à savoir la politique du « Command and Control ». Bien entendu les droits de propriété sont évidents et anciens sur les ressources foncières et les forêts. Pour ce que les économistes désignent comme « biens publics purs » tels l'eau, la biodiversité, les océans et a fortiori l'atmosphère les solutions sont moins évidentes ; pour autant l'imagination juridique et économique a inventé des quasi droits de propriété dont les quotas individuels de pêche transférables sont la meilleure illustration.

La paresse, l'ignorance, l'idéologie voire le psittacisme ont conduit à parler de « biens communs de l'humanité » ouvrant le libre accès de tous, contribue à détruire l'environnement et à généraliser la « Tragedy of the Commons » à l'ensemble de la planète. Sous forme de travaux pratiques mais tragiques, à savoir de socialisme réel, pendant plus d'un demi-siècle, a démontré que la suppression des droits de propriété et donc du marché conduisait non seulement à la ruine économique et à la servitude mais aussi à la destruction de l'environnement. Il existe pourtant une autre voie :

- l'eau des aquifères, aujourd'hui largement pillée, peut faire l'objet d'attribution de droits de propriété à un nombre bien définis d'ayant droits qui géreront en commun la ressource et pourront librement vendre ou acheter les quantités d'eau,
- Les ressources halieutiques peuvent être attribuées sous forme de quotas de pêche transférable (Islande, Nouvelle Zélande, Australie...) afin d'éviter la course poursuite entre pêcheurs en concurrence pour épuiser la ressource pendant la courte période de pêche autorisée.
- Les déchets ménagers ne diminueront qu'à partir du moment où ils seront considérés comme une « propriété négative » et que le prix de leur collecte et de leur élimination sera facturé comme le téléphone et l'eau. Les « compteurs de déchets » sont déjà opérationnels dans de nombreux pays (Pay as you throw, pesée embarquée....).
- La faune sera d'autant mieux préservée qu'elle sera appropriée comme cela est le cas pour les fermes d'élevage de bisons, de crocodiles, de tortues voire de papillons, ou encore, sous forme de propriété commune villageoise, les éléphants dans certains pays d'Afrique.
- Si l'atmosphère constitue ce qu'on appelle un « bien public pur » et ne peut à ce titre être approprié, les rejets polluants peuvent faire l'objet de quotas transférables, économiquement plus efficaces que les seules réglementations. L'échec du Protocole de

Kyoto⁶ et l'inefficacité des 23 COP obligent à penser que l'adaptation est la moins mauvaise solution.

On notera aussi que l'attribution de droits de propriété est fonction de l'évolution des technologies de la mesure et du comptage. Si le compteur d'eau et le fil de fer barbelé ont révolutionné au 19^{ème} siècle la gestion de l'eau et des pâturages de l'Ouest américain, on peut penser que les satellites, l'informatique et le marquage isotopique ouvrent des perspectives remarquables d'identification des propriétaires et donc des responsables.

En définitive la plupart des ressources environnementales peuvent faire l'objet d'appropriation sous une forme directe ou indirecte, ce qui permet de mettre en œuvre l'excellent principe de responsabilité du pollueur-payeur dont les pouvoirs publics exonèrent trop souvent leur clientèle électorale⁷. et leurs propres activités.

3. LES DROITS DE PROPRIÉTÉ : UN CONCEPT EN DEVENIR

La propriété est consubstantielle de toute société humaine notamment depuis l'apparition de l'agriculture il y a environ 10 000 ans Pour autant elle revêt des formes diverses :

- la propriété privée où une seule personne est titulaire de l'ensemble des droits à savoir usus, abusus et fructus, (en Common Law les 3 D : Definable,, Defensible, and Defeasable) ...
- la propriété en commun où un nombre clairement définis d'ayant droits exercent des droits égaux ou spécifiques sur une ressource, (précisément le concept de « Common Property développé par Elinor Ostrom)
- la propriété publique ou collective gérée par la puissance publique qui réglemente et contrôle l'usage de la ressource.

Si en matière économique la propriété privée est toujours préférable, la complexité de la gestion environnementale exige souvent une combinaison subtile des régimes d'appropriation pour s'adapter à des situations particulières : par exemple un propriétaire privé peut démembrement ses droits de propriété en vendant ou donnant une servitude de non constructibilité à un conservatoire d'espaces ou à une collectivité publique. Ou encore un propriétaire public peut concéder des droits d'usage à une collectivité.

⁶ Le succès du Protocole de Montréal pour diminuer les CFC démontre qu'il est possible d'agir sous réserve d'un nombre limité d'acteurs, et de nations respectant l'état de droit (rule of law)

⁷ Par exemple les agriculteurs français au regard de la redevance aux Agences de l'Eau ou encore le remembrement, , certains réseaux d'irrigation et de drainage, les subventions aux carburants)

Ainsi comme le précise Daniel Cole (2007)

« le choix d'un régime de propriété est fonction de la nature de la ressource qui, dans son modèle est essentiellement soit privée, soit publique. Le problème est que la nature supposée privée ou publique de la ressource est susceptible de changement. En effet, en raison de modifications économiques et/ou technologiques, ce qui est aujourd'hui un bien public peut devenir demain un bien privé et inversement : ainsi des espaces considérés comme publics au début du 19^{ème} siècle en raison des coûts d'exclusion, sont devenus des biens privés à la fin de ce même siècle en raison de l'innovation technique du fil de fer barbelé qui a réduit précisément le coût d'exclusion ».

Par ailleurs, il faut bien reconnaître que la puissance publique est par nature partie prenante dans les droits de propriété dans la mesure où sa mission essentielle⁸ consiste à les protéger et les sanctionner et que toute réglementation a une incidence sur la structure des droits de propriété. En ce sens on peut dire la réglementation constitue une catégorie de droits de propriété faisant l'objet de transactionmais sur le « marché politique ».

En fin de compte le choix d'un régime de propriété est fonction des conditions économiques, politiques et sociales et de la nature de la ressource environnementale en recourant à la formule simple :

$$\text{coûts d'exclusion} + \text{coûts de coordination} = \text{coût global} \text{ (Cole 2002)}$$

3. LES DROITS DE PROPRIÉTÉ : UNE ESPÈCE MENACÉE

La montée en puissance de la réalité physique, médiatique et politique des préoccupations environnementales depuis un demi-siècle a conduit les pouvoirs publics à multiplier les réglementations de plus en plus contraignantes, coûteuses et de moins en moins efficaces voire contre productives pour faire face aux nouveaux problèmes et aux demandes illimitées de groupes de pressions..

Par commodité politique et bureaucratique on a donc étendu aux ressources environnementales les réglementations d'urbanisme et notamment le zonage dont les servitudes n'ouvrent pas de droit à compensation⁹. Ceci aboutit à introduire d'énormes modifications des valeurs foncières et, partant, une

⁸ Garantie constitutionnellement, notamment Art. 17 de la DDHC de 1789 . En fait les dispositions comparables de la Constitution américaine, du Bill of Rights britannique sont l'aboutissement d'une longue maturation engagée par la Magna Carta et la théorie du droit naturel (St Thomas d'Aquin) au XIII^{ème} Siècle

⁹ En France le principe de la non indemnisation des servitudes d'urbanisme a été généralisé en 1943. Une anecdote illustre bien la méfiance voire la répulsion de la nomenklatura française à

absence de gestion par des propriétaires spoliés, ou qui se considèrent comme tels, dans la mesure où la réduction de leurs droits de propriété est la source du renforcement de ceux de leurs voisins plus chanceux. Il faudrait aussi lever le tabou concernant le risque de corruption et de distorsion des choix d'affectation des espaces lors de l'établissement des documents de planification physique. Désormais le maire est devenu le propriétaire de fait de l'espace communal véritable retour au système féodal.¹⁰

A l'expropriation physique indemnisée s'ajoute désormais « l'expropriation réglementaire » (Regulatory Taking) spoliatrice... bien illustrée par l'effeuillage de l'artichaut : chaque réglementation et/ou mesure fiscale affaiblissent le droit de propriété et à terme le vident de toute substance.

Pourtant affirmer, réaffirmer voire inventer des droits de propriété sur les ressources environnementales assure un triple bénéfice :

- sauvegarder et gérer les ressources au meilleur coût,
- garantir la liberté individuelle,
- affaiblir l'étatisme dont l'écologie est le plus puissant et ultime donjon.

Si au niveau mondial la réflexion sur la redécouverte du rôle central des droits de propriété au regard du développement économique et de la gestion des ressources environnementales fait l'objet de très nombreuses et remarquables publications, la France est largement absente du débat quelques soient les partis politiques.

A la décharge des responsables français on notera que la relation propriété-environnement est relativement récente : ainsi l'excellent ouvrage « La propriété c'est l'envol » publié en 1984 sous la direction de George Berthu ne fait aucune référence à l'environnement¹¹. Une année plus tard cependant dans « Pourquoi la propriété », Henri Lepage consacrait tout un chapitre « Capitalisme et écologie : privatisons l'environnement » et faisait référence aux travaux pionniers de R. J. Smith, Julian Simon, G. Hardin, J. Baden, R.

aborder ouvertement le problème. Déjeunant avec un parlementaire « de droite », professeur agrégé d'économie et spécialiste des problèmes d'environnement, je pensais naïvement l'enrôler dans nos conférences biennales déclinant successivement les ressources environnementales au regard des droits de propriété et des instruments économiques. Etonné par mon plaidoyer, mon convive me répondit « Mais la propriété... c'est mal vu ! » Dans son rapport 2010 l'International Property Rights Index attribue des notes aux différents pays concernant le respect des droits de propriété. La France est placée au 45^{ème} rang mondial (125 pays), avec une note médiocre (6,5/10) en matière de biens réels.. On observe une corrélation positive entre droits de propriété, liberté économique, , revenu individuel et qualité de l'environnement

¹⁰ Ces problèmes ont été largement abordé dans « Etudes Foncières » par V. Renard, R. Hostiou, M. Falque...

¹¹ Sinon en mentionnant les travaux de Demsetz sur le rôle de la propriété coutumière pour la protection de la faune par les indiens Montagnais au Québec

Stroup...En 1991 G. Bramoullé dans son pamphlet « La peste verte » évoquait les limites et les effets pervers de la violation des droits de propriété. A partir de 1992 la création de l'ICREI par A. Madelin, Henri Lepage et moi-même a permis la publication de nombreux articles et quelques ouvrages (trop ?) théoriques....au tirage modeste¹².

4. FAIRE ÉVOLUER LES DROITS DE PROPRIÉTÉ

Bien entendu si les droits de propriété doivent jouer un rôle croissant dans l'avenir il convient de les faire évoluer afin de les adapter aux conditions environnementales et sociales. Or les deux grands systèmes juridiques qui sous-tendent l'état de droits ne présentent pas les mêmes atouts :

- Le droit civil d'inspiration française, qui irrigue l'Europe continentale et au-delà, précise dans son article 544 « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements ».Ce caractère absolu du droit de propriété avait une double fonction : confirmer la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789¹³ et consolider les droits sur les propriétés acquises durant la période révolutionnaire. Cette position largement idéologique est évidemment éloignée de la réalité tant il est vrai que les droits de propriété ne peuvent être mis en œuvre que par rapport à la puissance publique et aux droits de propriété concurrents. En ce sens la deuxième phrase de l'article 544 ouvre la voie à une atteinte à ce même droit par la puissance publique. En outre la croyance séculaire des français en la bienveillance de l'Etat ont conduit à l'affaiblissement progressif du droit de propriété au prétexte des impératifs de l'urbanisme puis de l'environnement.

Ainsi le contentieux concernant les innombrables réglementations portant atteinte au droit de propriété a été de plus en plus jugé par les juridictions administratives qui ont naturellement eu tendance à justifier l'action des pouvoirs publics au motif d'un intérêt général indéfini.

¹² Notamment « Ecologie et Liberté » sous la direction de Falque et Millière (Litec) et les 9 ouvrages-actes des conférences internationales d'Aix en Provence (Daloz, Bruylant et Elsevier)

¹³ « Article 1 : le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles... la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression
« Article 17 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. ».

Par ailleurs le caractère absolu du droit de propriété a progressivement migré de la sphère privée à la sphère publique.¹⁴

Ceci n'est pas étranger à la difficulté de faire évoluer un droit où la jurisprudence civile ne joue pas de rôle majeur.

- La Common Law, à la différence du droit civil, est jurisprudentielle. Elle est par nature ouverte aux solutions novatrices et protectrice de la personne (Magna Carta oblige) . La propriété n'est pas sacralisée ainsi qu'en témoigne l'utilisation du pluriel « property rights » qui recouvre un faisceau de droit que l'on peut combiner au gré des besoins des ayants droits. Ceci explique l'invention du concept de quota échangeable pour l'air, l'eau, les droits de construire, la pêche...ou encore le recours aux servitudes conventionnelles environnementales, notions qui sont largement étrangères aux juristes de droit public.

Notons enfin la richesse du débat sur la notion d' « expropriation réglementaire » (regulatory taking) qui aux Etats-Unis vise à établir un juste équilibre entre les intérêts de la puissance publique et ceux des personnes privées.

5. CONCLUSION

Les droits de propriété sont au cœur de la réflexion environnementale ; or tout indique qu'en Europe et plus spécialement en France on les ignore largement et que la réglementation et la fiscalité sont considérées comme les meilleurs, sinon les seuls, outils de la gestion des ressources. Non seulement elles ne résoudreont pas les problèmes mais contribueront à l'affaiblissement voire à la suppression de la propriété et donc de la liberté, tant il est vrai que celle-ci n'existe que par celle-là.

Il est paradoxal que ce soit Proudhon qui, après avoir proclamé « La propriété c'est le vol », ait reconnu le rôle essentiel de la propriété privée comme l'institution clé susceptible de maîtriser le Léviathan :

« La propriété est la plus grande force révolutionnaire qui existe et qui se puisse opposer au pouvoir. Jamais la liberté ne sera défendue contre le pouvoir si elle ne dispose d'un moyen de dé-

¹⁴ Léon Duguit (1912) a suggéré l'idée que la propriété privée était une institution sociale qui devait s'adapter aux conditions sociales et que l'individu n'est pas une fin, mais un moyen, que l'individu n'est qu'un rouage de la vaste machine qu'est le corps social. Gambaro (2007) note que les conséquences de cette position qui a dominé le XXème siècle sont négatives dans la mesure où l'intérêt légitime du propriétaire devient sans objet puisque dénué de toute légitimité au regard de toute forme d'ordre social. Il se rattachait involontairement à une pensée ancienne « Article 1: la propriété est détestable et celui qui tentera de la rétablir sera renfermé pour toute sa vie comme un fou furieux et ennemi de la liberté » Morelli, Code de la Nature 1755, cité par Tocqueville

fense, si elle n'a pas sa forteresse inexpugnable...La propriété alodiale ne plait point aux démocrates, tous enfiévrés d'unité, de centralisation, d'absolutisme...La propriété absolue, incôercible, se protège d'elle-même. C'est l'arme défensive du citoyen, son bouclier... ».

On croirait lire Tocqueville et Bastiat ! !

Pour cette double raison de moralité et d'efficacité, il est de la plus haute importance de recentrer la réflexion et la politique environnementales sur le rôle central des droits de propriété.

Certes le rôle des instruments économiques et notamment du marché est désormais ouvertement discuté mais le mot propriété demeure tabou et on oublie de préciser qu'il n'existe pas de marché sans droits de propriété à échanger

Confrontés à l'importance réelle ou médiatique des problèmes d'environnement dans les décennies à venir, les pouvoirs publics seront inévitablement poussés par l'opinion et la nécessité à répondre par de multiples réglementations plus ou moins attentatoires aux droits de propriété et aux libertés individuelles et d'une efficacité douteuse¹⁵ La tâche sera d'autant plus difficile que les pouvoirs publics, s'étant emparées progressivement de l'essentiel du contenu des droits de propriété par fiscalité et réglementations interposées, seront naturellement réticents à les rétrocéder à leurs légitimes propriétaires.

Ce problème est capital pour les PVD pour lesquels il est probable que le faible niveau d'appropriation privée soit une des causes de la pauvreté (Hernando De Soto) et de la dégradation environnementale. Si cela est le cas il est grand temps que l'aide au développement soit conditionnée à la définition de droits de propriété sous des formes tenant compte des traditions et des contextes politiques..

Nous devons donc faire passer un message simple à l'opinion lui proposant une autre voie car continuer à penser que la structure des droits de propriété est intangible est la plus sûre façon de détruire l'environnement et la vie en société.

Nous ferons notre la remarque de Roger Scruton :

« L'institution la plus efficace inventée par l'humanité contre les oppresseurs est le droit de leur résister. C'est pourquoi on peut avancer que ce n'est pas le contrôle étatique mais les droits de propriété qui sont la vraie solution à la tragédie du libre accès (référence à Hardin « The Tragedy of the Commons »)

¹⁵ La justification de la réglementation est fondée sur le principe de l'échec du marché (market failures) mais les cas d'échec des pouvoirs publics (government failures) sont nombreux et d'autant plus graves qu'ils sont par hypothèse à grande échelle.

Une fois les droits de propriété établis ils engendrent de leur propre chef un mécanisme d'échange,, un marché permettant à des personnes de transférer leurs droits à ceux qui sont les plus désireux de les acquérir et de recevoir en retour des biens ou des services auxquels il donnent une préférence

. La tragédie du libre accès n'est pas due aux défaillances du marché mais bien au contraire à l'absence de marché »

"Green Philosophy, How to think seriously about the planet ", 2013, 457 p.

*** Recebido em 20 dez. 2017.**